



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-002-2018-00021-01. Proceso Ordinario de María Virginia Villamil Parra contra Colpensiones (Consulta Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de noviembre de 2019.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que el Instituto e Seguros Sociales no tuvo en cuenta la totalidad de devengos, ingresos, prebendas y acreencias efectivamente causadas en el último año de servicios por parte del señor Flaviano Suárez García (Q.E.P.D.), así como que no se otorgó el incremento



pensional por personas a cargo y que como consecuencia de lo anterior, se ordene la reliquidación del derecho pensional, junto con el retroactivo pensional correspondiente, el incremento por personas a cargos, los intereses moratorios, la indexación de las condenas y las costas del proceso.

Para respaldar las súplicas, en síntesis señaló que el ISS le reconoció pensión de vejez por ser beneficiario del régimen de transición al señor Flaviano Suárez García (Q.E.P.D., la que fue le fue sustituida a la demandante, no obstante, el ISS para obtener el IBL omitió tener en cuenta la totalidad de ingresos que devengó el causante en el último o últimos años de servicio, otorgando un porcentaje inferior al que le correspondía, por cuanto no tuvo en cuenta las 1450 semanas cotizadas; que el causante convivió con la señora Villamil Parra hasta el día de su fallecimiento, sustituyéndose la pensión de vejez y negándose los pagos a que tiene derecho la actora, para lo cual se debe tener en cuenta la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

La aquo negó las pretensiones de la demanda, señalando que existe contradicción el dicho del extremo activo, como quiera que formuló pretensiones similares tanto en la demanda, como en su reforma, pero expone argumentos diferentes en sus alegatos de conclusión, ya que solicita se concede la prestación conforme con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, no obstante, dicha norma no le es aplicable, como quiera que el causante laboró al servicio de entidades de carácter privado y no público. Así mismo, señaló que tanto el porcentaje, como el monto de la mesada pensional correspondían a los aportes del señor Suárez García, por lo que no había lugar a imponer condena alguna en contra de encartada.

## **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**



En tanto la decisión de primer grado fue adversa a las peticiones del demandante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**

Partiendo del hecho de que no hubo controversia alguna en lo referente con el reconocimiento del derecho pensional a favor del señor Flaviano Suárez García (Q.E.P.D.), mediante resolución No. 1970 de 1994, a partir del 9 de junio de 1992, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, así como que a la demandante le fue reconocida la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del mismo, mediante acto administrativo No. 17653 de 2002; el problema jurídico a resolver, se centra en establecer si es procedente la reliquidación del derecho pensional atendiendo a la totalidad de factores salariales devengados por el actor, durante el último o últimos años de servicio.

Atendiendo el problema jurídico planteado, se advierte que la demandante peticiona la reliquidación del derecho pensional, para lo cual se debería tener en cuenta la totalidad de devengos, ingresos, prebendas y acreencias, respecto del monto de la mesada pensional concedida, por lo que se debe recordar que el procedimiento laboral si bien goza de unas especiales garantías por el tipo de conflictos jurídicos que se someten a esta especialidad, ello no excluye que la actuación procesal así como la carga probatoria de las partes esté regida por un principio dispositivo; de



ahí que el juez en virtud del artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social debe asumir la dirección del proceso, respetando igualmente el equilibrio entre las partes, lo que implica abstenerse de desplazarlas en el interés probatorio que les incumbe, máxime que aquellas deben probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, según la tradicional regla probatoria del artículo 167 del Código General del Proceso, antiguo artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en lo Laboral por la remisión que efectúa el artículo 145 del Código procesal del Trabajo. Además, si bien el artículo 54 del Procedimiento del Trabajo faculta al juez para practicar pruebas de oficio con el fin de esclarecer los hechos controvertidos, como ya se dijo, el funcionario no puede desplazar la actividad probatoria de las partes.

De acuerdo con lo anterior, quien debe acreditar los salariales sobre los que cotizó el señor Flaviano Suárez García (Q.E.P.D.) es la actora, por cuanto, tiene el conocimiento del salario devengado y demás prestaciones sobre las cuales se efectuó el aporte al Sistema General de Pensiones, cuestión que imposibilita la reliquidación al Juzgador ya sea en sede de primera instancia, o de segunda, o como en el presente caso en el grado jurisdiccional de consulta, aunado, con que en el libelo demandatorio, ni siquiera se hace mención a un salario mayor al devengado por la pensionado fallecido, por lo que no es dable presumir un salario a favor de la parte actora que incremente el monto de la mesada pensional, por cuanto esta tesis desconocería las bases sobre la carga y necesidad de la prueba, pues como ya se precisó en párrafos anteriores, quien persigue que un derecho que se encuentra consignado en norma positiva le sea declarado, y para el efecto dicha norma establece un presupuesto de hecho que debe cumplir quien quiera beneficiarse de dicha prerrogativa legal, debe acreditar que ese hecho en realidad se materializó, a no ser



que por virtud legal y en ciertos casos se encuentre exento de acreditar esos presupuestos. Así, por regla general, cada parte tiene la carga de probar sus afirmaciones, esa ha sido la tesis tradicional que desde el Derecho Romano se aplica y que se puede explicar con aquellos aforismos que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción, así como que el demandado cuando presenta su defensa adquiere una doble connotación, pues pasa a ser en abstracto, un demandante, que para el efecto tiene la carga procesal de tener que probar los hechos en que funda esa defensa.

En ese orden de ideas, debe absolverse a la encartada del pedimento estudiado, haciéndose necesaria la confirmación de la sentencia de primera instancia, enfatizando, que incluso una vez verificadas las cotizaciones realizadas por el causante y la operación aritmética realizada por la aquo, se encuentra que en efecto, el monto de la mesada pensional arrojaría una suma inferior a la estimada en la resolución No. 001970 del 18 de febrero de 1994, por lo que no se puede desmejorar el monto de la mesada pensional que le fue reconocida en vida al señor Suárez García, teniéndose en cuenta que la forma de obtener el Ingreso Base de Liquidación se encuentra establecido en el artículo 20 del ya referido Acuerdo 049 de 1990.

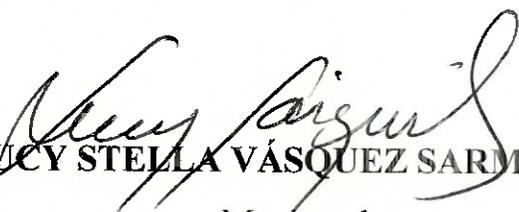
Finalmente, no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno referente al incremento pensional por personas a cargo, teniendo en cuenta que tal pretensión no fue objeto de fijación del litigio y respecto de la cual, la parte actora realizó la manifestación correspondiente en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., de fecha 17 de junio de 2019, así como tampoco respecto de las demás pretensiones incoadas, como quiera que la pretensión principal se encuentra llamada al fracaso y por ello las peticiones consecuenciales corren la misma suerte.



Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado quedan a cargo de la parte activa y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta.

### DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia consultada, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. Costas de la primera instancia a cargo de la parte demandante y sin costas en el grado jurisdiccional de consulta. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 110013105002 2018 00084 01. Proceso Ordinario de Johana Victoria Ramírez Pulido contra Bohler Uddeholm Colombia S. A. (Fallo de Segunda Instancia).**

En Bogotá D. C., treinta y uno (31) del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA:**

JOHANA VICTORIA RAMÍREZ PULIDO convocó a BOHLER UDDEHOLM COLOMBIA S. A. hoy VOESTALPINE HIGH PERFORMANCE METALS COLOMBIA S. A., para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de ineficacia de terminación del contrato: reintegro junto con el pago de salarios, prestaciones y acreencias laborales dejados de percibir; perjuicios; y, costas del proceso.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,



## HECHOS:

Laboró para la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 3 de octubre de 2013 hasta el 14 de marzo de 2017 cuando la empleadora decidió terminarlo sin justa causa.

Fue vinculada para desempeñar el cargo de Asistente de gestión integrada HSEQ, cuya misión era apoyar los procesos de la empresa en la planeación, implementación, documentación, y mejoramiento del sistema de gestión bajo los requisitos de la norma ISO 9001, gestión ambiental de seguridad y salud en el trabajo con alcance nacional, pactándose al inicio de la vinculación un salario mensual de \$1'566.000.

El 12 de noviembre de 2014 se le informó la promoción al cargo de coordinadora del sistema integrado de gestión HSEQ, con una asignación salarial de \$2'100.000 con la misión de dirigir, organizar, controlar la implementación de planes y programas en materia de salud, seguridad, medio ambiente y calidad.

Debido a cambios al sistema de gestión de calidad de la empresa, tuvo que asumir la responsabilidad de dos cargos, situación que puso en conocimiento de la demandada, por su estado de embarazo, estrés y ansiedad producto de la presión e inestabilidad laboral que se originó por el cambio en sus funciones y status profesional, el 1 de agosto de 2016 remitió una comunicación a Gestión de Talento Humano solicitando activar los mecanismos de prevención de las conductas de acoso laboral y convocar al Comité de Convivencia laboral.

El 6 de enero de 2017, la Gerente de Gestión de Talento Humano, le comunica que debido a cambios en la compañía fue designada coordinadora de procesos, donde debía coordinar todo lo relacionado con la implementación de gestión de



avances de proyectos específicos, cargo al cual manifestó en comunicación del 16 de enero de 2017 no aceptaba ya que no cumplía con el perfil requerido, no obstante, la empresa le ratificó que debía asumir el cargo establecido.

El 1 de febrero de 2017 fue citada a rendir descargos con el fin de aclarar el incumplimiento de una obligación como trabajador, a la cual comparece.

En atención a la queja por presunto acoso laboral, el 28 de febrero el Comité de Convivencia Laboral le informa que revisada, investigada y analizada la misma, no encuentra que se configure un acoso laboral.

El 14 de marzo de 2017 se le notifica la terminación del contrato sin justa causa, sin que a esa fecha se hubiera cerrado el Proceso Disciplinario que le fue adelantado.

#### **ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

La demanda fue admitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 25 de mayo de 2018. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderado procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos aceptó mayoría y los restantes los negó; propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa, pago, compensación, mala fe, buena fe, prescripción, caducidad, y genérica.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 9 de agosto de 2018, **ALBSOLVIENDO** de la demandada, declaró probada las excepciones e impuso costas a cargo de la activa.

Inconforme con la decisión el apoderado de la activa interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.



### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**

Mostró inconformidad el impugnante frente a la queja de acoso laboral sobre la caducidad y prescripción de la acción sin referir ningún detalle y que el comité de convivencia laboral no era el competente para definirla, dejando un sin sabor que el 28 de febrero le comuniquen a la trabajadora que no existe, y la respuesta a esa notificación fue un despido sin justa causa, por lo que considera que debe examinarse si prevalece lo procesal sobre lo sustancial.

En cuanto al cambio unilateral de funciones manifiesta que entiende que se pueda pasar de asistente de correspondencia a jefe correspondencia pero no de esta última a jefe de gestión documental, aunque se manifieste que con el pago de la indemnización ya quedó totalmente previsto, pues no es causal de despido.

Respecto del proceso disciplinario manifiesta que entiende que el despido con justa causa no es una sanción sino una medida administrativa, pero todo lo que entraña el tema de la salida sin justa causa deja ver que el proceso no fue bien manejado y se violó de forma flagrante el debido proceso, sin acudir a la acción de tutela ya que consideró que fácilmente iba a decretarse por violación de derechos fundamentales, pero en el contexto general el recurso va encaminado a que se pueda examinar de una forma un poco más cuidadosa los aspectos a que hace alusión.

### **CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:**

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que



amerita una sentencia de fondo, ya que no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

En los términos de la impugnación, lo primero que se debe dejar en claro por factor de competencia, en aplicación del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el pronunciamiento y decisión en la alzada recaerá en lo que constituye objeto de inconformidad para el recurrente, y en la forma que se encuentra planteado no tiene vocación de prosperidad.

En punto a la figura de caducidad y prescripción a que hace alusión el impugnante, no esgrime ninguna fundamentación que contraste la decisión del aquo para desquiciarla, no obstante la Sala abordará su análisis considerando que fue el soporte del aquo para dar al traste las pretensiones de la demanda.

De cara a lo anterior se debe precisar que la regulación de la figura del acoso laboral busca proteger el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, empleados, la armonía entre quienes comparten un mismo ambiente laboral y el buen ambiente en la empresa como lo consagra el artículo 1° de la Ley 1010 de 2006 que establece su objeto, en aras de preservar la relación de trabajo que constituye para el empleado la fuente de recursos no sólo para satisfacer sus necesidades sino las del núcleo familiar del cual hace parte, de ahí su carácter tuitivo Superior, por esa razón no sólo consagra las diferentes conductas que lo constituyen, las consecuencias para quienes la realicen, los procedimientos y acciones para su protección a través de un procedimiento ágil y expedito y los términos para ejercerlas, con el propósito de efectivizar su protección.

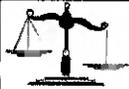
Estatuye el artículo 18 de la Ley 1010 de 2006 que *“Las acciones derivadas del acoso laboral caducarán seis (6) meses después de la fecha en que hayan ocurrido las conductas a que hace referencia esta ley”*.



En ese orden, la materialización de las acciones para restablecer las conductas objeto del acoso, surgen a partir de la materialización de la conducta censurable, bajo el procedimiento previsto en la misma normatividad y demás normas que la complementan, que en el caso que ocupa la atención se materializó el 14 de marzo de 2017 cuando la empleadora decidió finiquitar el vínculo, y no el 6 de marzo de la misma anualidad como lo consideró el aquo, sin que esa consideración logre hacer inoperante la caducidad de la presente acción, pues en ésta última calenda el Comité de Convivencia notificó a la trabajadora la definición de la queja no constitutiva de acoso laboral, y lo que se pretende hoy, no es cuestionar esa determinación pretendiendo la configuración de acoso laboral, sino la ineficacia de la terminación del vínculo, sustentada en que se produjo durante el lapso de protección contemplada en el numeral 1 del artículo 11 ibídem, en virtud de la presentación de la queja de acoso laboral, amén que, para resolver lo hoy anhelado se tenga que considerar esa situación, con base en la condición prevista en la parte final ídem, que establece “*siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento*”, situación que no aconteció en el caso como se consignó, pues de la simple presentación de la queja no deriva o surge la aludida garantía.

Con fundamento en lo anterior, para el 9 de febrero de 2018 cuando la acción se radica en la Oficina Judicial Reparto de este Distrito Judicial, había operado su caducidad, ya que los seis (6) para ejercitarla vencían el 14 de marzo de 2017.

Así las cosas, no hay lugar al análisis de las restantes inconformidades formuladas por el impugnante, pues además de basarse en apreciaciones y estimaciones subjetivas sin incidencia consecuente con la adoptada por el

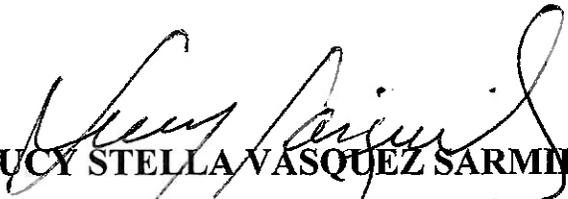


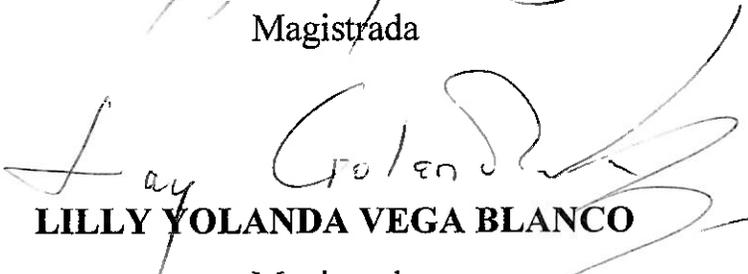
aquo, de estimarlas, tampoco la dejaría al traste en punto a lo que condujo a su desestimación como quedó dilucidado.

### DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la activa, inclúyase la suma de \$100.000.00 por concepto de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

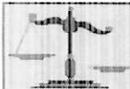
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-002-2019-00653-01. Proceso Ordinario de María del Pilar Vega Fajardo contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de diciembre de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

**ANTECEDENTES:**

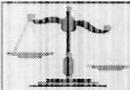
Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación a la AFP Colfondos S.A., así como, al traslado horizontal efectuado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con



motivo de su afiliación y a la última entidad, a activar la afiliación en el RPM y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 10 de octubre de 1961, por lo que al omento de radicar la demanda cuenta con 57 años de edad, vinculándose al ISS el 1º de febrero de 1983; que se trasladó a la AFP Colfondos S.A. el 8 de noviembre de 1996, previo convocatoria a reuniones, en las que no se daban mayores explicaciones acerca del traslado y teniendo como sustento que el ISS se iba acabar y nadie respondería por su pensión, que en el RAIS se podría pensionar a la edad que quisiera, volviéndose a trasladar a Protección a partir del 1º de octubre de 2011; que advirtió la demandante que la pensión en el RPM para el año 2016 la suma de \$4.441.878, mientras que en el RAIS sería por el monto de \$1.949.204, no obstante, al mantenerse en dicho régimen, mantendría la posibilidad de reducir su mesada por la pérdida de rentabilidad de su ahorro; que el conocimiento y experticia sobre el sistema financiero y del Sistema General de Pensiones era precario, por lo que el traslado se generó sin conocimiento del mismo y sin nunca volver a recibir ninguna asesoría por parte de los fondos de pensiones; que elevó solicitud de proyección pensional, obteniendo respuesta por parte de Protección, en la que informó que tenía un capital ahorrado por el monto de \$355.571.699 y su derecho pensional a los 57 años sería por la suma de \$1.949.204; que elevó solicitudes de nulidad de afiliación ante las administradoras privadas el 21 de noviembre de 2016, las que fueron negadas, por cuanto la afiliación era válida; de otra parte, presento idéntica solicitud respecto de Colpensiones el 18 de noviembre de 2016, sin que se emitiera respuesta alguna.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, así como, el



traslado horizontal efectuado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., y ordenó trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración, en un término de 45 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, actualizando su historia laboral. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas Protección S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

La demandada Protección S.A., interpuso recurso de apelación de forma parcial, frente a las condenas impartidas en los numerales 2° y 5° de la sentencia, referente a trasladar los gastos de administración y la condena en gastos. Respecto del primer presupuesto, adujo que dicha demandada en ningún momento intervino en el traslado primigenio de la demandante y fue ella quien lo buscó para trasladarse a Protección, además, que los gastos de administración están reglamentados en la norma, sin que se puede asumir u perjuicio por la pasiva y por el contrario deben ser asumidos por Colfondos que fue el fondo al que la demandante estuvo afiliada por más de 20 años. Frente al segundo punto, manifestó que no se puede imponer la condena en costas, pues no se evidencia que se haya omitido información a la actora, pues la asesoría data del año 1996, en la que no tuvo injerencia alguna.



Por su parte, la encartada Colpensiones interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su integridad la sentencia proferida y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto al declararse la ineficacia, se imponen perjuicios sobre el patrimonio de la entidad, por cuanto si bien existe criterio jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que se debe analizar el caso particular, por lo que la demandante no está exonerada de sus deberes en el cambio de régimen pensional, ya que no está disminuida su capacidad para celebrar actos y contratos, más aún, cuando de su elección dependería futuro pensional, siendo negligente frente a dicho aspecto. Aunado a lo anterior, tampoco hizo uso del retracto o rescisión para dejar sin efecto la afiliación al RAIS, por lo que es necesario tener en cuenta la sentencia C 242 DE 2009, MP Mauricio González Cuervo, frente a la sostenibilidad del sistema financiero pensional, conforme con el artículo 48 de la Constitución Política y el artículo 1° del A.L. 01 de 2005, por lo que se debe dar aplicación al principio de que el interés general prima sobre el particular, pues con la ineficacia se afecta el patrimonio público, por cuanto la entidad debe pagar una pensión con unos aportes que fueron de su aporte individual y no financiaron pensión del RPM, afectándose el patrimonio, pues su ahorro no es suficiente para financiar la pensión.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.



Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

### CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> “(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

*Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma*



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar

---

*diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

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

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)"*

*"...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..." (Subrayado de la Sala).*



que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que las demandadas Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., debieron consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta

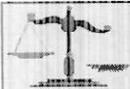


Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, así como, el traslado horizontal efectuado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el



mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado, sin que sea relevante la afiliación primigenia o el traslado horizontal, pues para tal momento, la administradora privada debe también brindar la debida información. Idéntica situación ocurre respecto de los gastos de administración cobrados durante la afiliación de la demandante por parte de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, como quiera que fue dicha administradora quien no brindó la debida información a la afiliada.

Ahora bien, frente a la posible afectación a la sostenibilidad financiera del RPM y a la primacía del intereses general sobre el particular, debe advertirse que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho



pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos conceptos y no la administradora privada.

Finalmente, es necesario resaltar que si bien el afiliado tienen obligaciones al efectuar un acto o negocio jurídico, también lo es, que quienes poseen el conocimiento y manejo del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad son las administradoras del mismo, siendo las obligadas a entregar la información, clara, completa y oportuna de cada régimen pensional, pues al afiliado lo único que le interesa es el reconocimiento del derecho pensional futuro.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera instancia quedan a cargo únicamente de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.; y las de esta instancia, únicamente a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.

**DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS** de primera instancia quedan a cargo únicamente de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., y las de esta instancia, únicamente a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.; fijense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado



*República de Colombia*

## TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

### ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 002 2020 00158 01. Proceso Ordinario Héctor Augusto Morales Bermúdez contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá.

#### **ANTECEDENTES:**

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen que realizó el 1° de noviembre de 1996 a Colfondos S.A. por la indebida y nula que dicho fondo suministró; se anule el traslado a la AFP Porvenir S.A. y se ordene a las demandadas realizar las gestiones administrativas necesarias para



anular su traslado de régimen, y como consecuencia de ello ordenar a la AFP Porvenir S.A. trasladar la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual, y a Colpensiones a recibirlo sin solución de continuidad y a que una vez reciba los aportes corrija y actualice su historia laboral.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que nació el 12 de agosto de 1963, que efectuó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida un total de 491 semanas desde su afiliación el 3 de julio de 1978.

Indicó que el 1° de noviembre de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Colfondos S.A., sin que dicha decisión estuviera precedida de la suficiente ilustración por parte de dicho fondo.

Adujo que el 1° de octubre de 2007 se trasladó a la AFP Porvenir S.A. administradora que omitió informarle antes del 12 de agosto de 2015 la imposibilidad de trasladarse de régimen pensional

Añadió que desde su traslado cotizó al régimen de ahorro individual con solidaridad un total de 1.135 semanas de cotización y que en razón a ello hasta el 29 de febrero de 2020 acumula un total de 1.626 semanas al sistema de pensiones.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. adujo en esencia que el accionante no allegó prueba que sustente la nulidad y/o ineficacia, y tampoco se logra evidenciar la existencia de algún vicio en el consentimiento. Propuso en su



defensa las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías por su parte señaló que el traslado del demandante se presentó e virtud del derecho a la libre escogencia y que sus asesores comerciales le brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, prescripción de la acción, compensación y pago, entre otras.

Finalmente Colpensiones indicó que dentro del expediente no obra prueba de que se hubiere hecho incurrir en error al demandante por parte de la AFP o de que se este en presencia de algún vicio del consentimiento; y que no es procedente el traslado de régimen en tanto que el accionante se encuentra incurso en la prohibición establecida en el artículo 2° de la Ley 100 de 1993. Propuso en su defensa las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, prescripción de la acción laboral, saneamiento de la nulidad alegada, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad del demandante al régimen de ahorro individual realizado el 19 de octubre de 1996; condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, sin lugar a descuento alguno y ordenó a Colpensiones aceptar dichos valores e incluir la información necesaria en sus bases de datos.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recurso de apelación.



## FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la AFP Porvenir S.A. aduce en primer término que se está ante una ineficacia del acto jurídico cuando no se cumplen los requisitos de su esencia, y que en tal sentido el deber de información no hace parte de ellos, pues para el momento en que se produjo el traslado del demandante no existía norma que de esa forma se lo impusiera, pues tal obligación tan solo surgió con el Decreto 2555 del año 2010 en concordancia con el decreto 2071 del año 2015 y la Ley 1748 del mismo año, sin que se dable aplicar tales normas de forma retroactiva.

Agregó en el mismo sentido que conforme con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 se declarara la ineficacia cuando se acrediten conductas dolosas por parte de un empleador o un privado que atenten contra el derecho de afiliación y libre escogencia, y que en el asunto dicha situación no se acreditó.

Solicitó se tenga en cuenta que el demandante al absolver el interrogatorio de parte confesó situaciones particulares que no fueron tenidas en cuenta por la servidora judicial de primer grado; pues reconoció que le explicaron que su pensión iba a ser más alta, lo que afirma es totalmente cierto aunque depende del perfil que tenga el afiliado, que también le indicaron que su pensión era heredable, lo que también es cierto, y que además reconoció la suscripción libre y voluntaria de los formularios de afiliación tanto con Colfondos como con su representada.

Sostuvo que la juez de primer grado tampoco tuvo en cuenta que se estaba en presencia de actos de relacionamiento al haberse acreditado el traslado horizontal, ni que estos contratos de seguros exigen el cumplimiento de obligaciones de carácter recíproco y que en tal sentido el demandante tenía la



obligación de asesorarse y verificar la información que en el momento se le dio.

De otra parte indicó que la servidora judicial de primer grado también erró al condenar a su representada a devolver los descuentos que efectuó por concepto de gastos de administración, pues desconoció que por su naturaleza jurídica de dichas administradoras, pues a su juicio es evidente que tiene que cobrar unos gastos de administración por la gestión que realiza; pues en caso contrario ello supondría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, al recibir dineros sin realizar ninguna gestión.

Por su parte el apoderado de Colpensiones aduce en primer término que al tenor de lo establecido en el artículo 167 del C.G.P., esta Corporación en diversos pronunciamientos entre otros de los Magistrados Carlos Andrés Vargas y Manuel Serrano Baquero, quienes señalan que los vicios de error, fuerza y dolo deben acreditarse por quien los alega, sin que se dable trasladar a la entidad la carga de la prueba, de manera que como el demandante funda sus pretensiones en el hecho de haber sido engañado tenía la carga de la prueba de acreditar tal supuesto.

Agregó que resulta desproporcionado imponer la carga de la prueba a las AFP, entre ellas su representada, con mayor razón si el traslado del demandante se produjo en el año 1999, pues ello torno imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, pues para esa fecha no era obligatorio dejar registro documental de ello; siendo aplicable en consecuencia el aforismo de que nadie está obligado a lo imposible.

Agregó que de acuerdo con el interrogatorio de parte absuelto por el demandante indicó tener conocimiento de varias características del régimen de ahorro individual y no debatió sobre estas



## **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

## **CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que, tal como lo puso de presente, la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.



Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga<sup>1</sup>, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del

<sup>1</sup> “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

*"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."*

***Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión... igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".***

*Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

***En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."***



precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante advertir en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida, razón por la que no resultan de recibo los planteamientos que en tal sentido eleva el apoderado de Colpensiones.

Ahora, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido,



tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o incluso haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, si es que pretendía con la sola suscripción de tal documento dar cumplimiento a todas sus obligaciones legales; exponiéndole en todo caso de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97.

En este mismo sentido, se considera oportuno recordar que la jurisprudencia laboral enseña que las administradoras de fondos de pensiones no sólo deben ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva por algunos de los medios probatorios existentes, en la medida que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante no es posible establecer que se le hayan dado a conocer los aspectos antes indicados, pues si bien reconoció que se le informó que podría pensionarse antes de los 55 años de edad y que los recursos de su cuenta de ahorro individual podrían ser heredados, no se advierte que se le hubiere dado una explicación comparativa acerca de las características de los regímenes pensionales o a lo sumo de las



condiciones y requisitos con los que podría acceder a los beneficios, para de esa forma poder concluir que su traslado fue producto de una decisión informada.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*”, sin que para ello, contrario a lo que refiere el apoderado de la AFP Povenir S.A. se necesario acreditar un actor doloso.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Colfondos S.A., y como consecuencia de ello los traslados que se produjeron con posterioridad dentro del mismo régimen; a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que, como el demandante se encuentra válidamente afiliado a la AFP Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de



administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y la AFP Colfondos, tiene la obligación de trasladar las sumas que recibió por gastos de administración, razón por la que se adicionará la decisión de primer grado en este último sentido.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si el demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, “*Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social*” lo que de contera permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.



Ahora, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Has aquí el análisis de la Sala. Costas en esta instancia a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A.

### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO.- PRIMERO.- ADICIONAR** la sentencia recurrida a efectos de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.- ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías que efectúe el



traslado a Colpensiones de las sumas que descontó por concepto de gastos de administración con ocasión a la afiliación de la demandante.

**TERCERO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

**CUARTO.- COSTAS** a cargo de la demandada, para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$800.000,00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado *Plus voto  
porcié*



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001310500420150066101. Proceso Ordinario de Evelin Álvarez Anaya contra Vitalem IPS SAS y otros. (Fallo de Segunda Instancia).**

En Bogotá D. C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, y de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA:**

EVELIN ÁLVAREZ ANAYA convocó a VITALEM IPS SAS, ERIKA ISABEL CUESTAS PATACON y GUERTY JAQUELINE CRUS CUESTA para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario: reliquidación de cesantías e intereses, vacaciones, prima de servicios, licencia de maternidad y aportes al sistema de seguridad social; trabajo extra y en días de descanso obligatorio; indemnización por despido; indemnización moratoria; indexación.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,



### **HECHOS:**

Laboró para Vitalem desde el 17 de agosto de 2012 hasta el 3 de julio de 2014, desempeñando como último cargo auxiliar de enfermera domiciliaria, laborando 12 horas diarias de domingo a domingo con un día de descanso semanal.

El salario promedio mensual pactado fue \$50.000 por turno ordinario de ocho horas, igualmente se acordó que los turnos prestados domingos y festivos tendrían una remuneración de \$70.000 y de \$5.000 por hora extra, habiendo laborado diariamente 4 horas extras para un total durante la vigencia del vínculo de 2.340, y pactado que los turnos debían incrementarse anualmente de acuerdo con el IPC, la empleadora durante la vigencia del vínculo incumplió lo pactado.

El 2 de mayo de 2013 se enteró de su estado de embarazo habiéndolo informado verbalmente a la empresa, dando a luz el 22 de octubre de 2014, asumiendo los gastos de embarazo y parto ya que la empresa no la tenía afiliada, quien se abstuvo de cancelar la licencia de maternidad.

Pese a que interpuso acción de tutela que le fue favorable, el 3 de julio de 2014 se vio obligada a poner fin al contrato de trabajo, sin que le hayan cancelado las prestaciones sociales, por lo que solicitó conciliación ante el Ministerio del Trabajo el 17 de julio y 4 de agosto de 2014, sin llegar a un acuerdo porque ofreció tan sólo \$3'000.000 y realizar las respectivas afiliaciones.

### **ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

La demanda fue admitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 14 de diciembre de 2015. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, las demandas procedieron a dar contestación, así:



Vitalem y Guerty Jaqueline Cruz Cuesta por intermedio de un mismo apoderado oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos manifiestan que no los aceptan o no le constan; propusieron la excepción de mérito de inexistencia de la obligación.

Erika Isabel Cuestas Patacon por intermedio de Curador Ad Litem manifestando a las pretensiones que se atiene a lo demostrado en proceso; respecto de los hechos manifiesta que acepta unos y los restantes que no le constan.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 19 de marzo de 2019, DECLARANDO la existencia de contrato de trabajo con vitalem IPS SAS. C, CONDENÁNDOLA al pago de intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones e indemnización moratoria y le impuso costas. ABSOLVIÓ a las convocadas personas naturales.

Inconforme con la decisión el apoderado de Vitalem interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.

### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**

Sostuvo el impugnante frente a la condena de indemnización moratoria que su representada obró de buena, ya que en febrero de 2013 cuando la demandante decidió terminar la relación laboral, canceló la totalidad de los rubros correspondientes, no pudiendo prever el embarazo de alto riesgo de la demandante, quien continuó una relación de carácter civil no subordinada, pues sólo era llamada a prestar turnos de acuerdo con su disponibilidad y capacidad para realizarlos.

### **CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:**



Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo ya que no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

En los términos de la impugnación, lo primero que se debe dejar en claro por factor de competencia en aplicación del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el pronunciamiento y decisión en alzada recaerá única y exclusivamente al aspecto puntual objeto de inconformidad para el recurrentes, que es el concerniente a la condena irrogada por concepto de sanción moratoria.

La indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo como las demás de igual connotación sancionatoria previstas en la normatividad positiva del trabajo, no es de aplicación automática e inexorable, pues para resolver sobre su imposición se valora la conducta asumida por la empleadora en el no pago oportuno y completo de los salarios y prestaciones que se adeudan a la terminación del vínculo, lo que significa que es viable acceder a su reconocimiento cuando se concluya que la empleadora no actuó de buena fe, pues habrá circunstancias atendibles que la coloquen en la imposibilidad manifiesta de cancelar en forma oportuna el valor de lo adeudado como consecuencia de la terminación del vínculo, y en ese evento resultaría contrario a la lógica jurídica, sancionarla con el pago de indemnizaciones de la estirpe de las reclamadas.

El principio de buena fe para el recto entendimiento de las normas sancionatorias, depende de la duda acerca de la existencia de la obligación patronal, bien sea por haberse discutido la existencia del contrato de trabajo fuente generadora de los derechos deprecados, o por desconocerse sin malicia



o temeridad la prestación consiguiente, lo que significa, que el desconocimiento por sí sólo no sirve de argumento válido para enervar las consecuencias sancionatorias, sino que efectivamente se funde razonadamente y se encuentre probado, aspectos que debe afrontar la empleadora como carga probatoria.

En el caso que ocupa la atención, el impugnante no desconoce la decisión del aquo que consideró la naturaleza de la prestación del servicio regida por contrato de trabajo, por lo tanto, no es competencia en sede de instancia efectuar valoración alguna al respecto, y en esas condiciones concluida su existencia surgía a favor de la accionante el reconocimiento de los derechos que de él emergen, por tratarse de derechos mínimos que por su carácter de orden público son de obligatorio cumplimiento e irrenunciables, por ende, surgía la obligación a quien se le enrostró la condición de empleadora reconocerlos, que para el caso de la terminación del vínculo, conlleva su satisfacción en esa oportunidad y no en otra, salvo las excepciones previstas en la norma que erige la sanción, que no corresponden al caso objeto de análisis.

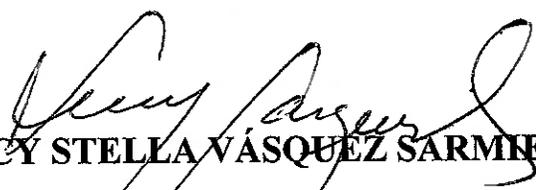
Así las cosas emerge el reconocimiento de la sanción moratoria, ya que no existe medio de convicción que acredite que en el desconocimiento e insatisfacción de los derechos prestacionales que surgieron como consecuencia de la terminación del vínculo, la empleadora hubiese actuado de buena fe, siendo su carga probatoria, por el contrario, teniendo la oportunidad de emendar su yerro persistió en él pese a que fue requerido ante la autoridad administrativa competente, y durante el trámite de la actuación judicial se sustrajo de acreditar la argumentación esgrimida para derruir la presunción de existencia de contrato de trabajo que concluyó el juzgado al punto que por la inasistencia de sus representadas al trámite de la actuación donde fueron requeridas, recayeron consecuencias adversas que a la postre sustentaron la configuración del contrato de trabajo.

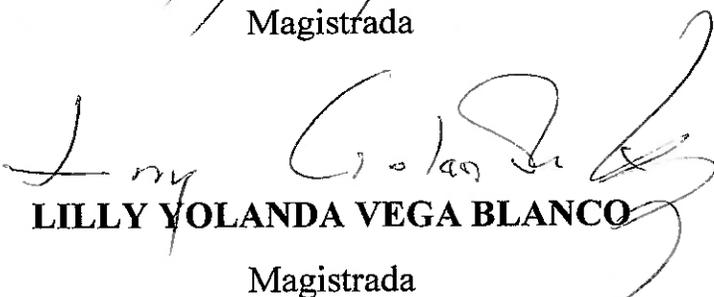


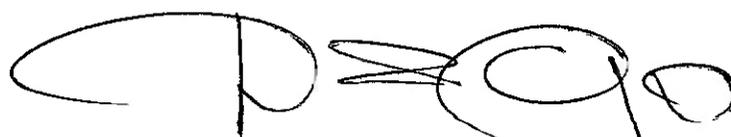
### DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que fue objeto de inconformidad para el impugnante. Costas en esta instancia a cargo de la activa, inclúyase la suma de \$100.000.00 por concepto de agencias en derecho.

NOTÍFIQUESE y CÚMPLASE.

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001310500420180005201. Proceso Ordinario de Daniel Gilberto Guerrero Jiménez contra Covintel SAS. (Fallo de Segunda Instancia).**

En Bogotá D. C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, y de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA:**

DANIEL GILBERTO GUERRERO JIMÉNEZ convocó a COVINTEL SAS, para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de existencia de contrato de trabajo: cesantías e intereses e cesantías, prima de servicio, vacaciones, indemnización moratoria, indemnización por despido e indexación de sumas adeudadas.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

**HECHOS:**



Laboró para la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 5 de enero de 2015, para desempeñar el cargo de jefe de recursos humanos hasta junio de 2015, toda vez que fue reubicado en el cargo de Jefe comercial, cumpliendo una jornada laboral de lunes a viernes de 7:00 am a 5:00 pm y sábados de 8:00 am a 2:00 pm, devengando como salario la suma de \$1'300.000 valor que fue incrementándose año a año, devengando como último salario \$1'800.000.

El 1 de septiembre de 2016 la convocada sustituyó verbalmente el vínculo laboral a prestación de servicios a través de Mava Group SAS, sin que se hubiera terminado formalmente y liquidado, continuando con la misma actividad y condiciones que venía realizando, y a pesar que la entidad entró en liquidación continuó prestando sus servicios a la convocada, quien el 27 de septiembre de 2017 dio por terminado sin justa causa el vínculo, sin que en vigencia de la relación laboral hubiese realizados las cotizaciones a seguridad social, por lo que el 10 de octubre la convocada recibió la correspondiente reclamación sin que hasta la fecha haya dado respuesta.

### **ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

La demanda fue admitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 1 de marzo de 2018. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderado procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos aceptó algunos y los restantes los negó; propuso las excepciones de mérito de cobro de lo debido y esencia del contrato.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 27 de marzo de 2019, ABSOLVIENDO a la demandada de las pretensiones de la demanda e impuso costas a cargo de la parte demandante.



Inconforme con la decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.

Inconforme con la decisión la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.

### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**

Sostuvo el impugnante que hubo error en la valoración probatoria de acuerdo al artículo 24 del C.S.T., toda vez que de acuerdo con la prueba testimonial se encuentra probada la presunción del contrato realidad en razón de las funciones realizadas, la remuneración recibida periódicamente, y COVINTEL le facilitaba las herramientas de trabajo.

No obra prueba alguna de la diligencia de descargos, no siendo lógico que el jefe de recursos humanos haga una citación a descargos masiva no teniendo en cuenta la clase de contratos de trabajadores vinculados por contrato de trabajo y trabajadores vinculados por prestación de servicios.

### **CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:**

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo; aunado a ello, no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.



En punto a lo que constituye objeto de reparo en alzada, es menester tener presente que la acreditación del servicio que compete a quien reclama la existencia del contrato de trabajo, si bien constituye el presupuesto de su presunción, ésta no es prueba del contrato de trabajo como lo entiende la impugnante, considerando *“que las presunciones no son medios de prueba sino que, más bien, son un razonamiento orientado a eximir de la prueba. Se podría decir, en suma, que las presunciones no son un medio de prueba pero sí tienen que ver con la verdad procesal”* <<Sentencia C-731 del 12 de julio de 2005>>, precisamente porque lo que consagran las presunciones son la transformación de la carga de la prueba, es decir, que en quien recae, en este caso, a quien se endilga la condición de empleador, a través de los medios de convicción desvirtuarla, pues son estos los que legítima y válidamente constituyen el soporte para resolver el entuerto jurídico, a voces de lo normado en el ordenamiento procesal jurídico y Superior, que para los intervinientes en juicio constituyen el instrumento a través del cual ejercen su derecho de contradicción y defensa, y para el encargado de dirimir la controversia su soporte, ya que toda decisión debe sustentarse en los medios probatorios oportunamente allegados a la controversia.

El máximo juez constitucional en el mismo pronunciamiento, sobre el tema preciso *“De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. En virtud de la presunción legal, se tiene una prueba completa desde el punto de vista procesal y es esa exactamente la finalidad jurídica que cumplen las presunciones y sin la cual carecerían de sentido.*

(...)

*Tal como se había mencionado, la presunción exime a quien la alega de la actividad probatoria. Basta con caer en el supuesto del hecho indicador establecido por la norma para que opere la presunción. En el caso de las*



*presunciones iuris tantum, lo que se deduce a partir del hecho indicador del hecho presumido no necesita ser mostrado. Se puede, sin embargo, desvirtuar el hecho indicador. Se admite, por tanto, la actividad orientada a destruir el hecho a partir del cual se configura la presunción”.*

Así las cosas, correspondía a la activa demostrar la prestación personal del servicio, lo cual hizo, pero no significa que constituya prueba para endilgar que estuvo regida por contrato de trabajo, ya que la accionada a quien se le endilga la condición de empleadora, puede desvirtuar que los servicios no fueron subordinados como elemento que lo caracteriza e identifica, de suerte que si así sucede, no produce efectos la presunción legal estatuida en el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo para concluir que los servicios prestados se rigieron por contrato de trabajo.

De cara a lo anterior, la prueba obrante a los autos, valorada en conjunto como lo exige el ordenamiento procesal laboral vigente bajo los principios científicos que informan su sana crítica <<artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social>>, permite concluir sin asomo de duda que la vinculación del demandante como “contratista” no mutó en contrato de trabajo, por ausencia de los requisitos previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Ante la disparidad de las partes sobre la forma en que se prestó el servicio, la prueba testimonial resulta útil para establecerlo, ya que los demás de medio de convicción no admiten reparo en la actividad y la consecuente remuneración, y son aquellos los que permiten concluir con aserto jurídico que en la prestación del servicio no se ejercitaron actos de subordinación, considerando que son contestes en referir como se ejecutó, la mayoría someramente, mientras que la versión de Leonardo Fabio Osorio Villarraga con lujos de detalles como se ejecutaba, exponiendo con naturalidad y espontaneidad la



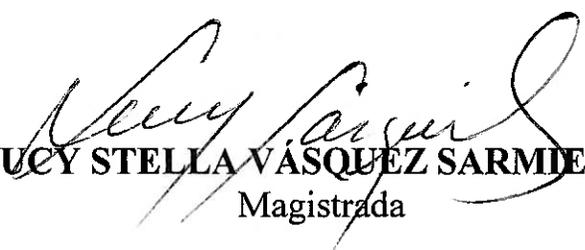
situación o naturaleza de los servicios del accionante para la convocada, precisamente porque tuvo conocimiento directo durante todo el periodo que se reclama la existencia del contrato de trabajo y que se presentó como consecuencia de un contrato de prestación de servicios, lo que admite credibilidad a su versión.

En la misma cuerda, la inconformidad de la impugnante al pretender derivar efectos a la citación de diligencia de descargos, no puede revertir la ausencia de subordinación, por cuanto como lo refiere la declaración de Osorio Villarraga obedeció a un error de la jefe de recursos humanos en virtud de la ausencia de un sinnúmero de trabajadores a convocatoria de una reunión, por esa razón como da cuenta la recurrente, no existe prueba de que efectivamente el actor hubiese comparecido a diligencia de descargos, es más, en el sustento fáctico de la acción nada se refiere al respecto.

### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la activa, inclúyase la suma de \$100.000.00 por concepto de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada



Ref.: Radicación ° 11001310500420180005201. Proceso Ordinario de Daniel Gilberto Guerrero Jiménez contra Covintel SAS. (Fallo de Segunda Instancia).

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-007-2019-00137-01. Proceso Ordinario de Claudia Marcela Lizcano Boada contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de febrero de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación a la AFP Protección, así como los traslados horizontales efectuados a Colfondos y Porvenir S.A. y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, junto con el



cálculo y sumas adicionales, y a la última entidad, a recibir los aportes, teniéndola como válidamente afiliada a Colpensiones y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 10 de mayo de 1968, teniendo 50 años al momento de radicar la demanda, afiliándose al ISS a partir del 1º de septiembre de 1990; que se trasladó a Davivir hoy protección en el mes de enero de 1996, no obstante, al momento de la afiliación no se brindó la información pertinente a la actora, a tal punto, que no se le informó que podía retornar a los 47 años de edad; que se trasladó a Colmena hoy Colfondos en el mes de octubre de 1997, trasladándose nuevamente a Colpatria hoy Porvenir en el mes de septiembre de 1999, por lo que ha efectuado cotizaciones en el RAIS por espacio de 22 años; que desde el momento de su afiliación en el RAIS en el año 1996, no se brindó información sobre su futuro derecho pensional, las implicaciones del traslado, un estudio del régimen de transición; que se elevaron peticiones ante Protección S.A., Colfondos y Porvenir S.A. el 30 de julio de 2018, mediante las que solicitó copia de los documentos firmados por el actor, dentro de las que se incluya proyecciones pensionales, asesorías o reasesorías, obteniendo respuesta los días 23 y 27 de agosto de 2018 y 7 de septiembre de la misma anualidad respectivamente; que elevó solicitud de nulidad ante Colpensiones el 17 de septiembre de 2018, la que fue desatada de forma negativa el 1º de octubre de 2018, por cuanto se encontraba en la prohibición contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a la AFP Davivir, así como los traslados horizontales efectuados a Colmena, Colfondos y Colpatria, y ordenó a Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos a trasladar los aportes pensionales, junto con



los rendimientos financieros y gastos de administración y ordenó que Colpensiones aceptara el traslado, sin solución de continuidad. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, las apoderadas de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación para que se revoque el fallo proferido, ya que si bien existe un precedente de la Corte Suprema de Justicia como lo ha señalado el aquo, pues el Tribunal ha señalado que no se puede aplicar de forma objetiva el precedente pues se debe analizar el caso en concreto y en este caso, con lo dicho en el interrogatorio de parte de la demandante fue negligente al momento de su traslado y no efectuó nuevamente su traslado en lo término de la ley 797 de 2003, antes de que le faltara 10 años o menos y si bien existió un vicio, el mismo debió ser advertido en la oportunidad frente a la información brindada y tenía 4 años para pedir la rescisión del traslado conforme con el artículo 1754 del Código Civil, por lo que se debe tener como una ratificación del acto, que subsana cualquier nulidad. Además, que la demandante realizó 4 traslados entre AFP, por lo que se genera duda frente a dichos traslados sin información. De igual forma, solicito se tenga en cuenta el precedente del Tribunal de Bogotá en ponencia del Dr. David Correa en sentencia con radicado No. 2018 – 445, que indica que no es viable la nulidad de traslado cuando la pensión no está



acorde y se debe someter a las características del sistema al que se afilió, suscribiendo el formulario, además de trasladarse en varios fondos.

El apoderado de Porvenir presentó recurso de apelación, que fundamentó en que no comparte la decisión de declarar la ineficacia con Davivir y las ineficacias sucesivas, así como tampoco las condenas respecto de los gastos de administración, pues si bien en parte motiva dice que no son nulidades sustanciales, no son los efectos de la ineficacia, sino son propiamente de la nulidad porque retrotrae los efectos al estado original, pero no son los de la ineficacia, que son de acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional, están dispuestos en la norma que declaren esas ineficacias en el sentido estricto y por tanto se debe resaltar el efecto del art 271 de la ley 100 de 1993, es permitir volver hacer la afiliación y no retrotraer las cosas al estado inicial, pues se obliga a la demandada a restituir los gastos de administración y queda la pregunta, que si la sentencia crea la ficción jurídica de no haber estado nunca afiliada, de donde sale que deban restituirse los ejercicios financieros si en términos del art 1746 del C.C. las partes son responsables por la declaratoria de nulidad, pues al no estar en el RAIS, pero si devolver los gastos de administración, pero por otro lado, sí estuvo afiliada y se obliga devolver los rendimiento financieros, ya en contra de la teoría de la inescindibilidad de la norma. Frente a la excepción de prescripción, por lo menos sobre gastos de administración, al ser emolumentos económicos si se debe declarar el efecto trienal pues no hacen parte de la pensión ni en el RPM, ni en el RAIS, siendo contrario, por ejemplo, en el caso de las mesadas pensionales, que son netamente económicos y son prescritos de forma trienal, por lo que se debe revocar en su integridad la sentencia proferida.

Por su parte, el apoderado de Protección presentó recurso de forma parcial, frente a la devolución de gastos de administración y es un concepto que se cobra por la administración de los aportes de la actora y el que se descuenta



un 3% para los mismos, para pagar el seguro previsional, descuento autorizado en artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por Ley 797 de 2003 y opera para el RAIS y para el RPM, pero al declararse la ineficacia y ordenarse la devolución de los dineros de la cuenta de la demandante a Colpensiones, solo procede los aportes de la cuenta, más rendimientos financieros por la gestión de Protección, pero no lo descontado por administración, pues son comisiones causadas, descuentos conforme a la ley y por la buena administración de la cuenta, hablándose de prestaciones acaecidas, que no se pueden desconocer por derechos laborales y de seguridad social, pues al aplicarse la restitución completa de prestaciones, se llegaría a la conclusión, que debería devolverse los rendimientos por el afiliado y a su vez, la AFP devolver los gastos de administración, toda vez que nunca se debió descontar, no habría rendimientos y debe ponerse de presente los aportes de la demandante, los rendimientos y descuentos se estaría ante un enriquecimiento sin causa en favor de la actora, pues genera rendimientos por la buena administración y los gastos eran la remuneración de la misma.

Finalmente, Colfondos interpuso recurso de apelación frente a la devolución de los gastos de administración y las costas. Lo anterior, por cuanto el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, pues se administra los recursos privados y públicos de las pensiones, por lo que no se comparte la decisión del despacho, pues al estar en el RAIS, le permitió tener rendimientos y en razón a la ineficacia, también es pertinente la devolución de dichos dineros generados en relación a rendimientos, pues es un beneficio obtenido por la demandante por pertenecer a Colfondos, pues de haber estado en el RPM, no se habría beneficiado de dicho concepto. Colfondos cumplió una función de administración que llevó a cabo durante su permanencia y durante el mismo interregno se benefició la actora frente a los rendimientos y tuvo cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, cumpliendo la demandada a cabalidad con sus obligaciones y generándose a Colfondos



una doble condena, pues se dispone entregar los rendimientos y a su vez los gastos de administración, con los que la entidad generó al administración y que dieron lugar a los rendimientos. De igual forma, solicita se revoque la condena respecto de las costas del proceso, como quiera que Colfondos ha administrado los recursos de la cuenta de ahorro individual y se hizo entrega de los mismos a la AFP que está afiliada la demandante, sin que se pueda decir que se ha negado el reconocimiento de alguna prestación.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado,



información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> “(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

*Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

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

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...).”*

*“...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante*



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de

---

*para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...*" (Subrayado de la Sala).



trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que las administradoras Davivir, Colmena, Colfondos y Colpatria, debieron consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.



Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Davivir, así como los traslados horizontales efectuados a Colmena, Colfondos S.A. y Colpatria, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. En igual sentido, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la



entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado. Idéntica situación ocurre respecto de los gastos de administración cobrados durante la afiliación de la actora por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, como quiera que fueron dichas administradoras quienes no brindaron la debida información a la afiliada.

Ahora bien, debe advertirse que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación del actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la



obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos conceptos y no la administradora privada.

En lo que tiene que ver con el traslado de los gastos de administración y rendimientos financieros, con ocasión de la declaratoria de la ineficacia, es necesario indicar a la administradora privada, que si bien dicho efecto jurídico vuelve las cosas al estado inicial, también lo es, que si se generaron unos rendimientos fue producto del capital aportado mediante las cotizaciones mensuales efectuadas por la señora Claudia Marcela Lizcano Boada, por lo que en efecto son de propiedad de la afiliada y no de la administradora de pensiones, situación que no genera un enriquecimiento en cabeza de la Colpensiones, ni del demandante, pues se reitera, que quien debe correr con los perjuicios de la falta de información, es la administradora que omitió la misma.

En igual sentido, es menester indicar a la encartada Colpensiones, que tal como se refirió con anterioridad, ni el paso del tiempo, ni haber solicitado la recisión del formulario de afiliación, es un argumento suficiente para no acceder a la declaratoria de ineficacia, pues así ha sido la postura de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral frente al primer punto y frente al segundo ítem, es que al tratarse de derechos irrenunciables como lo es el de seguridad social, no es posible acceder a tal solicitud.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la condena en costas, es necesario advertir, que Colfondos fue derrotada en el presente litigio y por tanto es procedente la condena de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., más aún, cuando si bien ya se trasladó el capital, más los



rendimientos financieros, también lo es, que no se trasladaron los conceptos de gastos de administración y seguros previsionales, así como, que dicha administradora privada sí intervino en el traslado horizontal y no brindó la debida información a la afiliada.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias quedan a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías

#### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

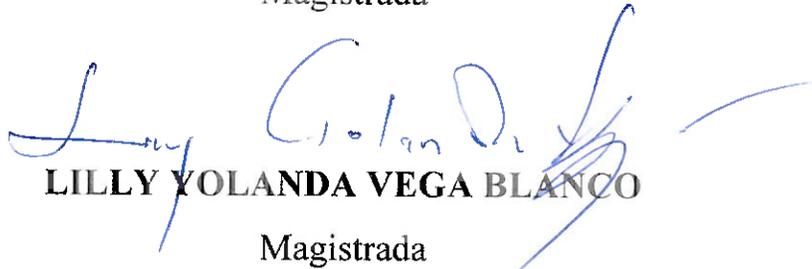
**PRIMERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.  
**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás.  
**TERCERO: COSTAS** de ambas instancias quedan a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías; fíjense como agencias en



derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte. para cada una de ellas, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado *Secho Neto  
parcial*



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-007-2020-00113-01. Proceso Ordinario de Martha Cecilia Díaz Cardozo contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de noviembre de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como, al traslado horizontal efectuado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., y como consecuencia de lo anterior,



se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, junto con los rendimientos financieros y a la última entidad, a activar la afiliación en el RPM, actualizando la historia laboral de la afiliada y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 23 de mayo de 1965, afiliándose al ISS hoy Colpensiones el 5 de septiembre de 1983 y estuvo hasta el 31 de marzo de 1995, donde cotizó un total de 398.57 semanas; que se trasladó en mayo de 1995 a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., no obstante, para el momento de traslado no se brindó la debida información por parte de los asesores de la administradora de pensiones, pues no se le hizo entrega de proyecciones pensionales, ni se trataron las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, indicándosele tan solo que se podía pensionar de forma anticipada y que sus aportes estarían afectados en la medida que el ISS iba a desaparecer, entidad en la que cotizó 92.43 semanas; que el 9 de mayo de 1997 se trasladó a la AFP Colmena hoy Protección, quienes le aseguraron que tendría mejores rendimientos y más beneficios para su derecho pensional, que no se afectaría su mesada pensional, sin embargo, no le fue informado que podría retornar al RPM antes de cumplir 47 años de edad, donde cotizó 1.105.86semanas, por lo que ha cotizado en su vida laboral al Sistema General de Pensiones un total de 1.596.86 semanas; que presentó solicitud de rentabilidad y cálculo efectuado al momento del traslado, la asesoría brindada y la hoja de vida de la asesora ante Porvenir el 16 de octubre de 2019, no obstante, dicha entidad guardó silencio; que elevó petición en la misma fecha ante Protección, solicitando la entrega de los cálculos de pensión si deja de cotizar o si continúa aportando hasta los 57 años de edad, obteniendo respuesta el 23 del mismo mes y año, quien le informó que para el momento del traslado no era obligación realizar proyecciones financieras, ni contar con documentos que soporten la



asesoría, pues bastaba con la suscripción del formulario de afiliación, indicando además, que de continuar aportando la mesada pensional a los 57 años ascendería a la suma de \$1.647.724, no obstante, en Colpensiones el derecho se reconocería por el monto de \$5.683.310, aplicando una tasa de reemplazo del 73.39%; que el 3 de diciembre de 2019 elevó peticiones de ineficacia de la afiliación ante las demandadas, obteniendo respuesta negativa por parte de las mismas los días 4, 5 y 17 de diciembre de 2019.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la AFP Invertir hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como, el traslado horizontal efectuado a la AFP Colmena hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., y ordenó trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración debidamente indexados y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, sin solución de continuidad. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.



La apoderada de Colpensiones solicitó se revoque el fallo proferido y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda, por cuanto en el proceso se advierte que la demandante suscribió formulario de afiliación el 30 de marzo de 1995, con la AFP Invertir hoy Porvenir y luego el 19 de mayo de 1997 con la AFP Colmena hoy Protección, lo que acredita que su afiliación fue libre, espontánea y sin presiones, cumpliendo con lo dispuesto en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, por lo que el acto de afiliación es válido y no se encuentra vicio en consentimiento o falta al deber de información. Indica la demandante que es procedente la nulidad o ineficacia pues no le suministraron información clara, precisa y suficiente sobre las desventajas del cambio de régimen pensional, sin embargo, se puede observar que no se acercó a ningún fondo, días después o en los años que estuvo e incluso realizó un traslado horizontal, sin pedir información adicional o ejercer el derecho al retracto, advirtiendo en todo caso, que la H. Corte Constitucional ha dicho frente al buen consejo, que para que el mismo se brinde sin lugar a equívocos se debe realizar con pleno conocimiento, libre y sin presiones, pero el afiliado debe ser diligente y ponderar su derecho pensional, conocer tanto el RAIS, como el RPM, pues están contenidos en la ley 100 de 1993 y no fue sino hasta que la actora cumplió 49 años de edad, que se acercó a Protección a solicitar información sobre su mesada pensional y que nunca recurrió a Colpensiones para saber sobre su futuro pensional, momento para el cual ya se encontraba en la prohibición contenida en el artículo 13 de la ley 797, por lo que se debe absolver de las súplicas elevadas. Aunado a lo anterior, adujo que frente a la sostenibilidad financiera existe pronunciamiento en la sentencia C 242 de 2009 y conforme con el Artículo 48 de la Constitución Política, debe tener prevalencia el interés general sobre el particular y la protección de recursos del sistema pensional, pues al declararse la ineficacia, el patrimonio público pagará la pensión que llegare a percibir la demandante, ya que con los ahorros individuales no ayudó a financiar pensiones del RPM y su ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión.



La apoderada de Protección S.A. interpuso recurso parcial contra la decisión proferida, ello frente a la devolución del pago del concepto de administración, en el entendido que la deducción de dineros de la cuenta de ahorro de la demandante se hizo con ocasión de una disposición legal, válida y exigible, no por capricho de la encartada y que en el hipotético caso de que se ordene la devolución de dichos conceptos, se debe devolver la totalidad de rendimientos causados, pues los mismos se originaron por la actuación y buena gestión de la demandada y solo se trasladarían los aportes, más no los rendimientos generados, enfatizando que los efectos de la nulidad es que todo vuelva al estado anterior, por lo que se deben remitir los aportes, sin los rendimientos, pues estos se generan en el RAIS y de estar en el RPM no los tendría. Frente a los seguros previsionales, adujo que los mismos se giraron a una compañía aseguradora para las contingencias de invalidez o sobrevivencia, para que dicha aseguradora financiera la pensión, sumas pagadas mes a mes durante la afiliación de la demandante y se está en la imposibilidad de cobro respecto de la aseguradora, pues fue una tercera de buena fe, que nada tiene que ver en la relación de la actora y Protección.

Finalmente, el apoderado de Porvenir S.A., peticionó se revoque la sentencia en su integridad y se despachen de forma desfavorable las súplicas de la demanda, en el entendido que no se valoró el consentimiento informado que fue materializado con la suscripción del formulario, en el que consta tal situación, conforme con el artículo 114 de la ley 100 de 1993, es decir no es una declaración vacía, sino un requerimiento legal con la firma de la demandante y quien es capaz de obligarse. Aunado a ello, se pasó por alto que Porvenir siempre garantizó el derecho al retracto, lo que se demostró con la publicación del día 14 de enero de 2004, como lo dispuso el artículo 3º del Decreto 1163, sin que se valorara dicha situación como una negligencia de la demandante, desconociéndose la voluntad de las partes de celebrar actos y contratos, atendiendo la sentencia C 341 de 2006. De igual forma, presentó



inconformidad frente a la devolución de gastos de administración indexados, pues desconoce la característica propia y establecida en la Ley, especialmente en el RAIS y es generar cobros de administración y pagos de prima de seguros, para las contingencias de invalidez y muerte y el fondo de solidaridad, más aún, que al devolverse tales conceptos se genera un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, en la medida que no existe norma que disponga devolución, pues el artículo 113 de la ley 100 de 1993 dice cuales conceptos se trasladan, por lo que se evidencia que no sirven para financiar la prestación, en la medida que no le corresponden a ella y sí al fondo privado, que los generó por la administración y aumento del capital existente en la cuenta del afiliado. Finalmente, se debe tener en cuenta las restituciones mutuas establecidas en el artículo 1746 del Código Civil, por nulidad de acto jurídico, que establece que la parte que recibió frutos debe devolverlos o se genera un enriquecimiento sin causa, por lo que se debe revocar en su integridad la sentencia emitida.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**



Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> “(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

*Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

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



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones,

---

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)*

*"...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..." (Subrayado de la Sala).*



para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que las demandadas AFP Invertir hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como, la AFP Colmena hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., debieron consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto



no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Invertir hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como, el traslado horizontal efectuado a la AFP Colmena hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena



a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado. Idéntica situación ocurre respecto de los gastos de administración cobrados durante la afiliación de la demandante por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., como quiera que fue dicha administradora quien no brindó la debida información a la afiliada.

Ahora bien, frente a la posible afectación a la sostenibilidad financiera del RPM y a la primacía del intereses general sobre el particular, debe



advertirse que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos conceptos y no la administradora privada. Situación que es semejante frente a los seguros previsionales, pues si bien los mismos ya se causaron y se procedió con el pago respectivo, ello no implica perjuicio alguno, pues la administradora de pensiones privada debe responder con su patrimonio, ya que fue la persona jurídica que causó el perjuicio ante la falta al deber de información.

En lo que tiene que ver con el argumento de las restituciones mutuas o la imposibilidad de traslado de los rendimientos financieros y los gastos de administración con ocasión de la gestión realizada por las administradoras privadas, es necesario advertir, que tales conceptos no le corresponden a dichas administradoras, sino que por el contrario, son del afiliado, pues al generarse rendimientos financieros, los mismos son fruto del pago de las cotizaciones efectuadas y los gastos de administración, son porcentajes



propios del aporte mensual que se realiza, por lo que no habría lugar a que las administradoras de pensiones privadas se quedasen con alguno de ellos, lo que no implica un enriquecimiento sin justa causa ni en cabeza de la señora Díaz Cardozo, ni de la Administradora Colombiana de Pensiones, al nunca generarse la obligación en el pago.

Finalmente, es necesario resaltar que si bien el afiliado tienen obligaciones al efectuar un acto o negocio jurídico, también lo es, que quienes poseen el conocimiento y manejo del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad son las administradoras del mismo, siendo las obligadas a entregar la información, clara, completa y oportuna de cada régimen pensional, pues al afiliado lo único que le interesa es el reconocimiento del derecho pensional futuro.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias quedan a cargo de únicamente de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. y de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

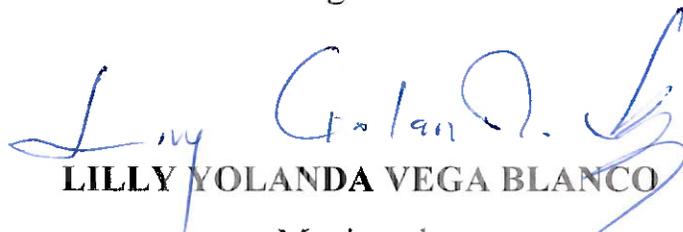
#### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS** de esta



instancia cargo únicamente de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. y de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fijense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte. para cada una de ellas, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión.  
**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado *Solo voto por el*



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 008 2019 00296 01. Proceso Ordinario Sandra Patricia Pérez Medina contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandada AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad realizada y promovida por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, que como consecuencia de ello es ineficaz su afiliación a la AFP Porvenir S.A. y que se encuentra válidamente afiliada al



régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; se condene a Colfondos S.A. y a Porvenir S.A. a registrar en el sistema de información que su afiliación es ineficaz, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes pensionales que cotizó incluidos los rendimientos financieros, las deducciones por gastos de administración y los descuentos para los seguros de invalidez, vejez y muerte.

En subsidio de las anteriores pretensiones, solicita se declare la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad, que como consecuencia de ello es nula la afiliación a la AFP Porvenir S.A. y que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida; con el propósito de que impongan similares pretensiones de condena.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que fue nació el 3 de mayo de 1970, que estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales desde el 16 de agosto de 1990.

Indicó que el 16 de septiembre de 1996 la AFP Colfondos S.A. la persuadió para que se afiliara al régimen de ahorro individual con la promesa de que su pensión sería mejor podría acceder a varios beneficios.

Señaló que el asesor de Colfondos S.A. no verificó su historia laboral, el salario que devengaba y su entorno familiar con el fin de asesorarla; y no le informó las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía suscribir el formulario de afiliación; ni tampoco le explicó las condiciones y requisitos legales que debía cumplir en ese nuevo régimen.



Afirmó que el asesor de Colfondos S.A. le indicó que el Seguro Social se encontraba en una situación lamentable y que no podría pagarle la mesada pensional y que lo que más le convenía era trasladarse de régimen.

Refirió que estuvo afiliada a Colfondos S.A. hasta el mes de junio de 2001 cuando fue persuadida para afiliarse a la AFP Porvenir S.A., cuyo asesor, tampoco analizó su historia laboral ni le informó acerca de las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía continuar afiliada en el RAIS.

Reseñó que en el mes de mayo de 2018 por su propio cuenta acudió a asesoría particular en la que se le dio a conocer en detalle su caso pensional, lo que la motivó a solicitar a Colpensiones e activara su afiliación y estudiara el reconocimiento de su derecho pensional, solicitud que le fue negada

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones<sup>1</sup> adujo que la afiliación de la demandante es válida y que permitir su traslado genera la descapitalización del sistema y que en todo caso son los fondos privados quienes cuentan con la facultad para determinar la anulación de la afiliación. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y la obligación y buena fe.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías<sup>2</sup>, adujo en su defensa que sí brindó al demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de la decisión de trasladarse; y que, en todo caso, dicho acto no se puede declarar ineficaz en tanto que nació a la vida jurídica y se ratifica con los actos del demandante quien no manifestó alguna inconformidad dentro los términos establecidos en la ley. Propuso en su defensa

<sup>1</sup> Cfr fls 224 a 236 del expediente digitalizado.

<sup>2</sup> Cfr fls 258 y ss del expediente digitalizado.



las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción, compensación y pago, entre otras.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.<sup>3</sup> indicó que de un lado que la demandante no aporta elementos de prueba que sustentan sus pretensiones, que manifestó su deseo de permanecer en el RAIS con ocasión a su traslado horizontal y que en todo caso cumplió con su deber de información. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Mediante providencia del 28 de mayo de 2021<sup>4</sup> la servidora judicial de primer grado dispuso la vinculación de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., la que una vez notificada dio respuesta a la demanda<sup>5</sup> en oposición a las pretensiones y propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, la aquo declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección S.A. el 21 de abril de 1994, que en consecuencia se encontraba válidamente afiliada a Colpensiones y condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas que hubiera recibido con

<sup>3</sup> Cfr fls 356 y ss del expediente digitalizado.

<sup>4</sup> Cfr fls 531 y 532 del expediente digitalizado.

<sup>5</sup> Cfr fls 537 y ss del expediente digitalizado.



motivo de la afiliación de la demandante sin descontar gastos de administración.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

### **FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS**

La apoderada de la AFP Porvenir S.A. solicita en primer término se revoque la decisión de primer grado, o que en caso de que se confirme se revoque la condena relativa a la devolución de los gastos de administración.

Indicó en primer término que conforme con la normatividad de la época el traslado de la demandante fue válido y eficaz, en tanto que la demandante se vinculó con Protección para el año 1994 con la suscripción del correspondiente formulario de afiliación, el que afirma era el único documento que se requería para esa época.

Señaló que si bien el deber de información ha existido desde los inicios de las administradoras, el mismo ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial que se ha ido incrementado, pero que en el asunto no se realizó la interpretación vigente para la época; pues deberes y obligaciones como comparación de los dos regímenes, analizar el caso particular del afiliado o la realización de alguna proyección pensional o hablarle acerca de la conveniencia del traslado, nacieron con posterioridad y que por esa razón no les deben ser exigidos.

Sostuvo en el mismo sentido que tampoco se les debe exigir a las administradoras prueba la asesoría con un documento diferente al del formulario de afiliación, con mayor razón cuando han transcurrido más de 20



años desde que se produjo dicho acto; y en dicho tiempo la demandante pudo autoinformarse del acto y definir que era lo que realmente quería.

Agregó en el mismo sentido que para el momento en que se produjo el traslado se desconocía si la demandante se iba a poder pensionar, la tasa de reemplazo que podría obtener, el ingreso base de cotizaciones, entre otras condiciones y que en razón a ello es injusto que se alega la falta del deber de información por parte de las administradoras cuando la realidad es que la demandante se encuentra inconforme con la mesada pensional en el fondo privado.

De otra parte señaló que en virtud de las restituciones mutuas no es procedente la condena impuesta en contra de su representada a devolver los gastos de administración; lo que afirma resulta contradictorio en tanto se declara la ineficacia del acto, lo que genera la pérdida de sus efectos, sin embargo, de ser así, la demandante no tendría derecho a los rendimientos financieros que se generaron por la gestión de su mandante.

Por su parte el apoderado de Colpensiones solicita se modifique la condena impuesta en primera instancia a efectos de que la condena a la devolución de los gastos de administración impuesta a Porvenir, también se imponga a Colfondos S.A. y Protección S.A., en tanto que, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada con cada una de estos, también se efectuaron dichos descuentos, con mayor razón si la consecuencia de la ineficacia es volver todo al estado anterior como si el acto no hubiera existido, de manera que dichas entidades no pueden lucrarse se los gastos de administración que descontaron.



Adicionalmente solicita que los gastos de administración se reintegren de forma indexada, toda vez que la demandante no pertenece al régimen de prima media, y dichos rubros con el paso del tiempo se han depreciado.

De otra parte solicitó se revoque la condena en costas impuesta en contra de su representada, pues no puede considerarse una parte vencida, en tanto que la acreditación del deber de información se encontraba a cargo de las administradoras de pensiones Protección, Colfondos y Porvenir.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

### **CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y de ser así, definir si también resulta procedente ordenar el traslado de los gastos de administración a las administradoras de fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad demandadas.



Al respecto es del caso tener en cuenta que, tal como lo puso de presente, la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga<sup>6</sup>, posición que fue

<sup>6</sup> "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

*"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."*

*Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adocinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión... igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".*

*Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente*



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

---

*debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

*En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.”.*



En este mismo sentido, es importante advertir en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida, de manera que no es de recibo el argumento que sobre el particular expone la apoderada de Colpensiones.

Ahora bien, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Protección S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

No desconoce la Sala que tal como lo ha reconocido la máxima Corporación de Justicia Laboral, el cumplimiento obligaciones que se han impuesto a las administradoras de fondos de pensiones ha tenido diversas etapas; sin embargo, la obligación de suministrar la información clara, comprensible y



oportuna se desprende de lo que al efecto estableció el Decreto 663 de 1993, norma vigente para el momento de la afiliación; y contrario a lo que aduce la apoderada de la AFP Porvenir, el cumplimiento de tal obligación no se encuentra acreditado.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adocrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por tanto, como el vicio surge desde el mismo momento de la afiliación ningún efecto tiene asesorías posteriores sobre las implicaciones del traslado; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Protección S.A., y como consecuencia de ello, de los traslados que posteriormente se efectuaron dentro del mismo régimen, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el



error; de suerte que, como la demandante se encuentra válidamente afiliado a la AFP Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, así mismo, la AFP Protección S.A. y la AFP Colfondos S.A., deberán trasladar a Colpensiones, los valores que descontaron por concepto de gastos de administración mientras el demandante estuvo afiliado a ésta motivo por el que se adicionará la decisión de primer grado en este aspecto, pues nada dispuso sobre el particular.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si la demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”* lo que de contera permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también



lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, en relación con la solicitud elevada por el apoderado de Colpensiones relativa al pago indexado de los gastos de administración, considera la Sala que el mismo resulta procedente, en la medida que dichos recursos no hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante, viéndose por tanto afectados por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda al no generar algún tipo de rendimiento o rentabilidad mínima, determinación que guarda concordancia con la determinación acogida por la máxima Corporación de justicia laboral en la sentencia SL5686 de 2021; motivo por el que se adicionara en este sentido la sentencia recurrida.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

En este mismo sentido, se revocará la condena en costas impuesta en contra de la demandada Colpensiones, en tanto que, no intervino en el acto cuya ineficacia se declara. No se impondrá condena en costas en esta instancia.



## DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

**PRIMERO.- PRIMERO.- ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **ORDENAR** a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que efectúen el traslado a Colpensiones de las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración con ocasión a la afiliación de la demandante debidamente indexadas.

**SEGUNDO.- ADICIONAR** la sentencia recurrida a efectos de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**TERCERO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida recurrida.

**COSTAS** sin lugar a su imposición en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO  
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11001-31-05 008 2019 00296 01. Proceso Ordinario Sandra Patricia Pérez Medina contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado *Solvo voto  
procial*



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-008-2020-00115-01. Proceso Ordinario de José Del Carmen Quiroz Quintero contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, el 2 de diciembre de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación y a la última entidad, a reconocer y pagar la pensión de vejez, junto con el retroactivo



correspondiente, los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de los valores reconocidos y las costas del proceso. Así mismo, solicitó se haga entrega de la copia de los formulario de afiliación y desafiliación tanto de Colpensiones, como de Porvenir, al igual, que se efectúe cálculo de la pensión, teniendo en cuenta el IBC.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 25 de marzo de 1959, efectuando cotizaciones al ISS hoy Colpensiones por el período comprendido entre el 30 de marzo de 1981 y el 30 de noviembre de 1995; que el actor efectuó cotizaciones a Porvenir por el período comprendido entre el mes de octubre de 1996 y el mes de julio de 2019; que al momento de efectuarse el traslado, no se brindó la debida información, ni cumplió con el deber del buen consejo, ni la doble asesoría, no se indicó la posibilidad de pensión en cada régimen pensional, no entrega de una proyección del valor de la indemnización o devolución de saldos; que se solicitó la nulidad de traslado el 26 de febrero de 2020, así como copia del formulario de afiliación, peticiones que fueron elevadas en idéntica forma respecto de Colpensiones el 25 del mismo mes y año.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y ordenó trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración debidamente indexados, junto con los intereses consagrados en el artículo 1746 del Código Civil y ordenó que Colpensiones aceptara el traslado, recibiera los dineros y actualizara su historia laboral. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que el actor pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la



información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

La apoderada de Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, con el fin de que se revoque la sentencia proferida, bajo el sustento, que si bien existe un precedente, no se debe aplicar de manera objetiva ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, por lo que no le asiste razón a la falladora de primera instancia al declarar la ineficacia por falta al deber de información, pues para tal momento no era obligatorio brindar algún documento o incluso información adicional, que se pudiera probar dentro de este proceso, toda vez que al momento de poder brindar esta información solamente se requería que el afiliado expresara su voluntad tras el diligenciamiento del correspondiente formulario según la circular No. 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, aunado, con que se encuentra frente a una imposibilidad de contar con testimonio del asesor, pues no cuenta con información actualizada y no existe otro documento que pudiese traer Porvenir para poder demostrar que sí se le brindó una información amplia y suficiente al demandante, enfatizando, que no se requiere más pruebas que la pasividad del actor durante todo este proceso, en el entendido que realizó cotizaciones y presentó queja solo hasta el momento que conoció el monto de su mesada pensional, más aun, cuando en el año 1996 el actor no cotizaba con salarios altos y por tanto, no se puede hablar de una desfinanciación.



Adujo, que no se le pueden indilgar una responsabilidad por hechos inciertos a Porvenir, para lo cual se trae a colación la sentencia T-569 sobre el principio de favorabilidad, que si bien permite aplicar la norma más favorable al trabajador, también indica que la aplicación normativa se debe aplicar en su integridad, sin que sea posible fragmentarla; lo anterior, por cuanto al declararse la ineficacia, se retrotrae todo al estado inicial, quiere decir ello, que Porvenir no hizo ningún tipo de rendimiento o ningún tipo de beneficio económico al demandante y por tanto, al ordenarse devolver los rendimientos, junto con los gastos de administración, tales conceptos no hacen parte, ni financian la pensión y se otorgan por los rendimientos positivos de la gestión adelantada por la administradora de pensiones, gastos de administración que incluso se encuentran regulados en la Ley 100 de 1993 y respecto de los cuales, Colpensiones también está en la facultad de cobrar con motivo de la afiliación, sin embargo, dicha entidad o el mismo demandante, se estarían enriqueciendo por el trabajo realizado por Porvenir y en últimas, debería declararse la prescripción no solo sobre gastos de administración, sino sobre las primas de seguro o cualquier otro dinero que no esté en la cuenta de ahorro individual, pues no pertenecen a los afiliados y no financian la pensión.

Por su parte, Colpensiones interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia, para que sea revocada íntegramente en lo atinente con la declaratoria de ineficacia por traslado pensional y las consecuencias que se derivan, al no compartir los fundamentos de la sentencia, en el entendido que si bien indica que no hay medios de prueba o de convicción para acreditar el deber de información, también lo es, que la Juez hace la salvedad que el cumplimiento es por cualquier medio de prueba, sin embargo, se considera que pretender que se allegue un medio de prueba diferente al formulario de afiliación o prueba testimonial o confesión derivada del interrogatorio de parte, son cargas procesales imposibles de cumplir por parte de Porvenir



como fondo demandado o incluso por Colpensiones, pues al momento del traslado solo existía obligación de suscribir el formulario de afiliación, el que se firmaba precedido de la información dada por el asesor del fondo de pensiones y por el contrario, pretender allegar documento de la asesoría precisa dada al afiliado no es posible, pues no existía obligación legal, así como, aportar otros tipo de medios probatorios resulta casi que imposible a tal punto que en la audiencia la Juez cuestionó a Porvenir y Colpensiones sobre posibilidad de asesores que se dieron la información y se manifestó la imposibilidad de traer a los mismos, resaltando, que el mismo Porvenir dice que se debe verificar las exigencias al momento del traslado del actor y si ante el incumplimiento de obligaciones procede la declaratoria de ineficacia sobre exigencias normativas y jurisprudenciales que no eran aplicables. Aunado a ello, señala que si bien la posición dominante de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que el con el traslado de los aportes, más los rendimientos y los gastos de administración, no se genera una desfinanciación del RPM, tal afirmación no es cierta, en la medida que la prohibición de traslado de los 10 años busca establecer los montos de financiación para tener coberturas de las prestaciones a que haya lugar y el hecho de que se traslade un afiliado que no ha financiado o sostenido el RPM, afecta tal principio, más allá del traslado de aportes y rendimientos por parte de Porvenir y en todo caso, al generarse un perjuicio al demandante respecto de las diferencias de las mesadas pensionales, quien debe cubrir las diferencias es Porvenir, que fue quien incumplió las obligaciones que le eran exigibles en el año 96, momento para el cual se afilia a la administradora de pensiones.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado



jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

### CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> "(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional,

---

*artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

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

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)*

*“...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...” (Subrayado de la Sala).*



frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo



señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al



tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. En igual sentido, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación del demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado.

Ahora bien, frente a la posible afectación a la desfinanciación del RPM y respecto de las eventuales diferencias que surjan entre las mesadas



pensionales, debe advertirse que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación del actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos conceptos y no la administradora privada.

En lo que tiene que ver con el principio de favorabilidad y la prohibición de traslado de los gastos de administración y rendimientos financieros, con ocasión de la declaratoria de la ineficacia, es necesario indicar a la administradora privada, que si bien dicho efecto jurídico vuelve las cosas al estado inicial, también lo es, que si se generaron unos rendimientos fue producto del capital aportado mediante las cotizaciones mensuales por el señor Quiroz Quintero, por lo que en efecto son de propiedad del afiliado y no de la administradora de pensiones, situación que no genera un enriquecimiento en cabeza de la Colpensiones, ni del demandante, pues se reitera, que quien debe correr con los perjuicios de la falta de información, es la administradora que omitió la misma.



Es necesario resaltar que se adujo por la pasiva la imposibilidad de traer otro medio de prueba al plenario, con el que se pudiera respaldar la falta de información, tales como un documento anexo, el testimonio de asesor o que en el interrogatorio de parte se generara la confesión, generándose una obligación imposible de cumplir, sin embargo, debe advertirse que la debida información, que es un deber que se encuentra consagrado desde la expedición del Estatuto Financiero, imponía a la administradoras de pensiones impartir el buen consejo de sus afiliados, situación que puede ser acreditada mediante el uso de cualquier medio de prueba, no obstante, no puede pretender la pasiva, que con el simple diligenciamiento de un formulario pre impreso y en el cual el afiliado solamente impone su rúbrica, tenga la suficiente contundencia para advertir, que en efecto le fue suministrada la información correspondiente y por tanto, se tomó la decisión de efectuar el traslado.

Finalmente, no se efectuará pronunciamiento alguno referente a la indexación de la devolución de los gastos de administración, a los intereses estimados por la falladora de primer grado y al no reconocimiento del derecho pensional en favor del demandante, pues tales ítems no fueron objeto de controversia alguna por las interesadas mediante el recurso de apelación.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de esta instancia quedan a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y sin lugar a ellas en primera instancia.

### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-008-2020-00115-01. Proceso Ordinario José del Carmen Quiroz Quintero contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS** de segunda instancia quedan a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado *Solus voto parcial*



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 009 2016 00377 01 Proceso Ordinario de Alberto Aldana Márquez contra Federación Nacional de Cafeteros de Colombia (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, luego de que se derrotara la ponencia presentada al H. Magistrado Dr. Luis Agustín Vega Carvajal, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por el apoderado del demandante y el apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que previa declaración de que fue trabajador de la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., se ordene a la demandada Asesores en Derecho SAS expedir la resolución del bono pensional o cálculo actuarial que le



corresponde por el tiempo en que laboró para la Flota Mercante y se condene a la Fiduciaria la Previsora S.A. en condición de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota a pagar a Colpensiones el título o cálculo actuarial correspondiente.

Como fundamento de las pretensiones señaló que laboró para la Flota Mercante Gran Colombiana S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido entre el 6 de marzo de 1979 y el 22 de junio de 1970; data esta última para a cual percibió un salario promedio de U\$1.918,32 <<dólares americanos>>, de acuerdo con la liquidación final de prestaciones sociales, que haciendo la conversión a pesos colombianos equivalen a \$963.744,78.

Expresa que se encuentra afiliado a Colpensiones en donde cuenta con 242,21 semanas de cotización, que es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, que para el 25 de julio de 2005 contaba con más de 955,58 semanas, y que el 7 de agosto de 2010 cumplió 60 años de edad y contaba con más de 1000 semanas de cotizaciones, incluidos los tiempos de servicios para la Armada Nacional.

Agregó que la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., cambió su nombre al de Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., la cual es filial de la Federación Nacional de Cafeteros, en cuanto ésta última obra como administradora del Fondo Nacional del Café, cuyo titular afirma es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones<sup>1</sup> se opuso a las pretensiones de la demanda incoadas en su contra, al considerar que el demandante no cumple con los requisitos para ser beneficiario del régimen

---

<sup>1</sup> Cfr fls 685 y ss del expediente físico.



de transición y que con los periodos que cotizó al sistema no reúne los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez que se reclama. Propuso en su defensa las excepciones de buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y prescripción.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público<sup>2</sup> adujo en su defensa que de acuerdo con el artículo 5° de la Ley 489 de 1998 no se encuentra facultada para reconocer, otorgar y liquidar pensiones de vejez, y agregó que la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café es la entidad matriz o controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación alguna del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda, falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva y prescripción de los derechos que se reclaman.

La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia dio respuesta a la demanda<sup>3</sup> en oposición a las pretensiones incoadas en su contra, argumentando, que nunca sostuvo vínculo laboral con el demandante y que la responsabilidad subsidiaria que establece el artículo 148 de la Ley 222 de 1995 no se presume. Propuso en su defensa entre otras las excepciones de ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros, falta de legitimación en la causa, prescripción y compensación.

Asesores en Derecho SAS<sup>4</sup> adujo que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del cálculo actuarial en tanto que para la data de vigencia del contrato de trabajo el empleador no tenía la obligación, legal y forzosa de afiliación. Propuso en su defensa entre otras las excepciones de

<sup>2</sup> Cfr fls 703 a 717 del expediente físico.

<sup>3</sup> Cf. Fls 1.060 a 1.082 del expediente físico

<sup>4</sup> Cfr fls 1.098 a 1.127 del expediente físico.



prescripción, imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial e inexistencia de la obligación.

La Fiduciaria la Previsora S.A.<sup>5</sup> en condición de como vocera y administradora del patrimonio autónomo Panflota, adujo en esencia que no existió ninguna clase de vínculo entre el patrimonio autónomo que administra y el demandante. Propuso entre otras las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia, prescripción e inexistencia de la obligación.

La *aquo* declaró la existencia de la relación laboral entre el demandante y la extinta Flota Mercante Grancolombiana desde el 6 de marzo de 1979 hasta el 22 de junio de 1990; condenó a la Federación Nacional de Cafeteros al pago del cálculo actuarial a Colpensiones respecto del vínculo declarado, entidad esta última a la que condenó a realizar el cálculo actuarial y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Inconformes con la anterior determinación el apoderado del demandante y el apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos.

### **FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS**

El apoderado del demandante adujo en primer término que dentro del expediente se acreditó con la liquidación final, que el salario del demandante era la suma de U\$1.918,32 dólares, que corresponde al promedio salarial del

---

<sup>5</sup> Cfr fls 1.171 a 1.191



último año y que dicha suma equivale para el 22 de junio de 1990 de \$959.428,00.

Señala en el mismo sentido que si existe alguna discusión en relación con los viáticos o las primas extralegales de servicio, basta con revisar lo acordado en la cláusula 5ª del contrato de trabajo frente a los viáticos, así como el fallo de la Corte Suprema de Justicia que estableció que solamente el 8,33% de la prima extralegal de servicios constituye salario.

De otra parte, se opone a la determinación que se adoptó frente a las demandadas Fiduciaria la Previsora y Asesores en Derecho, en tanto que se aportaron los contratos de fiducia, que decidir lo contrario comporta desconocer la sentencia del juez del concurso, así como del Juez de tutela, y que incluso el Consejo de Estado ya le ordenó a Asesores en Derecho expedir el acto administrativo.

Así mismo, sostiene que en la medida que se reconoce el cálculo actuarial, contrario a lo que consideró la servidora judicial de primer grado, sí es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez que se reclama, de acuerdo con el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia, con mayor razón cuando el demandante cumplió el 7 de agosto de 2010 todos los requisitos para su reconocimiento al contar con más de 1.000 semanas, pues en el acto administrativo expedido por Colpensiones se contabilizó el tiempo del Ministerio de Defensa, pues para ello le va a ser cancelado el correspondiente cálculo actuarial en monto suficiente incluso para cancelar los intereses de mora

Finalmente expresó que es irrisorio la condena al pago de las costas en suma equivalente al salario mínimo de cara al valor de las condenas impuestas en contra de la Federación Nacional de Cafeteros, como de Colpensiones.



Por su parte el apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros solicita se revoquen las condenas impuestas en contra de su representada, para lo señala en primer término que a pesar de que su representada es la matriz y controlante de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., sus decisiones no fueron las que llevaron a la liquidación a esta última sociedad, sino que dicha situaciones se dio por situaciones de fuerza mayor o caso fortuito exógenas a su voluntad, entre las que se encuentra el desmonte de la reserva de carga por parte del Gobierno Nacional, lo cual se acredita con el estudio presentado y que solicita se tenga en cuenta como prueba documental.

Con similar propósito planteó carencia total de acción ordinaria en contra de su representada como administradora del Fondo Nacional del Café, por los pasivos pensionales o laborales de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, atendiendo la naturaleza parafiscal de sus recursos, en la forma como se encuentran definidos en el Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional.

Finalmente solicitó que en caso de confirmarse la sentencia se de aplicación a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y se disponga el pago en la proporción en que le corresponde al empleador, esto es, en un 75%; tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en procesos con ponencia de los Magistrados Carlos Andrés Vargas Castro, Marleny Rueda Olarte y Marceliano Chávez Ávila.

#### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el



conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

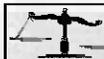
Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas

### CONSIDERACIONES

Conforme con lo dispuesto en el artículo 66A del C.P.T. y S.S. en concordancia con el artículo 69 de la misma obra, corresponde a la Sala establecer en primer término si es procedente si es procedente ordenar el pago del cálculo actuarial respecto de los aportes al sistema de pensiones por el periodo en que el demandante prestó servicios personales a favor de la extinta Flota Mercante Gran Colombiana a favor de Colpensiones, y de ser así establecer cuál de las demandadas debe asumir su pago, los factores que se deben tener en cuenta para su liquidación, y si es procedente ordenar la determinación del valor del cálculo actuarial teniendo en cuenta únicamente la proporción en que al empleador le corresponde efectuar los aportes al sistema en la forma prevista en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente se determinará si Colpensiones se encuentra obligada a realizar el correspondiente cálculo actuarial y si resulta procedente el reconocimiento de la pensión de vejez reclamada.

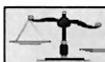
Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión en la alzada y se encuentra acreditado el vínculo laboral que existió entre el demandante y la extinta Flota Mercante entre el 6 de marzo de 1979 y el 22 de junio de 1990 y que durante dicho periodo no se efectuó el pago de aportes en pensiones; aspectos que se determinan con la documental visible a folios 499, 591 y el medio magnético visible a folio 1.239.



Ahora bien, se precisa que aun cuando no fue objeto de inconformidad en esta instancia, previo a determinar la responsabilidad de las demandadas en relación con el pago de las cotizaciones correspondientes al vínculo laboral del accionante, a efectos de no transgredir su derecho de defensa, abordará el estudio de la procedencia de dicho pago, para lo cual, corresponde a la Sala señalar que, con ocasión a la expedición del Decreto 3798 de 2003, la máxima Corporación de Justicia Laboral precisó su criterio y a partir de la sentencia del 27 enero de 2009, radicación 32.179, adoctrinó que las normas llamadas a definir los efectos de la falta de afiliación o la mora en el pago de los aportes al sistema de pensiones, son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada, en aplicación del principio de retrospectividad de la ley.

Es así como siguiendo esta misma línea la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4388 de 2015, luego de un prolijo análisis de la evolución legal y jurisprudencial sobre este aspecto, concluyó que de acuerdo con lo que al efecto se previó en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, puntualmente en sus literales “c” y “d”, así como en el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, en concordancia con los principios que definen y orientan el sistema de seguridad social, la solución a la problemática de la falta de afiliación al sistema de pensiones con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es el reconocimiento del tiempo servido por el trabajador, para el reconocimiento de la prestación de vejez, con el consecuente traslado del cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora; criterio que reiteró de forma más reciente en sentencia SL2267 del 20 de junio de 2018.

En ese orden, ningún reparo merece a la Sala la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado, en relación con la procedencia del pago de los aportes en pensión por el periodo en que prestó servicios el demandante



a la Flota Mercante S.A.; en tanto aquél consolidó su derecho pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, cálculo actuarial que conforme con la doctrina probable en cita se determinará en la forma como lo establece el Decreto 1887 de 1994, teniendo en cuenta para tal efecto los salarios percibidos entre 6 de marzo de 1979 y el 22 de junio de 1990.

De manera que no es procedente acceder a la solicitud que eleva el apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros de limitar el valor del cálculo actuarial a la proporción en que a partir de la Ley 100 de 1993 se previó se deben realizar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones por parte del empleador, esto es, un 75%; en la medida que el pago del cálculo actuarial dimana de la subrogación de la responsabilidad que tenía el empleador en torno al reconocimiento del derecho pensional de sus trabajadores, siendo en ese momento el único responsable de su pago, tal como lo reiteró en forma más reciente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1598 de 2021.

Ahora, en relación con los factores salariales sobre los que se han de tener en cuenta para la realización del referido cálculo actuarial, es del caso señalar que además de la asignación básica, únicamente es posible tener en cuenta los valores que percibió el actor por concepto de trabajo extra y suplementario, así como el 75% de los viáticos percibidos, concepto este último al que se le dio la connotación de salario en la referida proporción, en la cláusula cuarta de la Convención Colectiva de Trabajo que la empleadora suscribió con la organización Sindical Asommec, vigente para el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 1988 y el 1° de marzo de 1991<sup>6</sup>, texto extralegal del que es beneficiario el demandante con ocasión a su condición de afiliado a la referida organización sindical, la que por demás se determina con la certificación visible a folio 590.

---

<sup>6</sup> Cfr fls 545 a 582 del expediente físico



No se ordenará tener en cuenta los demás factores que señala la activa en tanto no se advierte norma legal o extralegal que les otorgue el carácter salarial a la prima de antigüedad y las primas de servicios.

Con el propósito de que se elabore el cálculo actuarial por parte de la actual administradora del régimen de prima media con prestación definida, en tanto la documental allegada con la hoja de vida carece de la totalidad de los soportes para determinar los salarios que percibió el demandante, respecto de la totalidad del vínculo laboral y en virtud del contrato de fiducia la demandada Fiduprevisora en condición de administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, tiene a su cargo la custodia y conservación de los archivos de la Flota Mercante Grancolombiana, se le ordenará que remita a COLPENSIONES, certificación de salarios y los factores antes señalados devengados por el demandante durante la vigencia de su contrato de trabajo con la extinta Flota Mercante.

Dilucidado lo anterior corresponde a la Sala determinar, si el pago del cálculo actuarial le corresponde asumirlo a Fiduprevisora en condición de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota o cuáles son las empresas obligadas a realizarlo.

Sobre el particular corresponde advertir que con ocasión a la liquidación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. su liquidadora suscribió contrato de Fiducia con la sociedad Fiduprevisora el 14 de febrero de 2006, acto jurídico que se incorpora a folios 1136 a 1157 del plenario y en el que si bien se advierte, cuyo objeto en principio fue “... *la constitución de un PATRIMONIO AUTÓNOMO... con el fin de que la FIDUCIARIA administre tales recursos y los destine al pago de las mesadas pensionales a cargo de la FLOTA, administre las contingencias jurídicas que le sean entregadas, y atienda los gastos necesarios para cumplir estos objetivos...*”; sin embargo, tal objeto



fue modificado en tres oportunidades, en la última de las cuales con el propósito de que se atendieran las siguientes obligaciones “i) el pago de los auxilios funerarios conforme a lo establecido en el Artículo 51 de la Ley 100 de 1993... ii) Responder todas las obligaciones de los ex empleados y pensionados de la Flota Mercante; iii) elaboración del cálculo actuarial...” y en razón a ello se acordó que la fiduciaria se obligaba a “(...) 6. Atender oportunamente las quejas, reclamos y peticiones que se presenten por parte de los beneficiarios del patrimonio y, los ex empleados de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A....y...25. Elaborar el cálculo actuarial en lo que corresponde a los ex empleados de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. el cual deberá ser remitido a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS quien actúa como administrador del Fondo Nacional del Café”

Pese a lo anterior, no pasa desapercibido para la Sala que en el último de los Otrosí referidos, en la modificación que se introdujo al numeral 16 de la cláusula cuarta, está el de pagar las obligaciones siempre que el Patrimonio Autónomo cuente con los recursos suficientes y en tal sentido, en tanto que en la sentencia SU 1023 de 2001 la Corte Constitucional reconoció que la Federación Nacional de Cafeteros es la matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, conclusión a la que arribó la servidora judicial de primer grado y no cuestionó el apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros; es del caso determinar si en dicho evento ésta última entidad efectivamente se encuentra obligada a asumir el pago del referido cálculo actuarial, tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado.

En tal virtud, y acorde no solo con la presunción que establece el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, precepto vigente para la data en que se dispuso la liquidación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.; sino con lo dispuesto en la sentencia SU 1023 de 2001, la Federación Nacional de Cafeteros asume la condición de garante frente a las obligaciones de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., en virtud de la



responsabilidad subsidiaria de la matriz de las obligaciones adquiridas por la sociedad subordinada, al margen de que los recursos que administre sean de naturaleza parafiscal, en razón a los presupuestos determinados en la sentencia de unificación en cita.<sup>7</sup>

Ahora; si bien la presunción a que alude la norma sustantiva del Código de Comercio puede ser desvirtuada en el evento de que la matriz o controlante demuestre que el estado de liquidación fue ocasionada por una causa diferente, dicha circunstancia en el presente asunto no se advirtió; pues aun cuando con tal propósito se aporta al proceso estudio técnico, contrario a lo que plantea el apoderado el mismo por su propia naturaleza no puede ser valorado como prueba documental, en tanto que contiene conceptos que imponían su trámite y valoración como prueba pericial.

En relación con las obligaciones de la vinculada Asesores en Derecho S.A.S. como mandataria con representación, aspecto que también cuestiona el apoderado de la parte actora, corresponde señalar que de acuerdo con la certificación<sup>8</sup> que expide su propio representante legal, se advierte que se obligó como mandataria a expedir cualquier acto administrativo relacionado con el reconocimiento, la sustitución o cualquier trámite pensional de los

---

<sup>7</sup> 16. Desde otra óptica, la Federación Nacional de Cafeteros se opone a la afectación de los recursos del Fondo Nacional del Café y/o de la Federación para asumir el pago de las mesadas a favor de los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, pues considera, frente a la afectación de los recursos del Fondo, que se trata de recursos parafiscales, los cuales pueden destinarse únicamente a los fines que señale la ley sin que en ellos se encuentre el pago de pasivos pensionales; de otra parte, frente a la vinculación de la Federación, expresa que no existe ningún vínculo laboral entre la Federación Nacional de Cafeteros y los trabajadores o los pensionados de la Flota Mercante.

Sin embargo, la Corte no admite este argumento pues existen dos presupuestos fácticos, acordes con la naturaleza de las rentas parafiscales, que permiten la afectación de los recursos de la Federación Nacional del Café - Fondo Nacional del Café en esta oportunidad. En primer lugar, las inversiones efectuadas por la Federación Nacional de Cafeteros en la Flota Mercante tuvieron como finalidad el desarrollo de actividades inherentes al fomento y/o beneficio del sector cafetero del país, en tanto se realizaron a su favor actividades de mercadeo, transporte y comercialización del café colombiano, y las inversiones en la Flota Mercante así lo evidenciaron en su momento. En segundo lugar, la teoría de las rentas parafiscales referida a inversiones en las actividades que señale la ley tiene una relación de doble vía, comprendida como la oportunidad que tienen los destinatarios de beneficiarse de las rentas o utilidades que genere su inversión y el derecho a la posterior destinación dentro de los amplios parámetros que señala la ley, la cual genera a su vez, en sentido contrario, la obligación de asumir las cargas que se surjan en el proceso.

<sup>8</sup> Cfr. CD fl 1097 -Certificado Contrato-



extrabajadores de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., razón por la que se le ordenará expedir el correspondiente acto administrativo.

En lo que respecta a las pretensiones relativas al derecho pensional, contrario a lo que consideró la servidora judicial de primer grado, a juicio de la Sala sí resulta procedente analizar la procedencia de su reconocimiento en esta oportunidad y para ello, corresponde tener en cuenta de un lado, que el demandante nació el 7 de agosto de 1950, y de otro, que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraba afiliado al régimen de prima media con prestación, razón por la que en principio es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y en virtud del mismo tiene derecho a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

En este punto considera la Sala oportuno tener en cuenta que con ocasión de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, se introdujeron modificaciones al tema pensional y entre ellos, estableció en su parágrafo transitorio número 4 un límite temporal a la vigencia del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 al señalar que no podría aplicarse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, esto es, el 29 de julio de 2005 hubieren acumulado por los menos 750 semanas de cotización, pues para este grupo de afiliados el régimen se mantiene hasta el año 2014.

Así las cosas, se ha de tener en cuenta que conforme con lo dispuesto en el artículo 12 Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, los hombres pueden acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en él establecida con 60 años de edad y la cotización de 500 semanas en los 20 años anteriores a su cumplimiento o 1000 semanas en cualquier tiempo.



En tal sentido, se advierte que al tenor de tal disposición el accionante cumplió la edad mínima para pensionarse el 7 de agosto de 2010, esto es con posterioridad a la fecha límite impuesta en el Acto Legislativo 01 de 2005, motivo por el que corresponde verificar si cuenta con la densidad de semanas necesarias para que el mismo se extienda hasta el año 2014 y de ser así, si acredita el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 antes del 1º de enero de 2015.

Al respecto advierte la Sala que de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas visible a folios 682 a 684, acumula ante Colpensiones un total de 281,80 semanas hasta el 31 de mayo de 2016 y que de conforme con el certificado de información laboral expedido por el Ministerio de Defensa además prestó servicios para la Armada Nacional entre el 10 de enero de 1971 y el 30 de noviembre de 1976, tiempo este último que como bien lo señala el apoderado de la parte actora fue reconocido por Colpensiones la Resolución GNR169664 del 9 de junio de 2015<sup>9</sup>.

Así las cosas, al adicionar a los anteriores tiempos el periodo en que el accionante prestó servicios a la extinta Flota Mercante Gran Colombiana entre el 6 de marzo de 1979 y el 22 de junio de 1990; se tiene que el demandante acumula un total de 1.178,65 de las cuales contaba con 972,29 se efectuaron para el 29 de julio de 2005 y 1.023,42 semanas para la fecha en que cumplió la edad mínima para el reconocimiento de la pensión, de manera que, de conformidad con el criterio sentado por la Máxima Corporación de Justicia Laboral en las sentencias SL1947, SL1981 y SL2557 todas del año 2020, resulta procedente su reconocimiento.

Sin embargo, en tanto el demandante efectuó cotizaciones hasta el 31 de mayo de 2016, resulta procedente su reconocimiento a partir del 1º de junio

---

<sup>9</sup> Cfr CD fl 681 archivo GRF-AAT-RP-2014\_8487775-20150609103336



de la misma anualidad, con mayor razón si se tiene en cuenta que las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la data en que cumplió la edad mínima incrementan la tasa de remplazo.

En tal sentido, de conformidad con lo que al efecto establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, se ordenará el reconocimiento de la prestación de vejez sobre un ingreso base de liquidación determinado con el promedio de los últimos 10 años y una tasa de reemplazo del 84%; sin lugar al reconocimiento de intereses moratorios en consideración a la fecha en que se determinó el disfrute de la prestación.

En tanto que la demanda se radicó el 1º de julio de 2016 se declara no probada la excepción previa de prescripción, en tanto que en la fecha de disfrute del derecho pensional y la fecha de presentación de la demanda no transcurrió el término trienal previsto en el artículo 151 del C.P.T. y S.S.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia, las de primer grado a cargo de las demandadas Federación Nacional de Cafeteros, Fiduprevisora en condición de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes Panflota y Asesores en Derecho, no se analizaran los reparos elevado por el apoderado de la parte actora en relación con el monto de las agencias en derecho determinadas, por no ser esta la oportunidad procesal prevista para tal efecto conforme con lo que al efecto establece el artículo 366 del C.G.P..

### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE



BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

**PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE** el ordinal segundo de la sentencia impugnada en cuanto absolvió a las demandadas ASESORES EN DERECHO SAS y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., esta última en condición de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes PANFLOTA.

**SEGUNDO.- MODIFICAR** el ordinal tercero de la sentencia impugnada únicamente en el sentido de **CONDENAR** a la Fiduciaria LA PREVISORA, en condición de administradora y vocera del Patrimonio Autónomo PANFLOTA a que efectúe el pago a Colpensiones del cálculo actuarial generado a favor del demandante y, de **DECLARAR** que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA asume la condición de garante frente a las obligaciones de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A de acuerdo con lo indicado en la parte motiva del presente proveído

**TERCERO.- ORDENAR** a la demandada ASESORES EN DERECHO SAS que expida el acto administrativo en el que se disponga el pago del cálculo actuarial ordenado en el ordinal anterior.

**CUARTO.- ADICIONAR** la sentencia de primer grado, para **ORDENAR** a Fiduciaria LA PREVISORA en condición de administradora y vocera del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, que en el término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, certifique con destino a COLPENSIONES el



salario devengado por el demandante en la forma indicada en la parte motiva de la presente decisión.

**QUINTO.- REVOCAR PARCIALMENTE** el ordinal quinto de la sentencia de primer grado, a efectos de **CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del demandante a partir del 1° de junio de 2016 teniendo en cuenta como ingreso base de liquidación el promedio del ingreso base de cotización de los últimos 10 años y una tasa de remplazo del 84%.

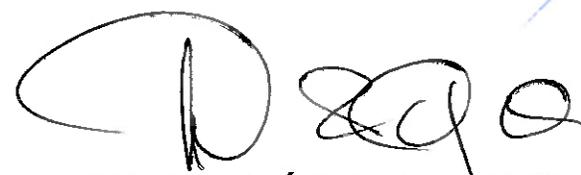
**SEXTO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida.

**SÉPTIMO.- COSTAS** sin lugar a su imposición en la alzada, las de primer grado a cargo de FEDERACIÓN NACIONAL de CAFETEROS, la FIDUPREVISORA en condición de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes Panflota y de ASESORES EN DERECHO SAS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado *S. de U. U. U.*



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-011-2019-00393-01. Proceso Ordinario de Roberto Vélez Vallejo contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de enero de 2022; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., así como el traslado horizontal efectuado a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a



Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, activar la afiliación en el RPM y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 24 de septiembre de 1959, y al momento de radicar la demanda contaba con 59 años de edad, vinculándose al ISS en el año 1983; que el actor se trasladó en el año 1996 a la AFP Protección S.A., pues sus asesores le aconsejaron que era más beneficioso que el RPM, situación que ocurrió de forma semejante en el año 2002, respecto de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., sin embargo, no se brindó la información clara, completa y oportuna, sin informar las consecuencias del traslado, mencionando que sería mejor el monto del derecho pensional, pero no se hizo cálculo alguno proyección pensional entregada al afiliado, así como, que no le mencionaron que podría retornar cuando le faltara menos de 10 años, que la conformación del núcleo familiar incidiría en la mesada; que elevó solicitud de nulidad de traslado ante Colpensiones el 25 de abril de 2019, obteniendo respuesta negativa por parte de la entidad en la misma fecha; que elevó reclamaciones administrativas ante Protección S.A. y Old Mutual el 25 de junio de 2019, sin que se hubiere obtenido respuesta alguna.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS administrado por Protección S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías hoy Skandia, y ordenó trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración debidamente indexados y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, teniéndolo como válidamente afiliado al RPM, sin solución de continuidad. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que el actor pudiera

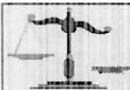


establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, las apoderadas de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto si bien existe un criterio jurisprudencial frente a las ineficacias de traslado, también lo es, que se debe verificar el caso particular, a tal punto, que no se puede pasar por alto la obligación de ilustración que debe tener el afiliado, pues el mismo no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, por lo que se acredita la negligencia del señor Vélez Vallejo, más aún, cuando no se hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto el traslado, como el retracto o la rescisión. De igual forma, señaló que la sentencia C 242 de 2009 planteó la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, el que se encuentra ratificado en el artículo 48 de la Constitución Política y en el A.L. 01 de 2005, en el entendido que prima el intereses general sobre el particular, pues al tenerse que reconocer el derecho pensional, su ahorro no sirvió para financiar las pensiones del RPM, así como tampoco será suficiente para financiar su propia prestación.

Por su parte, Protección S.A. interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida, frente a los numerales 3º y 7º de la sentencia, en lo atinente con los gastos de administración y condena en costas. Adujo la



apelante, que no es procedente la devolución de los gastos de administración a partir de la afiliación del actor a Colmena hoy Protección, pues los mismos se encuentran establecidos en la Ley y no fueron descontados por capricho de la administradora de pensiones, advirtiendo, que incluso parte de los mismos fueron distribuidos para el pago de los seguros previsionales para las contingencias de invalidez y muerte, aunado, con que incluso el descuento de los gastos de administración es permitido tanto en el RAIS por intermedio de la cuenta de ahorro individual, así como en el RPM en el fondo común, así como, que los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual es superior a los gastos descontados e incluso a los rendimientos que genera el RPM, por cuanto el encargo fiduciario es diferente. Aunado a lo anterior, señaló que no se debe ordenar la devolución de los rendimientos, sino efectuar un cálculo para determinar el valor de los rendimientos en el RPM e incluso, advirtió que de igual forma la pensión no se financia en Colpensiones con los aportes efectuados por el afiliado, ni se computan los gastos de administración, pues se trata de un fondo común. Finalmente, adujo que se debe imponer en costas a las codemandadas, pues las mismas se opusieron a las pretensiones de la demanda y fueron integradas al litigio no como litisconsortes, ni como terceras, sino como demandadas directas.

Por su parte, la apoderada de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., de igual forma interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida, en el entendido que el artículo 7° del decreto 3995 de 2008 establece cuales son los presupuestos a retornar en los casos de traslado, los que son taxativos, señalando que son los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual y los aportes para la garantía de pensión mínima, el que guarda relación con la ley 100 de 1993 y que no dispone la devolución de los gastos de administración, más aún, cuando esos gastos de administración y seguros previsionales se transfieren a aseguradoras, con los que no cuenta la administradora de pensiones y se



encuentran en cabeza de las aseguradoras, descuento que se encuentra contemplado en la Ley y no obedece al capricho de la administradora, por lo que no debe ordenarse su devolución, ni acoger el precedente jurisprudencial, menos aún de forma indexada, pues se estaría imponiendo una doble condena por un mismo hecho, al ordenarse la devolución de los rendimientos, más los gastos de administración, pues con los primeros se resarce el perjuicio del paso del tiempo, debiéndose acoger la decisión proferida por el Tribunal de Cali de fecha 30 de junio de 2012. Ahora bien, de confirmarse la decisión, peticiona se tenga en cuenta la excepción de la prescripción, no frente a la afiliación, sino frente al seguro previsional que se ostentaba con la aseguradora, pues existen dos relaciones contractuales, una entre el afiliado y la AFP y otra entre la AFP y la aseguradora, por lo que se debe dar aplicación al artículo 1081 del Código de Comercio, que dispone que los derechos surgidos por el contrato de seguro prescriben a los dos años, por lo que se debe declarar probado el medio exceptivo propuesto.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**



Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> "(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

*Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

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



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones,

---

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)*

*"...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..." (Subrayado de la Sala).*



para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que las demandadas Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. y la AFP Colmena hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías S.A., debieron consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto



no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., así como el traslado horizontal efectuado a la entonces AFP Colmena hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena



a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adocinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio. Ahora bien, frente a la prescripción que aduce la demandada Skandia frente al seguro previsional, es necesario advertir que tal situación no es posible, pues en las presentes diligencias no se encuentran vinculadas las aseguradoras, así como, que tal como lo señaló dicha apoderada, existen dos vínculos contractuales diferentes, pero que en todo caso, no puede afectar el derecho y financiación de la futura prestación.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación del demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado. Idéntica situación ocurre respecto de los gastos de administración cobrados durante la afiliación del actor por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., como



quiera que fue dicha administradora quien no brindó la debida información al afiliado.

Ahora bien, frente a la posible afectación a la sostenibilidad financiera del RPM, debe advertirse que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación del actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos emolumentos y no la administradora privada. Situación que es semejante frente al porcentaje de fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, pues si bien los mismos ya se causaron y se procedió con el pago respectivo, ello no implica perjuicio alguno, pues la administradora de pensiones privada debe responder con su patrimonio, ya que fue la persona jurídica que causó el perjuicio ante la falta al deber de información.

Ahora bien, tampoco es posible acoger el dicho de las encartadas administradoras privadas, en el sentido de que se debió realizar un cálculo



actuarial para determinar cuáles serían los rendimientos entre los regímenes pensionales y trasladar solo los que se hubieren causado en el RPM, así como, que no es posible imponer el traslado indexado de los gastos de administración, ya que frente al primer punto, tales rendimientos se generaron como resultado del valor de las cotizaciones efectuadas por el afiliado y por tanto, le corresponden al señor Vélez Vallejo; y en lo que tiene que ver con la indexación, debe advertirse que se hace necesario traer a valor presente el monto de los gastos de administración y seguros previsionales, pues tal como se dijo en los antecedentes de la decisión, las afiliaciones y descuentos de tales conceptos, surgen a partir del año 1996 y 2002 para cada una de las administradoras privadas, por lo que se ha perdido el poder adquisitivo de dichos capitales.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la condena en costas que se solicita respecto de las codemandadas, es necesario acceder parcialmente a lo pretendido, respecto de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., pues dicha administradora privada también debía brindar la información clara, completa y oportuna en favor del afiliado, situación que no se advirtió en las presentes diligencias; no obstante, tal pedimento no se puede imponer en contra de Colpensiones, como quiera que dicha entidad no intervino, ni hizo parte de los actos y contratos que fueron celebrados entre el afiliado y las administradoras privadas y si bien, se presentó oposición a las pretensiones, también lo es, que ello es una actuación lógica dentro del presente proceso, pues el fin último que persigue el actor, es el reconocimiento del derecho pensional por parte de Colpensiones, lo que como se dijo con anterioridad, podría afectar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias quedan a cargo de únicamente de la Administradora de Fondos de Pensiones y

Cesantía Protección S.A. y de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.

### DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **SÉPTIMO** de la decisión proferida, en el sentido que las costas de primera instancia quedarán a cargo únicamente de las demandadas Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. y de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la sentencia. **TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **CUARTO. COSTAS** de esta instancia cargo únicamente de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. y de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte. para cada una de ellas, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**



LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO  
Magistrada



Ref: Radicación N° 110-01-31-05-011-2019-00393-01. Proceso Ordinario Roberto Vélez Vallejo contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

*Lilly Yolanda Vega Blanco*  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

*Luis Agustín Vega Carvajal*  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**

Magistrado *Salvo voto parcial*



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 011 2019 00755 01. Proceso Ordinario María Claudia Rodríguez Hernández contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la demandante, la AFP Protección S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que en aplicación del principio de favorabilidad contenido en el artículo 53 de la C.N. se declare la nulidad de su traslado al régimen de ahorro individual y los traslados posteriores; se ordene el traslado de los aportes de Protección a Colpensiones, así como la afiliación al régimen de prima media con



prestación definida y se ordene a Colpensiones reconocerle pensión de vejez junto con el retroactivo pensional.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el día 24 de octubre de 1960 que estuvo afiliada a Colpensiones desde el 17 de mayo de 1982 hasta el 31 de julio del 2000, que se afilio a Colfondos el 5 de septiembre de 1995 y posteriormente se afilio a Protección el 1° de septiembre de 2013.

Indicó que los promotores de Colpensiones, Colfondos S.A. y Protección S.A. al momento de la correspondiente afiliación y desafiliación no cumplieron con el deber de asesoría y buen consejo, no le brindaron la doble asesoría, ni le presentaron el consentimiento informado.

Señaló que los promotores de Colpensiones Colfondos S.A. y Protección no realizaron una proyección de la indemnización o devolución de saldos, frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez, ni del valor de su pensión en cada régimen.

Finalmente indicó que mediante solicitudes del 2 y el 5 de septiembre de 2019 solicitó respectivamente a las AFP Protección y Colfondos la nulidad de su afiliación, así como el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías<sup>1</sup> adujo en su defensa en síntesis que la afiliación de la demandante fue producto del ejercicio al derecho de la libre escogencia y que sus asesores comerciales le brindaron una asesoría integral. Propuso en su defensa las excepciones de

---

<sup>1</sup> Cfr fls 83 a 114 del expediente físico.



mérito de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios en el consentimiento, prescripción de la acción, compensación y pago, entre otras.

Colpensiones<sup>2</sup> adujo en su defensa que el sistema general de pensiones busca proveerle a sus afiliados la posibilidad de que sean cobijados por la contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte, a través de cualquiera de sus regímenes de acuerdo con el derecho a la libre escogencia, aceptando las condiciones de cada uno de ellos que la normatividad que regula el RAIS se encuentra establecida en la Ley a disposición de todos y que de acuerdo con el artículo 9° del Código Civil, la ignorancia de la ley no es excusa. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.<sup>3</sup> señaló en esencia que siempre ha actuado conforme a derecho y que la voluntad de la demandante de afiliarse al régimen de ahorro individual, fue libre y voluntaria, exenta de cualquier vicio del consentimiento. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado que la demandante celebró con las AFP Colfondos S.A. y Protección S.A., declaró que para todos los efectos legales siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, y condenó a la Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandada junto con los gastos de administración. Y condenó a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez a favor de la demandante a

<sup>2</sup> Cfr fls 103 a 116 del expediente físico.

<sup>3</sup> Cfr fls 126 a 135 del expediente físico.



partir del mes de abril de 2019 de conformidad con la Ley 100 de 1993 en trece mesadas al año.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de la demandante, la AFP Protección S.A. y Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

### **FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS**

El apoderado de la demandante se opuso a la autorización que se dio a Colpensiones de descontar los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud; en tanto que su mandante no ha utilizado ni está afiliada a ninguna EPS.

Por su parte la apoderada de la AFP Protección S.A. solicita se revoque la condena relativa a la devolución de los gastos de administración en la medida que se tratan de descuentos legales exequibles y vigentes, que se realizan en los dos regímenes de manera que, si la demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media, dichos descuentos se hubieran efectuado en el mismo porcentaje y tienen una destinación específica.

Aduce que dichos descuentos se encuentran plenamente sustentados en los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada ante su representada.

Afirma que si la consecuencia de la ineficacia es entender que la demandante siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, la condena debería orientarse únicamente al traslado del valor correspondiente a los aportes más los rendimientos que estos hubieren generado en el régimen de prima media, debido a que los rendimientos del



RAIS superan por mucho a los del régimen de prima media; y que en ese sentido Colpensiones se estaría enriqueciendo sin causa.

Finalmente solicitó se aplique la prescripción a dichas sumas en la medida que no tienen por vocación el financiamiento de las mesadas pensionales y además ha transcurrido el tiempo suficiente para su configuración.

El apoderado de Colpensiones solicita se revoque la decisión adoptada por el servidor judicial de primer grado, para lo cual aduce en primer término que las decisiones de declarar la ineficacia del traslado quebrantan el principio de sostenibilidad financiera, en tanto que genera una situación caótica que resquebraja la debida planeación del pago de las pensiones, en el que sería el patrimonio público el que entraría a financiar la pensión de la demandante.

Señala en el mismo sentido que en prevalencia del interés general sobre el particular se deben tomar las medidas pertinentes en búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional conforme con los principios que rigen la constitución política.

En caso de que se confirme la determinación relativa a la ineficacia del traslado solicitó se efectúe el cálculo actuarial y el pago del mismo, bien sea a cargo del fondo responsable del mismo o de la parte demandante, para soslayar la descapitalización del sistema teniendo en cuenta para el efecto que como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia SU 062 de 2010, para que una persona pudiera acceder al traslado por cumplir los requisitos, además tendría que cancelar un cálculo de rentabilidad.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo



dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

### **CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y de ser así, si es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, si hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de esta última entidad y si se es posible autorizarla a descontar el valor correspondiente a las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud.

Al respecto es del caso tener en cuenta que, tal como lo puso de presente, la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.



Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga<sup>4</sup>, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que

<sup>4</sup> “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

*"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."*

***Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión... igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".***

*Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacía los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

***En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."***



al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante advertir en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida, de manera que no es de recibo el argumento que sobre el particular expone la apoderada de Colpensiones.

En tal sentido, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un



documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Colfondos S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, si es que pretendía con la sola suscripción de tal documento dar cumplimiento a la totalidad de sus obligaciones legales; o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas; exponiendo en todo caso de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Colfondos S.A., y como consecuencia de ello, del traslado que posteriormente efectuó dentro del mismo régimen a la AFP Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen



circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que, como la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP Protección S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, así mismo, la AFP Colfondos S.A. deberá trasladar a Colpensiones, los valores que descontó por concepto de gastos de administración mientras la demandante estuvo afiliada a ésta, motivo por el que se adicionará la decisión de primer grado en este sentido.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si la demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, “*Las consecuencias de la*



*nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”* lo que de contera permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Ahora, en tanto que el apoderado de la demandada Colpensiones aduce que la consecuencia de la ineficacia de la demandante produce la descapitalización del régimen de prima media con prestación definida, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.



Ahora bien, en lo que respecta al reconocimiento de la pensión de vejez conforme lo establecido en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, mediante el cual se modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, los requisitos para su reconocimiento a partir del 1° de enero de 2014 para el caso de las mujeres es el cumplimiento de los 57 años de edad y la acreditación de 1.300 semanas de cotizaciones, requisitos que se encuentran acreditados dentro del plenario.

Lo anterior en cuanto de acuerdo con el correspondiente registro civil de nacimiento, la demandante nació el 24 de octubre de 1960, de manera que cumplió la edad mínima de pensión el mismo mes y día del año 2017; y, conforme con la historia laboral expedida por la AFP Protección S.A. se tiene que para el 15 de octubre de 2019 contaba con 1.681,57 semanas de cotización, razón por la que en principio ningún reproche merece a la Sala la determinación relativa al reconocimiento de la prestación de vejez a favor de la demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Pese a lo anterior, en tanto que conforme se advierte en el la historia laboral aportada por la AFP Protección S.A.<sup>5</sup>, dimana con meridiana claridad que a la fecha de presentación de la demanda se continuaban efectuando aportes a favor de la demandante, esta circunstancia al crisol de lo establecido en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, norma aplicable en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, no es posible acceder al reconocimiento de la prestación hasta tanto no se verifique la desafiliación o retiro del sistema por parte de la demandante.

En ese orden, se modificará la decisión de primera instancia a efectos de ordenar a Colpensiones el reconocimiento de la prestación de vejez a favor

---

<sup>5</sup> Cfr fls 149 a 176



de la demandante en los términos de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, una vez se produzca su retiro del sistema.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia.

### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO.- PRIMERO.- ADICIONAR** la sentencia recurrida a efectos de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.- ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías que efectúe el traslado a Colpensiones de las sumas que descontó por concepto de gastos de administración con ocasión a la afiliación de la demandante.

**TERCERO.- MODIFICAR PARCIALMENTE** el ordinal quinto de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a Colpensiones al reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la demandante a partir del momento en que se produzca su desafiliación o retiro del sistema.

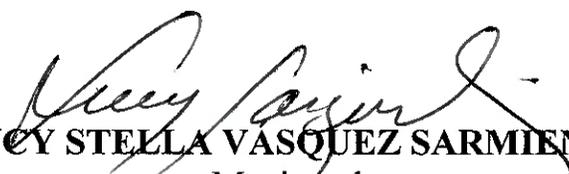
 Ref.: Radicación N° 11001-31-05 011 2019 00755 01. Proceso Ordinario María Claudia Rodríguez contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

**CUARTO.- REVOCAR** el ordinal sexto de la sentencia de primer grado.

**SEXTO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

**SÉPTIMO.- COSTAS** sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

Aclarar voto.

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado *Salvo voto parcial*



## TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

### SALA LABORAL

#### ACLARACIÓN DE VOTO DE LA DOCTORA LILLY YOLANDA VEGA BLANCO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MARÍA CLAUDIA RODRÍGUEZ HERÁNDEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Con el respeto que me merecen los demás integrantes de la Sala, me permito aclarar el voto por cuanto considero que el reconocimiento de la prestación económica debería ser a partir del momento en que COLPENSIONES haya recibido los dineros de la cuenta de ahorro individual que se ordenaron remitir, en tanto, la devolución de los dineros es necesaria para la financiación de la prestación, además, la Administradora del RPM debe verificar el cumplimiento de los requisitos para que la demandante acceda a la pensión de vejez.

En los anteriores términos aclaro el voto.

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada



*República de Colombia*  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL  
SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001310501320160043601. Proceso Ordinario de Carlos Helí Torres Baquero contra Martha Janeth Mendivelso Morales. (Fallo de Segunda Instancia).**

En Bogotá D. C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, y de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA:**

CARLOS HELÍ TORRES BAQUERO convocó a MARTHA JANETH MENDIVELSO MORALES, para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de existencia contrato de prestación de servicios profesionales: pago de \$133.000.000 por concepto de honorarios; y, pago de perjuicios.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

**HECHOS:**

Se formuló acción judicial de cesación de efectos civiles de matrimonio católico contra la señora Martha Janeth Mendivelso Morales, correspondiéndole por



reparto al Juzgado Octavo de Familia de Bogotá, por lo que en calidad de apoderado de la accionada procedió el 17 de junio de 2013 a contestar la mencionada demanda, allegando el respectivo poder, formulando excepciones e igualmente presentando demanda de reconvención de cesación de los civiles del matrimonio católico.

En auto del 3 de julio de 2013 se le reconoció personería y se admitió la demanda de reconvención; llevando a cabo su gestión hasta la diligencia que aprobó inventarios y avalúos celebrada el 16 de julio de 2014.

Los honorarios pactados se estipularon en la suma de \$140.000.000, recibiendo como abono la suma de \$7.000.000, quedando un saldo de \$133.000.000.

#### **ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

La demanda fue admitida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 30 de agosto de 2016. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderado procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones excepto la existencia del contrato de prestación de servicios; respecto de los hechos sostuvo que los aceptaba excepto el monto de los honorarios; propuso las excepciones de mérito de pago, buena fe, cobro de lo no debido, abuso del derecho, inexistencia de pacto de honorarios y la genérica.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 26 de marzo de 2019, **CONDENANDO** a pagar de \$10.785.682 por concepto de honorarios, **ABSOLVIÓ** de las demás pretensiones e impuso costas a cargo de la pasiva.

Inconforme con la decisión la apoderada del accionante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.



### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**

Sostuvo la impugnante que para fijar el monto de los honorarios, por favorabilidad se debió aplicar el acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto 2016 y no la tarifa de honorarios regulada por Conalbos de 2013.

Afirma que de la documental arrimada se establece que su representado actuó en los procesos de cesación de efectos civiles de liquidación de la sociedad conyugal y de reconvención hasta la aprobación de inventarios y avalúos, y no es cierto que exista una falta de gestión por haber presentado renuncia, pues como manifestó en su interrogatorio, la diligencia de inventarios y avalúos y el proceso se suspendió por voluntad de las partes, es decir, por voluntad de los ex cónyuges, y lo que faltaba para culminar la actuación era simplemente la partición y aprobación que constituye la sentencia, y la partición estaba a cargo de un auxiliar de la justicia y no de su representado, quien realmente intervendría hasta la audiencia de inventarios y avalúos y verificación de la partición correctamente, es decir, que lo único que faltaba era su verificación, que por acuerdo de las partes quedó suspendida.

### **CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:**

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo; aunado a ello, no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

En los términos de la impugnación, lo primero que se debe dejar en claro por factor de competencia, en aplicación del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el



pronunciamiento y decisión de instancia recaerá en lo que es objeto de inconformidad para la recurrente.

Lo primero que llama la atención es el error de apreciación jurídica en que incurre la impugnante, considerando que el principio de favorabilidad tiene por objeto, i) aplicación integral de la norma jurídica más favorable cuando exista conflicto o duda frente a otra que regula situación semejante, y, ii) aplicación de la interpretación más favorable cuando la norma admita varias, pero en material laboral el postulado única y exclusivamente procede cuando de asuntos laborales o de trabajo se trata, a sazón de lo normado en el artículo 21 del estatuto positivo del trabajo y el artículo 53 Superior, precisamente por el carácter tuitivo de los derechos que emergen del contrato de trabajo, erigidos como mínimos y de tal suerte de obligatorio cumplimiento por su condición de orden público e irrenunciables.

Así las cosas para resolver el entuerto planteado no es admisible echar mano al aludido postulado por su inaplicabilidad, pues es absolutamente claro que lo perseguido corresponde a un asunto de naturaleza privada donde los intervinientes en el negocio jurídico por esencia tienen libertad contractual dentro del marco del ordenamiento jurídico, debiendo sujetarse a él en estricto rigor, ya que la convención establecida es ley para las partes, y con sujeción a ella debe resolver cualquier divergencia que de su ejecución derive.

La inobservancia de las partes en punto a determinar la retribución de la gestión, conlleva como consecuencia su fijación tomando en consideración criterios objetivos y subjetivos; para el caso del primero, i) la tarifa establecida por el Colegio Nacional de Abogados –CONALBOS–, pues si bien constituye criterio auxiliar para su fijación, a ella debe sujetarse cuando se trate de establecer los límites máximos de retribución de la gestión, precisamente porque refleja el reconocimiento que en forma generalizada fijan y reclaman por las diferentes actividades que realizan los togados en ejercicio de su



profesión, ii) la tarifa vigente al tiempo de estipulación y acometimiento de la gestión encomendada al profesional del derecho, iii) el cumplimiento de la gestión encomendada o la actividad efectivamente desplegada por ausencia de pacto en sentido contrario; para el caso del segundo, entre otros, i) prestigio del togado, ii) diligencia en la labor encomendada, y, iii) complejidad del asunto.

En ese derrotero, las inconformidades planteadas por la impugnante frente a la decisión cuestionada no logran desquiciarla, ya que se basan en apreciaciones subjetivas carentes de soporte fáctico y jurídico, considerando que para la cuantificación de los honorarios de su representado, no resulta admisible dar aplicación a la tarifa establecida por la Colegiatura de la Judicatura, la cual por autoridad de la ley está concebida para la fijación o tasación de las agencias en derecho, que dicho sea de paso no es para los togados sino para las partes, salvo pacto expreso en sentido contrario.

La valoración conjunta de la prueba bajo el principio de su sana crítica como lo exige el ordenamiento procesal del trabajo vigente, permite concluir con acierto jurídico que los honorarios regulados por el sentenciador de primera instancia guarda armonía con los criterios que jurisprudencialmente se han definido para tales efectos, pues tuvo en cuenta la tarifa establecida por el Colegio Nacional de Abogados –CONALBOS- vigente para la data de celebración del contrato de prestación de servicios profesionales, la actividad efectivamente desplegada y la diligencia y cuidado como fue asumida, guardando equilibrio con la verdad reflejada, pues no existe medio de convicción que apadrine los aspectos subjetivos a que hace mención la recurrente, pues está demostrado hasta la saciedad que la gestión de su representado fue incompleta frente a un asunto que aunque no implicaba mayor complejidad, no mostró o por lo menos es lo que deja en evidencia la actuación en el trámite de la gestión encomendada, no actuó con suma diligencia, y se desconoce cualquier otra circunstancia sopesable que amerite

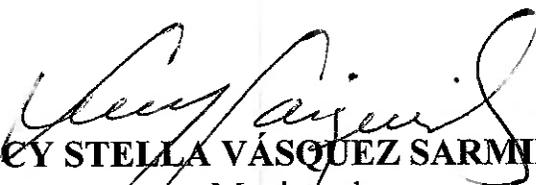


incrementar el porcentaje de los honorarios, amén de la acreditación de la gestión encomendada que no llegó hasta su culminación por causa imputable al togado, por ende no se equipar como si efectivamente la hubiese realizado, ante la ausencia de valoración técnica que la respalde, por el contrario, la actividad desplegada ni siquiera alcanzó la mitad prevista para ese tipo de trámites.

### DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de impugnada en lo que fue objeto de reparo para la impugnante. Costas en esta instancia a cargo de la activa, inclúyase la suma de \$100.000.00 por concepto de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001310501320170076101. Proceso Ordinario de Julián Enrique Triviño Rodríguez contra Fundación Instituto Colombiano de Investigaciones Oftalmológicas y Otro. (Fallo de Segunda Instancia).**

En Bogotá D. C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA:**

JULIÁN ENRIQUE TRIVIÑO RODRÍGUEZ convocó a FUNDACIÓN INSTITUTO COLOMBIANO DE INVESTIGACIONES OFTALMOLÓGICAS y SALOMÓN REINOSO AMAYA para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de existencia de contrato de trabajo: prima de servicio, cesantías e intereses, vacaciones; indemnización por despido; indemnización moratoria; sanción por no consignación de cesantías; pago de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales; indexación de las sumas adeudadas y costas del proceso.



Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

### **HECHOS:**

Prestó servicios a la convocada mediante contrato de prestación de servicios desde el 20 de marzo de 2007 hasta el 1 de octubre de 2016 como optómetra, los cuales cancelaba quincenal o mensualmente de acuerdo con las sumas recaudadas por atención médica, quirúrgica y hospitalaria.

En el ejercicio de su actividad como refiere el contrato suscrito, debía prestar el servicio de forma permanente y en caso no poder cumplir sus funciones debía suministrar bajo su responsabilidad personal idóneo o de remplazo previa aprobación de la convocada, encontrándose sujeto a reglamentos, instrucciones en manejo de historias clínicas, número de pacientes que debía atender al día, en jornada de ocho horas diarias, debiendo además revisar los manuales de procedimientos de la entidad.

Los servicios fueron prestados en las instalaciones de la entidad, y sus ingresos correspondieron mensualmente para el año 2016 a \$5'955.200, 2015 \$4'005.750, 2014 \$ 4'080.216, 2013 \$4'000.000 y 2012 \$5'172.800, mientras que los pagos entre marzo de 2007 y 31 de diciembre de 2011 se encuentran reportados en libros contable de la entidad.

### **ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

La demanda fue admitida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 13 de diciembre de 2017 y mediante auto del 6 de junio de 2018 acepta el desistimiento de la acción contra la persona natural convocada, ordenado continuar el trámite de la acción contra la persona jurídica convocada, quien notificada en legal forma y corrido el traslado de



ley, por intermedio de apoderado procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto a los hechos sostuvo que acepta unos y otros no; propuso las excepciones de mérito de inexistencia de relación laboral dependiente, existencia de pruebas ciertas que desvirtúan la presunción del artículo 24 del CST, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, mala fe, prescripción y la genérica.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 12 de marzo de 2019, ABSOLVIENDO a la demandada de las pretensiones de la demanda e impuso costas a cargo de la parte demandante.

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, por lo que en esos términos resulta preciso efectuar fuerte llamado de atención al aquo y al recurrente, considerando que de acuerdo con la normatividad procesal legal vigente la decisión sentencia no puede ser revocada ni reformada por el mismo juez que la profirió (artículo 285 del Código General del Proceso), por lo tanto la impugnación en alzada de una sentencia sólo es jurídicamente viable hacerlo en forma directa (artículo 322 del Código General del Proceso), lo que ameritaba la negación de los recursos interpuestos por improcedentes y en su lugar disponer surtir el grado jurisdiccional de consulta dado el resultado totalmente adverso de las pretensiones del accionante quien reclama la condición de trabajador (artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), por lo que en sede de instancia así se procederá.

### **CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:**

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-



procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo ya que no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

### **RELACIÓN LABORAL:**

El accionante suscribió con la demandada contrato de prestación de servicios para cumplir la actividad de optómetra (fls. 21-24), y bajo los términos consignados reclama la declaratoria de contrato de trabajo, arguyendo la ejecución de su actividad en instalaciones y jornada establecida, acatando las órdenes impartidas, sin poder ausentarse sin autorización y utilizando los elementos de la fundación.

Existe contrato de trabajo cuando concurren sus elementos esenciales a saber, i) prestación personal del servicio -intuitu personae- no dirigida a obtener un beneficio propio sino de quien que contrata la labor; ii) retribución o salario por parte del empleador, que deriva como consecuencia lógica de la prestación del servicio del empleado; y, iii) dependencia o continuada subordinación, que representa para el empleador el poder imperativo y director de imponer órdenes en cualquier momento en cuanto a modo, tiempo o cantidad de trabajo, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que automáticamente excluye el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.

La prueba obrante a los autos, valorada en conjunto como lo exige el ordenamiento procesal laboral vigente bajo los principios científicos que informan su sana crítica <<artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social>>, permite concluir sin dubitación que la vinculación del demandante como contratista por parte de la convocada para ejercer la



actividad de optómetra, no mutó en contrato de trabajo, por ausencia para su configuración de los requisitos previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

El demandante al absolver interrogatorio de parte refiere la forma como realizó su actividad, de la cual no se vislumbra frente a la convocada, la configuración del elemento característicos del contrato de trabajo como lo es la subordinación, ya que sostuvo que en varias oportunidades delegó su actividad a otra colega para que lo remplazara en su ausencia como se encontraba consignado en el contrato; durante el periodo de prestación de servicios para la convocada igualmente realizó la misma actividad para otra institución sin referir ningún tipo de vínculo entre las mismas; en vigencia del vínculo bajo juramento y para efectos tributarios, reportó a la DIAN la inexistencia de vínculo dependiente, la cual por demás se encuentra soportada con la respectiva documental; y, pese a que insiste en una pretendida subordinación, no da noticia de situación alguna que siquiera permita inferirla.

La versión del demandante por producirle consecuencias adversas y a su vez favorecer a la convocada a quien se le quiere enrostrar la condición de empleadora, constituyen confesión a voces de lo previsto en el artículo 191 del Código General del Proceso, sobre la forma como se cumplió la actividad prestada, por lo tanto, suficiente para establecer la inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo que se reclama bajo el principio de prevalencia de realidad sobre las formas establecidas por las partes e inaplicabilidad de la presunción prevista en el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo, máxime cuando los demás medios de convicción valorados en la formas indicada lo corrobora.

El hecho de que la fundación hubiese enviado un memorando sobre manejo de historias clínicas y desarrollo de la actividad, no deviene en acto de



subordinación sino de, i) simple de directriz precisamente porque aquella estuvo dirigida a la verificación o constatación del cumplimiento de las exigencias establecidas normativamente por la autoridad competente para ese tipo de actividad, y ii) vigilancia y control que compete a quien contrata o delega cualquier tipo de servicio.

Tampoco resulta acertado considerar el cumplimiento de horario y suministró elementos de trabajo para la configuración del elemento subordinación típico del contrato de trabajo, considerando que como lo ha sostenido la máxima Corporación del trabajo, el hecho de que los servicios se ejecuten en las instalaciones de la empresa y dentro de un horario determinado, no significa que se pueda pregonar la pretendida subordinación, y señalar que la modalidad contractual de prestación de servicios perfectamente válida, cambió a la modalidad de contrato de trabajo, máxime cuando de la versión rendida por Isabel Sánchez Quinche y Yadira Triana Pinzón se establece que no se encontraba sujeto al cumplimiento de una jornada sino realizar la actividad dentro del lapso previamente determinado dentro del cual no se encontraba sometido a control, al punto que como lo refiere la última de las mencionadas, el accionante atendía directamente pacientes que no le eran asignados ni facturada su atención a nombre de la fundación, manejaba su horario ya que no tenía una hora fija de ingreso y terminaba cuando no habían más usuarios, pudiendo ausentarse y cubrir el turno asignado con otro optómetra de la misma fundación, y desempeñar su actividad en otra institución en la jornada de la tarde.

Los medios de convicción evacuados dejan en evidencia la autonomía del contratista en la ejecución de la actividad contratada, por lo tanto, inaplicable la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo por encontrarse demostrada la inexistencia del elemento subordinante típico del

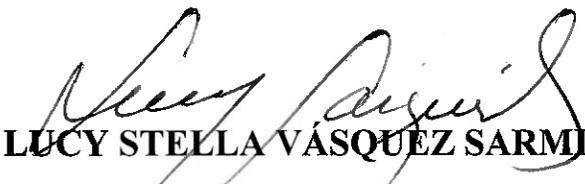


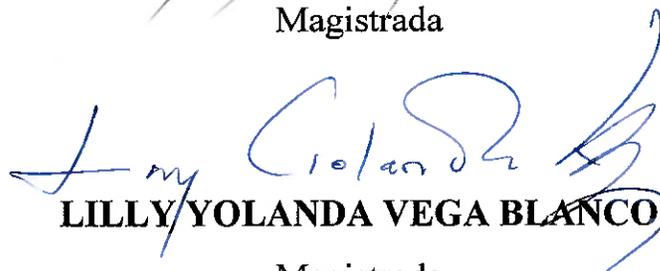
contrato de trabajo y como consecuencia de ello no prospera su declaratoria ni el reconocimiento de los derechos que surgen o derivan de su existencia.

### DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia. Sin costas de instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-014-2020-00056-01. Proceso Ordinario de Eduardo Cristo Torres contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las partes frente a la sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de noviembre de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

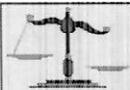
**ANTECEDENTES:**

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su traslado a la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, junto con los bonos pensionales y sumas adicionales, y a la última entidad,



a reactivar la afiliación del actor, actualizando su historia laboral y las costas del proceso; de forma subsidiaria, solicitó se declare inexistente el acto de traslado y se tenga para todos los efectos jurídicos al actor como válidamente afiliado a Colpensiones, disponiéndose la devolución de los aportes y demás sumas, activando y actualizando la historia labora, condenando al pago de perjuicios morales que se estiman en la suma de 200SMLMV y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 13 de octubre de 1960, laborando al servicio de la Aeronáutica Civil desde el año 1986, desempeñando actividades de alto riesgo conforme lo establece la Ley 100 de 1993, afiliándose a partir de dicha anualidad a Cajanal, siendo trasladadas las obligaciones de tal entidad a Colpensiones; que el actor no recibió información técnica y adecuada, suscribiendo el formulario de afiliación 7 de marzo de 1996; que se presentó una múltivinculación de los aportes efectuados entre el año 1996 y el 2009; que mediante derecho de petición elevado a la Aeronáutica Civil, la misma informó que los aportes se efectuaron desde el 25 de abril de 1986 y hasta el 30 de junio de 2009 a Cajanal, del 1º de julio de 2009 al 31 de agosto de 2014 a Colpensiones y a partir del 1º de septiembre de 2014 a Porvenir S.A.; que se desconoce si la actividad de alto riesgo fue estudiada al momento del traslado, así como, que el asesor no contaba con un título de formación profesional que le garantizara al actor su traslado, no le fueron advertidos los riesgos del traslado, tales como que eventualmente no se podría pensionar por no acumular el capital requerido, que el monto de la pensión, dependería de la modalidad que escogiera, que debería negociar el bono pensional y tan solo le indicaron sin respaldo alguno, que la condición pensional sería más ventajosa, que el RPM desaparecería; que Porvenir realizó proyección pensional en la que le indicó que su mesada pensional a los 62 años sería de \$828.116, no obstante, en el RPM ascendería a la suma



de \$3.005.900; que elevó solicitudes de nulidad ante Porvenir y Colpensiones el día 13 de noviembre de 2019, obteniendo respuesta negativa de la primera de las mencionadas el 25 del mismo mes y año, y sin respuesta alguna de parte de la entidad pública; que la falsa expectativa creada y la incertidumbre sobre su ingreso ha causado gran impacto emocional al actor.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y ordenó trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración y ordenó que Colpensiones aceptara el traslado, recibiera los dineros y actualizara su historia laboral. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que el actor pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, las apoderadas de las partes interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

La parte demandante interpuso recurso de apelación parcial, frente a la no condena en costas de Colpensiones, pues fue parte vencida en el proceso, toda vez, que las pretensiones fueron concedidas, pese a que la entidad se opuso a su reconocimiento, por lo que deben ser reconocidas conforme lo establece el numeral 1° del artículo 365 del CGP.



Por su parte, la apoderada de Provenir con el fin de que se revoque la sentencia proferida, que declaró la ineficacia del traslado, pues si bien respeta la posición de la Corte Suprema de Justicia, la misa no se comparte, ya que el traslado se originó mediante formulario de 1996, con efectividad a partir de la fecha y para dicha data el deber de información no tenía el desarrollo jurisprudencial que se tiene hoy en día, por lo que no existía el deber de informar sobre características, ventajas y desventajas del traslado, teniendo en cuenta que para dicha data el único requisito era el contenido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 literal E), que establece que el traslado debe ser libre y voluntario, con un conocimiento informado, sin que se pueda aplicar el artículo 271 de la misma norma, que no sirve para la declaratoria de ineficacia, pues es sancionatoria, que se origina por la coacción a la libertad, y no surgió sino hasta con el Decreto 2555 de 2010. Aunado a lo anterior, el demandante no hace reparo y solo acude a la jurisdicción en el año 2020, cuando se iba acceder a la pensión y la misma sería superior en el RPM, advirtiendo que incluso afirma haber asistido a dos reuniones, una en el año 1994, cuando decide no trasladarse y con posterioridad una en el año 1996, cuando señaló recibió información sobre el RAIS. Señala, que de confirmarse la ineficacia, se solicita revocar la condena impuesta respecto de los gastos de administración que deben trasladarse a Colpensiones, pues nos encontramos frente a una nulidad ex tunc, pero no se aplica los efectos integrales, pues desaparece el acto de traslado del 7 de marzo de 1996, sin embargo, se ordena trasladar los rendimientos generados por la administración realizada por la demandada y en el mejor de los casos, se debe trasladar la rentabilidad que se generara en el RPM, pero no en el RAIS, pues el monto no sería similar, adicional, por cuanto se considera que no es dable el traslado de los gastos, pues con los rendimientos se reconoce las actuaciones de la encartada y son deducidos por orden legal, conforme con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que dispone que en ambos regímenes hay descuento , por lo que tal deducción



resulta improcedente, como quiera que Colpensiones no administra los recursos de forma retroactiva y por ello ordena rendimientos, son dineros que no son de Colpensiones, sino a la administradora que cumplió con, además, que no son dineros llamados a financiar el derecho pensional. Frente a la prescripción, considera que en cuanto los gastos de administración sí es aplicable dicha figura, por ser obligaciones de tracto sucesivo.

Finalmente, Colpensiones solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demandada, teniendo en cuenta que sin advertir las especificidades del caso, se invirtió la carga de la prueba, concluyéndose que la AFP no brindó la asesoría al demandante, poniéndole de presente las características del RAIS, sin embargo, se desconoce la jurisprudencia frente a la inversión de la carga prueba, en especial T 422 de 2011 y por ello se debe revocar la sentencia, pues no se demostró algún vicio en el consentimiento, más aún, cuando en el interrogatorio del actor manifestó que el traslado fue libre y voluntario. Así mismo, por cuanto la sentencia va en contra del principio de estabilidad financiera del sistema mencionado en sentencia C 1024 de 20007 y SU 062 de 2010, al ordenarse tener como afiliada a una persona que no ha cotizado en la misma por más de 20 años y en ese sentido, es evidente que el actor buscará el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por alto riesgo, así como, que en el expediente administrativo del demandante, no se evidencia que con anterioridad la reclamación o proceso que hubiere efectuado frente a su traslado o retorno al RPM.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se



remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

### CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> “(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que

---

*instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

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

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)*

*“...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...” (Subrayado de la Sala).*



pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor



que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura



extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. En igual sentido, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación del demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado.



Ahora bien, frente a la afectación a la sostenibilidad financiera del RPM y los eventuales perjuicios que surjan, debe advertirse que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación del actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos conceptos y no la administradora privada.

En lo que tiene que ver con el traslado de los gastos de administración y rendimientos financieros, con ocasión de la declaratoria de la ineficacia, es necesario indicar a la administradora privada, que si bien dicho efecto jurídico vuelve las cosas al estado inicial, también lo es, que si se generaron unos rendimientos fue producto del capital aportado mediante las cotizaciones mensuales efectuadas por el señor Cristo Torres, por lo que en efecto son de propiedad del afiliado y no de la administradora de pensiones, situación que no genera un enriquecimiento en cabeza de la Colpensiones, ni del demandante, pues se reitera, que quien debe correr con los perjuicios de la falta de información, es la administradora que omitió la misma.



Es necesario resaltar que si bien se adujo por la encartada que no existía obligación legal para brindar la debida información al afiliado, también lo es, que tal deber se encuentra consagrado desde la expedición del Estatuto Financiero, que imponía a la administradoras de pensiones impartir el buen consejo a sus afiliados, situación que puede ser acreditada mediante el uso de cualquier medio de prueba, no obstante, no puede pretender la pasiva, que con el simple diligenciamiento de un formulario pre impreso y en el cual el afiliado solamente impone su rúbrica, tenga la suficiente contundencia para evidenciar, que en efecto le fue suministrada la información correspondiente y por tanto, se tomó la decisión de efectuar el traslado de forma informada, libre y consciente.

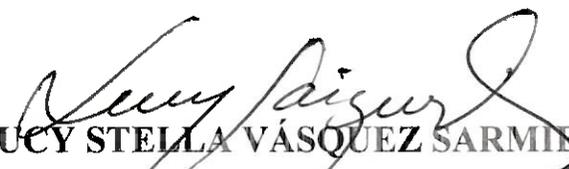
Finalmente, en lo que tiene que ver con la condena en costas respecto de Colpensiones que deprecia la parte actora, es necesario precisar, que si bien el artículo 365 del C.G.P. establece la condena en costas contra la parte vencida en el proceso, también lo es, que en el presente caso, la entidad se opuso al reconocimiento de las pretensiones enervadas por la parte demandante, en el entendido que era un tercero que no intervino en el acto jurídico de traslado, pero que sí se afectaría con la condena que se imponga, pues con el paso del tiempo, debe reconocer y pagar el derecho pensional en favor del demandante, por lo que su defensa buscó la protección del erario público, además, que la decisión de Colpensiones no obedeció al capricho de la misma, pues aplicó para tal caso la normatividad vigente, por lo que no puede salir avante el pedimento elevado.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias quedan a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.



### DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS** de ambas instancias quedan a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
 Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
 Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
 Magistrado *Sede Voto parcial*



*República de Colombia*

***TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL***

***ACTA DE SALA***

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-018-2017-00795-01. Proceso Ordinario de Nohora Alba Roa Ávila contra Colpensiones y Otra (Consulta Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada frente a la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, el 8 de julio de 2019.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que a Colpensiones le asiste la obligación de cobro coactivo respecto del pago incompleto de los aportes en pensiones dejados de efectuar en favor de la demandante y con cargo a su empleadora señora María Rebeca Buitrago, por el período comprendido



entre el mes de enero de 2001 y el mes de diciembre de 2006, así como, se declare que la señora MARÍA REBECA BUITRAGO deberá proceder con el pago de los aportes dejados de efectuar en el período ya referido, el que se realizará debidamente indexado y como consecuencia de las anteriores, se condene a Colpensiones a imputar las cotizaciones en los periodos indicados de forma completa y las costas del proceso.

Para respaldar las súplicas, en síntesis señaló que nació el 29 de octubre de 1958, por lo que al momento de radicar la demanda contaba con 59 años; que fue vinculada al ISS desde el 1° de junio de 1996, por intermedio de su empleador María Rebeca Buitrago, donde desempeñó labores de servicio doméstico, a partir del mes de marzo de 1998 y hasta el mes de diciembre de 2014, devengando el salario mínimo legal mensual vigente; que la empleador María rebeca Buitrago efectuó el pago de aportes de forma parcial por los ciclos comprendidos entre 2001 01 a 2006 07, conforme con la comunicación de fecha 13 de enero de 2014 emitida por Colpensiones, así como no se advierte pago de los ciclos 2006 08 y 2006 09; que mediante comunicación del 27 de noviembre de 2014 por Colpensiones, la entidad le indicó a la afiliada que ya había iniciado el proceso de cobro coactivo para los ciclos de 1996 08 a 1998 02; que la actora acudió a la acción de tutela, en la que se reconoció la existencia de la relación laboral; que se advierte que Colpensiones es la encargada de efectuar el cobro coactivo de aportes pensionales; que la demandante vive en el campo, a cargo de su madre enferma.

El aquo declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la demandada señora María Rebeca Buitrago, por el período comprendido entre el 1° de junio de 1996 y el 26 de diciembre de 2014, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, devengando el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, condenándola a



pagar la totalidad de aportes en pensiones por las cotizaciones dejadas de efectuar por los interregnos comprendidos entre el 1° de junio de 1996 y el 28 de febrero de 1998 y entre el 1° de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2006, previo cálculo actuarial efectuado por Colpensiones. De igual forma, condenó a Colpensiones a efectuar y tener como semanas efectivamente cotizadas, por mensualidad y año completo de los períodos referidos, por cuanto en efecto la encartada no realizó las gestiones de cobro respectivas.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación es garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**

Partiendo del hecho de que no hubo controversia alguna en lo referente con la existencia de la relación laboral, así como los extremos temporales de la misma y el salario devengado por la actora; el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si en efecto la demandada Colpensiones está obligada a efectuar la gestión de cobro ante la mora en el pago de aportes y de ser acertado el anterior postulado, establecer si en efecto ejerció dicha facultad respecto de los aportes dejados de realizar en favor de la demandante.



De acuerdo con lo anterior, se advierte que las facultades respecto de las acciones de cobro, se encuentran establecidas en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, que establece:

*“ARTÍCULO 24. ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.*

Así mismo, frente al tema de las acciones de cobro, se han pronunciado en reiterada jurisprudencia tanto la H. Corte Constitucional, como la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, como en las sentencias SU 226 de 2019 y SL 4952 de 2016, respectivamente, en las que las altas Corporaciones manifestaron:

*“SU 226 DE 2019*

*...*

*En ese sentido, Colpensiones no tiene el deber legal ni constitucional de recibir las semanas que no fueron declaradas ni canceladas por el ex empleador con ocasión de la falta de afiliación de su empleado. Si bien es cierto que el sistema de seguridad social otorgó a las administradoras de fondos de pensiones las herramientas jurídicas suficientes para ejercer acciones de cobro, inspección y vigilancia, señaladas en los artículos 24 y 53 de la Ley 100 del año 1993, estas facultades se activan, solo cuando el empleador afilia a su empleado y transfiere el riesgo.*

*Así las cosas, no existe norma alguna que atribuya a las AFP la obligación de recibir periodos faltantes por falta absoluta de afiliación. Por lo tanto, no era posible, como en este caso se hizo, forzar a Colpensiones a recibir las semanas no aportadas por la falta de afiliación del ex empleador, so pretexto de la existencia de un acuerdo transaccional, entre otras no oponible, que se celebró entre el accionante y su*



*entonces empleador, pues el incumplimiento del deber de afiliación no se encuentra establecido como uno de los eventos que facultan al fondo de pensiones para desplegar acciones de cobro por las cotizaciones adeudadas, menos aún ante una situación en la que las partes y la relación de trabajo le son ajenas (supra 2).”.*

“SL 4952-2016

...

*Dijo la Sala textualmente en esa providencia:*

*“Dentro de las obligaciones especiales que le asigna la ley a las administradoras de pensiones está el deber de cobro a los empleadores de aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas oportunamente, porque a ellas les corresponde garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados mediante acciones de cobro como lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.*

*Si bien la obligación de pago de la cotización está radicada en cabeza del empleador (art. 22 de la Ley 100 de 1993), antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el que a ellas les concierne en cuanto a la diligencia para llevar a cabo las acciones de cobro.*

*El afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar, desplegando la actividad económica por la que la contribución se causa. Esto genera un crédito a favor de la entidad administradora, e intereses moratorios si hay tardanza en el pago.*

*Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto, no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.”*

De acuerdo con lo anterior, se advierte que en efecto es la administradora de pensiones y no el afiliado quien tiene el deber de iniciar las acciones de cobro de los aportes pensionales, no obstante, se requiere de la



afiliación previa del trabajador para efectuar dicha actuación administrativa, ya que sin que medie tal presupuesto, se hace imposible a Colpensiones o a la Administradora Privada cumplir con su carga legal.

En ese orden de ideas, se advierte que en efecto se realizó la afiliación de la señora Nohora Alba Roa Ávila por parte de la ex empleadora señora María Rebeca Buitrago a la Administradora Colombiana de Pensiones, a partir del 1° de junio de 1996 y hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha en la que se registró la novedad de retiro por parte de la empleador, conforme se extrae de la historia laboral visible a folios 213 a 220 del plenario, por lo que en efecto se cumplió el presupuesto que estableció la doctrina de la Corte Constitucional, que no es otro, que se advierta la afiliación a la Administradora de Pensiones.

Ahora bien, debe advertirse que dentro del plenario no se logró evidenciar las acciones de cobro que ha realizado Colpensiones para obtener el pago completo de los aportes dejados de efectuar en favor de la afiliada señora Roa Ávila, sino que por el contrario, fue la misma demandante quien ha solicitado en reiteradas oportunidades actualizar la historia laboral, computando en debida forma los períodos cotizados, así como, que se solicite el pago de unos aportes dejados de efectuar, tal como se extrae de los oficios de fechas 13 de enero de 2014 y 27 de noviembre de la misma anualidad<sup>1</sup>, sin embargo, de los mismos ni siquiera se advierte un estudio concreto al caso, ya que se mencionó en las mismas:

*“Bogotá, D.C., enero 13 de 2014*

...

---

<sup>1</sup> Cfr. Fl. 85 y 86 respectivamente.



*los pagos para los ciclos 199607 a 199802 se realizaron de manera extemporánea, razón por la cual no se contabilizan en el total de semanas cotizadas, en disposición a lo establecido en el artículo 28 del decreto 692 de 1994, en conformidad con el artículo 36 del decreto 1406 de 1999.*

*Para los ciclos de 200101 a 200607 se efectuó el respectivo cobro ya que el empleador MARÍA BECERRA BUITRAGO, realizó aportes en pensión a su nombre pero estos pagos fueron incompletos.”.*

“SEM-355984

*..., en cuanto a los ciclos 199608 a 199802 con el aportante MARÍA BECERRA BUITRAGO NIT 23254929; no se encontraron cotizaciones a su nombre, razón por la cual no se reflejan en el reporte de la Historia Laboral; En consecuencia y atendiendo las atribuciones que nos competen, hemos iniciado la gestión de cobro pertinente ante dicho empleador, dado que es el mismo quien debe subsanar la inconsistencia; para los periodos 199607, 199803, 200101 a 200607, 200807, 200811, fueron cancelados por MARÍA BECERRA BUITRAGO NIT 23254929 de forma extemporánea, fecha para la cual no tiene relación laboral con dicho empleador, razón por la cual no contabilizan total en la Historia Laboral (...).”.*

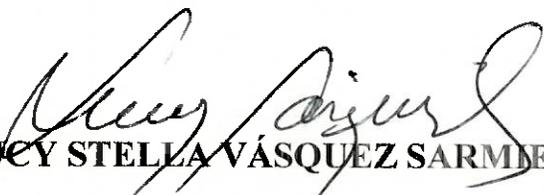
En ese orden de ideas, la encartada no realizó sus gestiones de cobro respecto de los aportes que debieron efectuarse en favor de la afiliada señora Nohora Alba Roa Ávila, por lo que en efecto debe efectuar el cómputo de semanas, meses y años, como si se hubiere percibido el 100% de la cotización mensual, por los periodos comprendidos entre el 1º de junio de 1996 y el 28 de febrero de 1998 y entre el 1º de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2006, en el entendido, que respecto al primero no se realizó aporte alguno por y respecto del segundo interregno, se realizó el pago parcial de las cotizaciones, tal y como se extrae de la historia laboral visible a folios 213 a 220 del plenario, fundamentos por los cuales se confirmará la decisión de primer grado, frente al concepto estudiado.

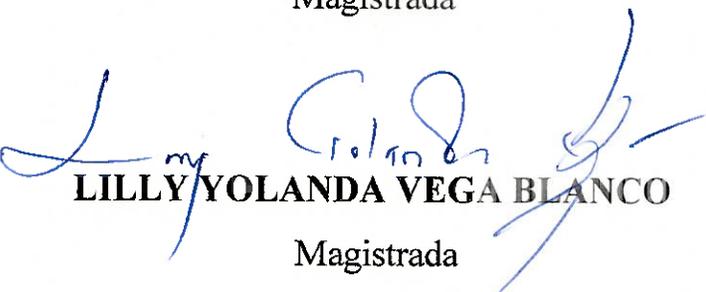


Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado quedan a cargo de la parte demandada y sin ellas en la consulta.

### DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia apelada, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. Sin **COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta y las de primera estarán a cargo de las demandadas. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-019-2018-00481-01. Proceso Ordinario de Consuelo Albornoz Portela contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de octubre de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad e ineficacia de su afiliación a la AFP Colmena, así como, al traslado horizontal efectuado a las Administradoras Santander, Davivir, Horizonte, Skandia, Colfondos y Old Mutual, y como consecuencia de lo anterior, se condene a Colpensiones todos los



valores que recibió con motivo de su afiliación y a la última entidad, a autorizar el retorno automático de la actora, registrando dicha situación en el sistema de información de los afiliados y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que se vinculó con entidades del sector privado y afiliándose al ISS a partir del 3 de diciembre de 1979, cotizando a dicha entidad hasta el 30 de septiembre de 1998, aportando un total de 922.86 semanas; que en la historia laboral emitida por Protección S.A. refleja un total de 1873.86 semanas, hasta el mes de febrero de 2018; que la demandante en ningún momento presentó documento alguno ante el ISS o Colmena, en la que parezca vinculada al fondo de pensiones, sin embargo, aparece vinculada a la misma a partir del 29 de octubre de 1998; que la actora con posterioridad aparece vinculada a Davivir, Santander, Colfondos S.A., Horizonte, Skandia y Old Mutual, sin que hubiere recibido una asesoría de parte de las administradoras privadas; que en respuesta al derecho de petición, se hizo entrega de los formularios de afiliación en el 2018, no obstante, tales documentos son elaborados, con su logo y sin participación alguna de la demandante, en el que se impone la información contenida en el artículo 1 del Decreto 692 de 1994; que la vinculación que ofreció Colmena y las restantes demandadas, restringen la voluntad de selección y afiliación de la demandante, ante la falta de explicación sobre el cambio de régimen pensional, sin informar sobre los riesgos, los beneficios de pensionarse en el RAIS, los derechos y obligaciones de recíprocas, ni los pormenores del negocio, sus ventajas y desventajas, que requería de un capital de \$200.000.000,00, para poder reconocer una mesada pensional por la suma de \$800.000,00; que para el año 1994 devengaba la suma de \$600.000,00, ello era cinco veces mayor que el salario mínimo de la época; que la demandante presentó reclamación ante Colpensiones y Porvenir S.A.



Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la AFP Colmena hoy Protección S.A., así como, los traslados horizontales efectuados a Santander, Davivir, Skandia, Colfondos y Old Mutual S.A., y ordenó a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración debidamente indexados y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado y absolvió a las restantes demandadas de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

La demandada Skandia interpuso recurso de apelación, al no estar de acuerdo con las conclusiones de la sentencia referente a la declaratoria de ineficacia en favor de la demandante, teniendo en cuenta que se trasladó en el año 1998 a Protección S.A., firmando el respectivo formulario de vinculación, que era el único documental que se requería para la fecha y es el que acredita la validez de la afiliación al Sistema General de Pensiones o un cambio de régimen, tal y como se ha manifestado en distintas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en especial la SL 1452 de 2019. Aunado a lo anterior, si bien el deber de información ha existido desde la creación de las administradoras de fondos



de pensiones, ha de tenerse en cuenta que dicho deber ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial progresivo, sin embargo, no se hizo debida interpretación a la norma aplicable para el momento en que la demandante se vinculó al RAIS, pues para tal momento se encontraba vigente la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de la misma anualidad, que establece para la validez del traslado, que se haga de manera libre y voluntaria, y en el presente asunto no se acreditó ningún tipo de coacción para vincularse al RAIS. Se debe tener en cuenta que la demandante en el interrogatorio de parte dice por ejemplo, que sus traslados horizontales obedecieron a una característica específica, pues ella dice que ofrecían mayor rentabilidad, por lo que tenía conocimiento de ciertas características y dichas decisiones se debieron a un conocimiento de condiciones por las que se vinculó, acreditándose la información, y si bien no se realizaron proyecciones o advertir consecuencias del traslado, también lo es, que no implica la vulneración al derecho a la información, pues en su época era muy difícil entender las consecuencias, no había certeza de variables y era difícil calcular las mesadas que tendría al consolidar su derecho pensional. Así mismo, el despacho no tuvo en cuenta que Old Mutual hoy Skandia sale afectada, ya que la afiliación se generó por un traslado horizontal y se recibió cuando podía cambiarse de régimen, sin que entienda, porqué mi deba asumir la negligencia de otras administradoras. Finalmente, adujo que tampoco está de acuerdo con la condena de devolver conjuntamente los gastos de administración, pues tal decisión no es coherente, bajo el entendido que al declararse la ineficacia, es improcedente la devolución de dichos gastos de administración.

Por su parte, la encartada Colpensiones interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su integridad la sentencia proferida y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto se fundamentó en la falta al deber de información, pasando por alto, que para esa fecha se encontraba vigente la Ley 100, por lo que la aceptación era



espontánea y libre, materializándose con la firma del formulario, pues para la fecha de traslado no existían Decretos de doble asesoría, por lo que al exigirse otras situaciones, se desvirtúa el principio de confianza legítima. Aunado a ello, el debido proceso no es solo defensa y recursos, es ajustarse a las normas preexistentes según el artículo 29, sin que se encuentre justificación para que Colpensiones tenga que afrontar la carga de la prestación, pues la entidad es un tercero y las consecuencias del acto, deben repercutir en las partes interesadas. Ahora bien, en cuanto a lo manifestado de que debe responder la AFP, fue hasta el 2016 que contaban con el consentimiento del formulario de afiliación, imponer cargas adicionales sin formulario es imposible, resulta Colpensiones lesionada, en el entendido que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, donde se prohíbe al afiliado trasladarse si le faltan 10 años para adquirir la edad de pensión, debiéndose proteger el fondo común, conforme lo establece la sentencia C 1024 de 2004. Ahora, de confirmarse la decisión, solicita se mantenga la condena en contra de la AFP, pues Colpensiones no puede proceder con el reconocimiento de un derecho, si la administradora privada no procede con el traslado de los dineros de la cuenta de ahorro individual.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:



## CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> "(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

*Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por

---

*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

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

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)*

*“...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...” (Subrayado de la Sala).*



haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que las demandadas Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A., debieron consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta



Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adocrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., así como los traslados horizontales efectuados a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A. a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al



tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es Skandia Pensiones y Cesantías S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado. Idéntica situación ocurre respecto de los gastos de administración cobrados durante la afiliación de la demandante a las AFP Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a la Sociedad Administradora de Fondos de



Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., respecto del período en el cual la señora Consuelo Albornoz Portela se encontró afiliada a dichas administradoras de pensiones, enfatizando, que si bien tal como lo indicó la falladora de primer grado, el monto de la cuenta de ahorro individual ya fue trasladado en oportunidad anterior, tales conceptos no fueron objeto de traslado por parte de las administradoras de pensiones, quienes fueron las que no brindaron la debida información a la afiliada.

Ahora bien, frente a la posible afectación o perjuicio que recae respecto de la administradora del RPM, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos conceptos y no la administradora privada.

Así mismo, es necesario precisar que no es cierta la afirmación efectuadas por las recurrentes, referente a que para el momento en que se produjo el



traslado la única obligación era la de suscribir el formulario de afiliación, conforme lo establece la Ley 100 de 1993, toda vez, que la norma ya establecía el deber de información, la que debería clara, completa y oportuna, pudiéndose demostrar por cualquier medio, no solo el escrito, la entrega de la misma, pero sí acreditar tal situación, que se reitera, no ha sido probada en el presente litigio.

De igual forma, es necesario precisar que si bien la demandante en su interrogatorio de parte manifestó que realizó sus traslados horizontales bajo el supuesto de un mejor rendimiento entre administradoras privadas, así como el conocimiento de algunas características propias del RAIS, también lo es, que su declaración no se puede extraer un conocimiento general ni del RAIS, ni del RPM, del cual se puede concluir, que conocía las ventajas y desventajas de su traslado y las variables que ello conllevaba.

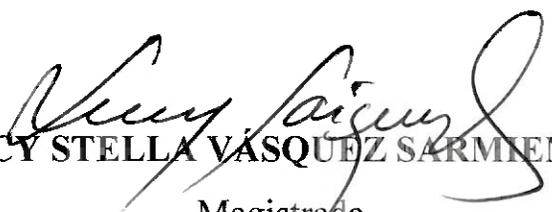
Hasta aquí el estudio del Tribunal. SIN COSTAS en primera instancia y las de esta instancia, estará únicamente a cargo de Skandia Pensiones y Cesantías S.A.

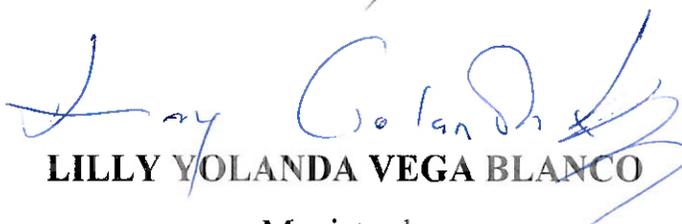
### DECISIÓN:

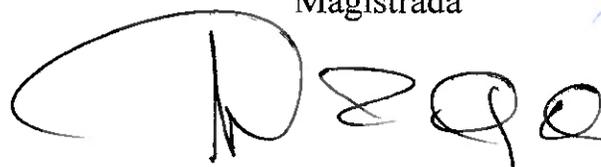
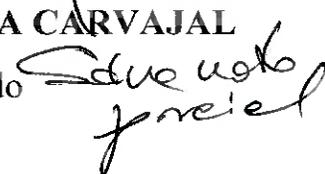
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: REVOCAR** el numeral **CUARTO** de la sentencia proferida que absolvió a las demás encartadas de las pretensiones de la demanda, para en su lugar, **CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a la



devolución de los gastos de administración y seguros previsionales descontados en vigencia de la afiliación de la demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida. **CUARTO: COSTAS** de esta instancia a cargo únicamente de la demandada Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000,00, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

  
**LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO**  
 Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
 Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
 Magistrado 



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 020 2020 00104 01. Proceso Ordinario Fernando Augusto Gutiérrez contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandada AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y que para todos los efectos siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad; se ordene a los fondos privados demandados



devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones y rendimientos generados durante el tiempo en que sumas de dinero estuvieron bajo su administración; y se ordene a Colpensiones a reactivar la afiliación considerando para todos los efectos que siempre ha estado vinculado al régimen de prima media con prestación definida, recibir los aportes devueltos de los fondos privados y actualizar y corregir su historia laboral.

En subsidio de las pretensiones con idéntico fin, solicitó se declare inexistente el acto por medio del cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, que en razón a ello resultan inexistentes las afiliaciones a los fondos privados demandados, y que siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que fue nacido el 13 de julio de 1963, que estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales desde el año 1987 hasta el 17 de abril de 1997, cuando al no recibir información técnica y adecuada suscribió formulario de afiliación con Colfondos S.A.

Indicó que por la idéntica circunstancia el 20 de agosto de 1998 se trasladó a la AFP Porvenir S.A. y el 11 de septiembre de 2001 retornó a Colfondos S.A.; fondos a los que se afilió por considerar que eran mucho más beneficiosos que el de prima media con prestación definida.

Afirmó que los fondos de pensiones demandados o sus asesores no le advirtieron que de los riesgos que existía al cambiarse de régimen, que la pensión en dicho régimen podría ser inferior a la que tendría derecho en el régimen de prima media con prestación definida, ni que eventualmente no tendría derecho a pensionarse si el capital ahorrado era insuficiente.



Señaló que los fondos pensiones privados o sus asesores nunca le explicaron como funcionaban, no le informaron acerca de las distintas modalidades de pensión que existían, ni que el valor de su pensión dependería de la modalidad que escogiera; y que no le advirtieron que era un bono pensional, ni del riesgo financiero de su financiación.

Refirió que Colfondos realizó una proyección pensional conforme con la cual su mesada pensional en el RAIS sería de \$3'072.718,00, mientras que en el régimen de prima media sería de \$5'741.222,00; de modo que el RAIS le es mucho más desventajoso.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.<sup>1</sup> adujo en su defensa que la afiliación de la demandante en el año 1998 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada y que en todo caso la ineficacia que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, hace referencia a actuaciones dolosas que no se alegan en la demanda. Propuso las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías<sup>2</sup>, adujo en su defensa que sí brindó al demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de la decisión de trasladarse; y que, en todo caso, dicho acto no se puede declarar ineficaz en tanto que nació a la vida jurídica y se ratifica con los actos del demandante quien en todo caso puede obtener una pensión en el RAIS. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por

<sup>1</sup> Cfr fls 112 a 141 del expediente digitalizado.

<sup>2</sup> Cfr fls 203 a 232 del expediente digitalizado.

pasiva, buena fe, ausencia de vicios en el consentimiento, prescripción de la acción, compensación y pago, entre otras.

Por su parte Colpensiones<sup>3</sup> adujo que de acuerdo con las documentales aportadas al proceso el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, sin que se dejara anotaciones de alguna presión o constreñimiento y que en los términos del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 no es procedente el traslado del demandante. Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, prescripción de la acción laboral, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la causal alegada, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado o afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 23 de abril de 1997, y que su “*aseguradora*” frente a los riesgos de vejez, invalidez y muerte es Colpensiones; como consecuencia de ello ordenó a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A. devolver la totalidad de los aportes girados junto con los rendimientos causados respecto de la afiliación del demandante y condenó en costas a todas las demandadas.

Inconformes con la anterior determinación las apoderadas de las demandadas de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

### FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de la demandada Colpensiones solicitó se revoquen las condenas impuestas en contra de su representada, para lo cual solicita se tenga en cuenta que no obra dentro del proceso prueba alguna en la que se

---

<sup>3</sup> Cfr fls 318 a 362 del expediente digitalizado.



acredite alguno de los vicios en el consentimiento que establece el artículo 1740 del C.C. y que se esta frente a un error de derecho que no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y las AFP en mención, al no tratarse de un error dirimente o de nulidad.

Indicó que de acuerdo con el criterio sentado por esta Corporación con ponencia del Magistrado Carlos Andrés Vargas conforme con los cuales los vicios del consentimiento de error fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que las alegan, y que no se puede trasladar a la demandada la prueba de que no obró con dolo, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P.

Solicita igualmente se tenga en cuenta los efectos sobre la descapitalización del sistema y que en tal sentido, de acuerdo con lo dispuesto en las sentencias C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013 en materia de traslados, en donde se señala que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados por todos los afiliados a este esquema, dado que el régimen de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

Por su parte la apoderada de la AFP Porvenir S.A. se opone a la declaratoria de la ineficacia del traslado, para lo cual aduce en primer término que con tal determinación se están desconociendo tres principios fundamentales del derecho, como lo son la confianza legítima, la inescindibilidad de las normas y la sostenibilidad financiera.

Recabó que en que los efectos de declaración de la ineficacia conforme lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, son distintos de los efectos de la nulidad; y que en tal sentido una vez declarada la ineficacia el traslado de los recursos debe realizarse en los términos del artículo 113 de la Ley 100 de 1993; pero que de extenderse los efectos de la nulidad se debe



tener en cuenta que la misma otorga el derecho a las partes a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto.

En relación con la condena en costas señaló en caso de fuera solo condenada su representada, dicha condena desconoce el factor objetivo del artículo 365 del C.G.P., pues al establecer que es su representada y no Colpensiones quien debe asumir las costas por ser la que generó el traslado de régimen se estarían imponiendo las costas como una sanción.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

### **CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y de ser así, definir si también resulta procedente ordenar el traslado de los gastos de administración.

Al respecto es del caso tener en cuenta que, tal como lo puso de presente, la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de



afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga<sup>4</sup>, posición que fue

<sup>4</sup> "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

**Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión... igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".**

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante advertir en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se

---

*controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

*En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.”.*



incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida, de manera que no es de recibo el argumento que sobre el particular expone la apoderada de Colpensiones.

Ahora bien, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Colfondos, debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de



*las condiciones para el disfrute pensional.*”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva y que no es posible establecer del simple pago de los aportes y permanencia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por tanto, como el vicio surge desde el mismo momento de la afiliación ningún efecto tiene asesorías posteriores sobre las implicaciones del traslado; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Colfondos S.A., y como consecuencia de ello, de los traslados que posteriormente se efectuaron dentro del mismo régimen, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el



error; de suerte que, como el demandante se encuentra válidamente afiliado a la AFP Colfondos S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, así mismo, la AFP Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones, los valores que descontó por concepto de gastos de administración mientras el demandante estuvo afiliado a ésta motivo por el que se adicionará la decisión de primer grado en este aspecto, pues nada dispuso sobre el particular.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si el demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”* lo que de contera permite al afiliado conservar los rendimientos causados, sin que por ello se considere que se está transgrediendo el principio de inescindibilidad, como lo plantea la apoderada de Porvenir S.A..

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si



bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Ahora, en tanto que la apoderada de la demandada Colpensiones aduce que la consecuencia de la ineficacia del demandante produce la descapitalización del régimen de ahorro individual; pero tales implicaciones no las debe soportar el afiliado, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

En este mismo sentido, se revocará la condena en costas impuesta en contra de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A., en tanto que no intervinieron en el acto cuya ineficacia se declara y no se impondrá condena en costas en esta instancia.

### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE



BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

**PRIMERO.- PRIMERO.- ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **ORDENAR** a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S,A, que efectúen el traslado a Colpensiones de las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración con ocasión a la afiliación del demandante.

**SEGUNDO.- ADICIONAR** la sentencia recurrida a efectos de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**TERCERO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

**COSTAS** sin lugar a su imposición en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11001-31-05 020 2020 00104 01. Proceso Ordinario Fernando Augusto Gutierrez contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado *Solo voto parcial*



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 023 2020 00303 01. Proceso Ordinario Víctor Manuel Pérez Pastor contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandada AFP Protección S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; se efectúe por parte de esta última el traslado de la totalidad



de los aportes y su afiliación al régimen de prima media con prestación definida que administra Colpensiones; que se reconozca por parte de esta la pensión de vejez junto con el retroactivo pensional a que tiene derecho, junto con los intereses moratorios que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de los valores reconocidos.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que nació el 14 de octubre de 1966, que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales de manera ininterrumpida desde el mes de abril de 1993 hasta el mes de diciembre de 1998 y efectuó cotizaciones a la AFP Protección S.A. a partir del mes de enero de 1999.

Indicó que los promotores de Colpensiones y Protección S.A. al momento de la correspondiente afiliación y desafiliación no cumplieron con el deber de asesoría y buen consejo, no le brindaron la doble asesoría, ni le presentaron el consentimiento informado.

Señaló que los promotores de Colpensiones y Protección no realizaron una proyección de la indemnización o devolución de saldos, frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez, ni del valor de su pensión en cada régimen.

Agregó que el 1º de junio de 2020 solicitó a la AFP Protección la nulidad de su afiliación así como el traslado de sus aportes a Colpensiones, entidad esta última ante la que había elevado idéntica solicitud el 16 de marzo de la misma anualidad, pero en lugar de solicitársele el traslado de recursos se le solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones adujo en su defensa que traslado del



demandante se efectuó de libre y voluntaria, que frente a dicho no tuvo ninguna injerencia, y que además de que el demandante se encuentra inmerso dentro de la prohibición establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 su traslado afecta gravemente el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Propuso en su defensa las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio de sostenibilidad financiera del sistema; falta de causa para pedir; prescripción; entre otras.

Mediante providencia del 21 de julio de 2021 se tuvo por no contestada la demanda por parte Protección S.A.

Frente a las súplicas de la demanda, el *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y que se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como consecuencia de ello, condenó a la AFP Protección S.A. a devolver o trasladar de manera indexada a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido, sin la posibilidad de efectuar algún descuento por concepto de administración.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas de la AFP Protección S.A. y Colpensiones interpusieron recurso de apelación.



## FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la AFP Protección S.A. solicitó se revoque la sentencia de primer grado en lo que respecta al traslado de los gastos de administración; para lo cual aduce en esencia que su representada realizó tales descuentos al amparo de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y en contraprestación por los rendimientos financieros que se causaron en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Sostiene en el mismo sentido que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 no previó el reintegro de los gastos de administración cuando se produce un traslado de régimen.

Y agrega en el mismo sentido, que de acuerdo con el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida dentro del radicado 31.989, no hay lugar a la devolución de tales recursos en tanto corresponden a valores causados, frente a los que en todo caso opera el fenómeno de la prescripción dado que no se encuentran destinados a financiar la prestación de vejez.

Por su parte el apoderado de Colpensiones solicitó la revocatoria de la decisión de primera instancia, para lo cual señala que a pesar de que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido en estos casos que el deber de información se debe acreditar en todos los procesos, también se debe tener en cuenta que dicho deber ha venido variando, y que para la data en la cual se produjo el traslado del demandante no se imponía la obligación de realizar simulaciones o comparaciones.

Agregó que en el mismo sentido que en tanto el traslado del demandante se realizó de manera libre y sin presiones, de manera que a su juicio el deber de información que le era requerido para el momento del traslado se acreditó



con el formulario de afiliación; y que no es posible retrotraer los efectos jurídicos de un negocio jurídico del que el demandante fue parte y respecto del que faltó a sus obligaciones.

Finalmente señala que se aceptarse el traslado se afecta el principio de sostenibilidad financiera, y que para garantizar su aplicación es viable la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

### **CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; y de ser así, si la demandada AFP Protección S.A. se encuentra obligada a la devolución de los gastos de administración.

Al respecto es del caso tener en cuenta que, tal como lo puso de presente, la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación



constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga<sup>1</sup>, posición que fue

<sup>1</sup> "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

*"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."*

*Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adocinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".*

*Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión*



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante advertir en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se

---

*y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

*En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.”.*



incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.

En tal sentido, contrario a lo que plante el apoderado de Colpensiones, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Protección S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, si es que pretendía a través de la suscripción de tal documento dar cumplimiento a todas sus obligaciones legales; o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo*



*efecto al traslado*”, por tanto, como el vicio surge desde el mismo momento de la afiliación ningún efecto tiene asesorías posteriores sobre las implicaciones del traslado; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error, de manera que no resulta procedente acudir a lo que para el efecto establece el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; de suerte que, como el demandante se encuentra válidamente afiliado a la AFP Protección S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, motivo por el que ningún reproche merece a la Sala la determinación que sobre tal aspecto acogió el servidor judicial de primer grado.



En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si el demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”* lo que de contera, contrario a lo que plantea el apoderado de la AFP Protección S.A. no permite a su mandante retener el valor de los gastos de administración, sino que permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.



Ahora, en tanto que el apoderado de la demandada Colpensiones aduce que la consecuencia de la ineficacia del demandante produce la descapitalización del régimen de ahorro individual; pero en todo caso tales implicaciones no las debe soportar el afiliado, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia.

### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO.- PRIMERO.- ADICIONAR** la sentencia recurrida a efectos de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.



Ref.: Radicación N° 11001-31-05 023 2019 00303 01. Proceso Ordinario Víctor Manuel Pérez Pastor contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

**TERCERO.- COSTAS** sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado *Edes voto parcial*



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 024 2019 00576 01. Proceso Ordinario Ruth Graciela Vargas Franco contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas AFP Protección S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada en el mes de diciembre de 1996 y que la única afiliación válida es la efectuada al Instituto de Seguros Sociales;



se ordene a la AFP Old Mutual S.A. trasladar con destino a Colpensiones el monto total de los aportes acreditados en su cuenta de ahorro individual.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que nació el 7 de abril de 1967, que inició su vida laboral cotizando al Instituto de los Seguros Sociales desde el 30 de diciembre de 1988 en donde permaneció hasta el mes de agosto de 1996.

Indicó que en el mes de diciembre de 1996 suscribió formulario de afiliación con la AFP Colmena, hoy Protección S.A.; pero que sin embargo para ese momento no se le brindó ninguna asesoría por parte de dicha entidad, quien tampoco le hizo entrega del reglamento de funcionamiento, ni se le dieron a conocer las condiciones y requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Sostuvo que en el mes de octubre de 1997 se trasladó a la AFP Colfondos, en julio de 1999 a la AFP DAvivir, hoy Protección S.A., que en el mes de marzo de 1999 se trasladó a la Santander S.A., hoy Protección S.A. y que en el mes de julio de 2008 se trasladó a la AFP Old Mutual S.A.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.<sup>1</sup> adujo en esencia que el traslado de la demandante se materializó con la suscripción del formulario de afiliación de forma libre y voluntaria y que con dicho acto aceptó cada uno de las condiciones propias del régimen de ahorro individual con solidaridad. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de ausencia de configuración de causales de nulidad,

---

<sup>1</sup> Cfr fls 66 a 74 del expediente físico.



inexistencia de violación del debido proceso al momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, prescripción, entre otras.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías<sup>2</sup> manifestó allanarse a las pretensiones.

Colpensiones<sup>3</sup> adujo en síntesis que la demandante no demostró la existencia de algún vicio en el consentimiento que afectara la voluntad libre y voluntaria de trasladarse de régimen y agregó que además se encuentra inmersa en la prohibición de trasladarse. Propuso en su defensa las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, entre otras.

Por su parte la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.<sup>4</sup> adujo en esencia que el acto del traslado de la demandante existe, es válido y se encuentra exento de vicios del consentimiento y fuerza para realizarlo, en tanto que la demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre y espontánea y que la demandante contó con la suficiente ilustración. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, reconocimiento de la restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad de la demandante a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A., suscrita el 20 de agosto de 1996, y que para todos los efectos nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con

---

<sup>2</sup> Cfr fl 96.

<sup>3</sup> Cfr fls 97 a 111.

<sup>4</sup> Cfr fls 163 a 171.



solidaridad; y como consecuencia de ello ordenó a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con ocasión a la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, junto con lo que se haya deducido por concepto de gastos de administración.

Así mismo, ordenó a las AFP Protección S.A. y Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones lo que hayan deducido por concepto de gastos de administración, y a Colpensiones a recibir a la demandante como su afiliada, y a actualizar y corregir su historia laboral.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas de la AFP Protección S.A. y Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

### **FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS**

El apoderado de la AFP Protección S.A. se opuso a la condena relativa a la devolución de los gastos de administración, para lo cual adujo en síntesis que este descuento se realiza por mandato legal, pues de esa forma lo ordena el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Afirma en el mismo sentido que su representada puso realizó un manejo oportuno y eficaz en virtud de lo cual se obtuvieron unos rendimientos financieros significativos, razón por la que a su juicio es justo que se le permita conservar las sumas que en su momento descontó por gastos de administración.

Por su parte el apoderado de Colpensiones adujo en primer término que el presente asunto no se advierten la existencia de vicios del consentimiento en



la medida que no había una expectativa legítima para la accionante si se tiene en cuenta que para el momento del traslado le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión.

Señala en el mismo sentido que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y por esa razón debe someterse a los mandatos en general del régimen al que se encuentre afiliada.

Añade que la sola diferencia en el monto de la mesada pensional de la demandante no constituye prueba acerca de que el traslado se hubiere realizado bajo engaño o una equivocada información por parte de los fondos sola no constituye prueba de que cuando realizó el traslado, la actora lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte de los fondos siendo en realidad que en el presente caso no se logró probar una información equivocada o falas por parte del fondo, con mayor razón si se tiene en cuenta que para el momento en que el traslado se realizó, estos no tenía dicha obligación.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.



## CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y de ser así, si es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración a cargo de la AFP Protección S.A.

Al respecto es del caso tener en cuenta que, tal como lo puso de presente, la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga<sup>5</sup>, posición que fue

---

<sup>5</sup> "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

*"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearla y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."*

**Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que**



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las

*presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".*

*Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

*En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."*



administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante advertir en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. a la afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.

Ahora, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Colmena, hoy Protección S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado incluso a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, si es que pretendía con la sola suscripción de tal documento dar cumplimiento a todas sus obligaciones legales; exponiéndole en todo caso de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta



administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que contrario a lo que plantea el apoderado de Colpensiones, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*”, por tanto, tal como lo indicó la servidor judicial de primer grado, no le correspondía al accionante la acreditación de algún vicio en el consentimiento.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Colmena, hoy Protección S.A., y como consecuencia de ello los traslados que se produjeron con posterioridad dentro del mismo régimen; a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el



error; de suerte que, como la demandante se encuentra válidamente afiliado a la AFP Skandia Pensiones y Cesantías S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y tanto la AFP Colfondos como la AFP Protección, tienen la obligación de trasladar las sumas que recibieron por gastos de administración, tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si la demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, “*Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social*” lo que de contera permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho



pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Has aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia.

### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO.- PRIMERO.- ADICIONAR** la sentencia recurrida a efectos de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

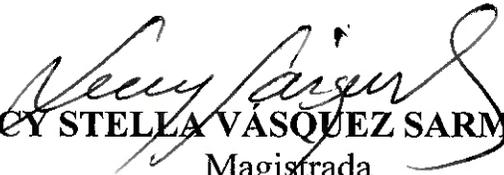


Ref.: Radicación N° 11001-31-05 024 2019 00576 01. Proceso Ordinario Ruth Graciela Vargas Franco contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

**TERCERO.- COSTAS** sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado *Solvo voto  
prociat*



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

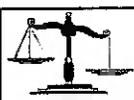
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001310502520170001601. Proceso Ordinario de María Yaned Forero Vásquez contra Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom- En Liquidación y Fiduciaria La Previsora S. A.. (Fallo de Segunda Instancia).**

En Bogotá D. C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, y de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA:**

MARÍA YANED FORERO VÁSQUEZ convocó a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM- EN LIQUIDACIÓN y FIDUCIARIA LA PREVISORA S. A., para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de existencia de contrato de trabajo, condición de beneficiaria convencional y que el vínculo terminó por decisión unilateral sin justa causa: cesantías e



intereses con sanción, vacaciones, prima de servicios legales y extralegales, auxilio de transporte de toda la relación de trabajo; devolución de lo cancelado por concepto de pólizas y seguridad social; sanción por no consignación de cesantías; indemnización moratoria; indemnización por terminación del contrato; indexación; y, costas del proceso.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

### **HECHOS:**

Prestó servicios mediante diferentes contratos de prestación de servicios desde el 1 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2014, en los que no se presentó solución de continuidad, desempeñando diferentes actividades en instalaciones de la convocada con diferentes jefes de grupo y departamentos, los cuales eran trabajadores de planta de la entidad, en jornada de lunes a viernes de 8:00 am a 5:00 pm, con implementos de trabajo de la entidad.

El personal de planta era beneficiario de los beneficios previstos en la convención colectiva de trabajo suscrita con SINTRACAPRECOM que es una organización mayoritaria, sin que le hubieran sido reconocidos ni los derechos legales por el verdadero vínculo que rigió la relación, habiéndolos reclamados administrativamente el 15 de noviembre de 2016.

### **ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

La demanda fue admitida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 2 de mayo de 2017 contra CAPRECOM



Ref.: Radicación N° 11001310502520170001601. Proceso Ordinario de María Yaned Forero Vásquez contra Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom- En Liquidación y Fiduciaria La Previsora S. A.. (Fallo de Segunda Instancia).

EICE EN LIQUIDACIÓN hoy FIDUCIARIA LA PREVISORA. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderado procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos manifiesta que no le constan; propuso las excepciones de mérito de prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia del derecho y la obligación, pago, ausencia de vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual no era de naturaleza laboral, buena fe, inexistencia de la convención colectiva, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos, cosa juzgada y la genérica.

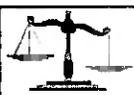
Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 14 de marzo de 2019, DECLARANDO la existencia del contrato de trabajo. CONDENÓ al pago de algunas pretensiones, ABOSLVIÓ de las demás e impuso costas a cargo de la pasiva.

Inconformes con la decisión el apoderado de la convocada interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.

### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**

Sostuvo el impugnante que no resulta procedente el reconocimiento de los derechos o beneficios consagrados convencionalmente, ya que no existe medio de convicción que acredite que la demandante haya querido participar de ellos.

Los reconocimientos concernientes a los aportes efectuados al sistema de seguridad social y parafiscales están llamados a la improsperidad, ya que se le imprimió alcance diferente al darle al demandante la calidad de



trabajador oficial, cuando se trataba de un contrato de prestación de servicios.

### **CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:**

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo ya que no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

En los términos de la impugnación, lo primero que se debe dejar en claro por factor de competencia, en aplicación del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el pronunciamiento y decisión en la alzada recaerá en lo que es objeto de inconformidad para el recurrente.

De cara a lo anterior, el análisis de la colegiatura empezara por determinar en primer lugar la existencia del contrato de trabajo, en virtud de la manifestación del impugnante de que a la demandante se le imprimió la calidad de trabajador oficial cuando se vinculó por contrato de prestación de servicios, amén de que no hubiese esgrimido argumentación que desconozca la motivación invocada por el juzgado para declarar la existencia del contrato de trabajo, la cual resulta infundada considerando que al proceso obran los elementos de juicio suficientes para concluir que los servicios prestados por la actora a la convocada, se rigieron bajo los efectos de un verdadero contrato de trabajo por reunirse los tres elementos que lo configuran de acuerdo con



lo previsto en el artículo 2° del Decreto 2127 de 1945, pues no admite reparo la prestación personal del servicio, su retribución a título de honorarios, y finalmente la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable del contrato de trabajo, representa para el empleador el poder imperativo y director de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que significa que automáticamente queda excluido el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.

Encontramos así, que la prueba testimonial al unísono refiere que la demandante cumplía las mismas actividades que los trabajadores de planta, bajo directrices impartidas y en las instalaciones de la entidad, y sometida al cumplimiento de horario, dichos que admiten credibilidad en cuanto se trata de personas que conocieron directamente de la relación y forma de ejecución de la labor por su condición de trabajadoras de planta, y por esa razón refieren detalladamente quien se encargaba de ejercer ese poder subordinante y el acatamiento de la actora frente a ellas.

La prueba documental por su parte da cuenta de situaciones particulares que permiten asumir que la demandada mediante diferentes comunicaciones, asumió la condición de empleadora imponiendo directrices y órdenes para la ejecución de la actividad, conminando a cumplirlas y a regirse por las disposiciones y términos impartidos.

Quiere decir entonces que esas situaciones a las que se vio abocada la actora no pueden calificarse como las de simple vigilancia y control que ejerce cualquier persona que contrata la prestación de un servicio, sino de verdaderas disposiciones y ordenes para su ejecución, que bajo la



potestad subordinante solo puede hacer quien funge las veces de empleador, considerando que en la primera prevalece la autonomía e independencia del contratista en virtud de la discrecionalidad que goza para la ejecución de la labor, mientras que en la segunda, que fue la que aconteció realmente en el caso objeto de análisis, la prestación del servicio se hace bajo la dirección, supervisión y disposición del contratante, que por esa condición le enrostran la condición de empleador, pues en virtud de esa facultad que a él compete, despoja al prestador del servicio de autonomía e independencia para realizarla.

Son las situaciones de hecho, las que deben sopesar los Jueces del trabajo en el análisis de cada caso particular y concreto, para establecer la verdadera naturaleza del vínculo, no la denominación o condiciones establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, en aras de hacer efectivo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas instituido en el ordenamiento Superior y positivo del trabajo, y con base en ese principio es sumamente claro concluir, que en el caso objeto de análisis aunque la modalidad contractual fue la de prestación de servicios, la contratista para la realización de la labor no gozó de autonomía e independencia, por el contrario siempre estuvo subordinada a lo que para el efecto dispusiera la entidad contratante, lo que automáticamente le enrostra a la actividad los efectos propios del contrato de trabajo.

Tampoco se puede olvidar que para efectivizar ese postulado, el ordenamiento positivo estatuye la presunción legal de existencia del contrato de trabajo, sobre la base de la demostración de la prestación personal del servicio, y ésta se encuentra demostrada, mientras que la entidad demandada no logró desvirtuarla, lo que significa que en



aplicación del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, no queda menos que concluir su existencia, pues la manifestación del impugnante de que la modalidad de prestación de servicios se sopesa en la Ley 80 de 1993, no puede servir de aval para desvirtuarla, en cuanto la actividad se cumplió, no bajo las características propias de esa modalidad contractual, sino de las propias de un contrato de trabajo, además, como si fuera poco, el servicio se prestó bajo esa aparente modalidad contractual por lapso superior al permitido, lo que automáticamente lo desnaturaliza, además, durante la gestión que perduró por espacio de casi cuatro años, pese que suscribieron varios contratos de prestación de servicios no se presentó solución de continuidad, y previamente a esa modalidad utilizó los servicios de la demandante a través de empresa temporal, lo que deja en evidencia que lo que quiso fue disfrazar el contrato de trabajo, por lo que en esos términos no queda menos que confirmar la providencia de primera instancia, que declaró la existencia del contrato de trabajo y el consecuente reconocimiento de los derechos que se derivaron a favor de la actora.

En relación con la inconformidad del impugnante respecto de la inaplicabilidad de los derechos extralegales reconocidos en la convención colectiva de trabajo, bajo la infundada tesis de que no existe prueba de que la demandante haya querido beneficiarse de aquellos no tiene vocación de prosperidad, considerando que demostrada la existencia del contrato de trabajo, surge a su favor no sólo los derechos mínimos previstos en el ordenamiento positivo del trabajo que rige las relaciones de los trabajadores oficiales, sino además, los derechos colectivos en aplicación de lo previsto en el artículo 3 del código sustantivo del trabajo.



Establece el artículo 471 del código sustantivo del trabajo, que cuando la organización sindical que suscribe el acuerdo convencional es mayoritaria, los beneficios logrados se extenderán a todos los trabajadores sindicalizados o no, situación en la cual se encontraba inmersa la organización sindical SINTRACAPRECOM que la suscribió conforme lo previsto en el artículo 20 de la convención colectiva, de suerte que era carga probatoria de la convocada derruir que para la data de la prestación del servicio de la demandante la organización sindical perdió su condición mayoritaria para sustentar la inaplicabilidad de los beneficios previstos en la convención, de lo cual sí no existe constancia, razón suficiente para que los beneficios extralegales le fueran reconocidos a la demandante al declararse la existencia del contrato de trabajo, posición sostenida por el máximo juez del trabajo frente al tema en reiterada y pacífica jurisprudencia.

En punto a la inconformidad del impugnante sobre el reconocimiento ordenado por concepto de aportes efectuados por la demandante al sistema de seguridad social, tampoco tiene vocación de prosperidad, pues es absolutamente claro de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993 rectora del sistema de seguridad social integral que, la empleadora se encontraba obligada a concurrir en el pago de las cotizaciones en el sistema pensional y de salud sobre el porcentaje previsto para cada una de ellas conforme lo reglado en los artículos 20 y 204 ibídem, respectivamente, lo cual no hizo sobre la base de que el vínculo se encontraba regido por contrato de prestación de servicios y no de trabajo declarado, razón suficiente para que reconozca el importe que por las aludidas cotizaciones realizó únicamente la accionante y en la proporción que a aquella correspondían.



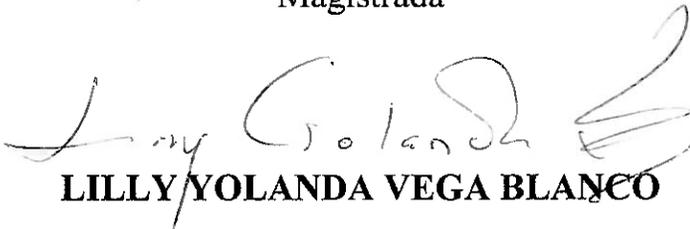
Ref.: Radicación N° 11001310502520170001601. Proceso Ordinario de María Yaned Forero Vásquez contra Caja de Previsión Social de Comunicaciones -Caprecom- En Liquidación y Fiduciaria La Previsora S. A.. (Fallo de Segunda Instancia).

### DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que fue objeto de inconformidad para el impugnante. Costas en esta instancia a cargo de la pasiva, inclúyase la suma de \$1'000.000.00 por concepto de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001310503020170016901. Proceso Ordinario de José Vicente Prada Barreto contra Constructora Ossa López SAS. (Fallo de Segunda Instancia).**

En Bogotá D. C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA:**

JOSÉ VICENTE PRADA BARRETO convocó a CONSTRUCTORA OSSA LÓPEZ SAS, para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario: reajuste de cesantías e intereses, vacaciones, prima de servicio, aportes a régimen de pensión, indemnización por despido; indemnización moratoria; indexación; y, costas del proceso.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,



## HECHOS:

Laboró para la demandada mediante contrato a término indefinido desde el 14 de febrero de 2014 al 13 de enero de 2017, desempeñándose como arquitecto de diseño, con un salario básico de \$1'680.000 y bono de \$2'200.000 pagaderos quincenalmente y de manera permanente, siendo el último salario básico recibido al 13 de enero de 2017 de \$1'874.000 más bono de \$2'528.000

Durante la vigencia del vínculo la empleadora canceló los derechos prestacionales y de descanso y aportes a seguridad social sin incluir el valor que se entregaba por concepto de bono, y decidió terminar el vínculo sin justa causa reconociendo la correspondiente indemnización.

## ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 29 de marzo de 2017. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderado procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos manifiesta que acepta unos y otros no; propuso las excepciones meritorias de ausencia total de causa, buena fe, proceder legal de la convocada y genérica.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 19 de marzo de 2019, **ABSOLVIÓ** de las pretensiones e impuso costas a cargo de la parte demandante.

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.



### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**

Sostuvo el impugnante que, pese a que se hubiera indicado en el contrato que el pago de beneficios adicionales tales como comisiones y bonificaciones no se tendrían en cuenta como factor salarial, es claro que la empleadora durante la relación laboral de manera habitual realizó el pago de un bono al trabajador y en todo el curso de la Litis éste no desconoció su pago ni que se realizaría de manera ocasional.

Que el bono se otorgaba inicialmente por concepto de transportes y anticipo de proyectos, y uno de los testigos sostuvo que el trabajador no se desplazaba, por lo tanto, sí el trabajador laboraba en la oficina porqué razón se realizaba el pago de dicho bono por demás en forma habitual, cosa diferente es que la empresa reconozca un incentivo por alguna labor especial, de tal manera que al ser habitual, debe tenerse como parte del salario y para el reconocimiento de las acreencias laborales.

### **CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:**

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo; aunado a ello, no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

En los términos de la impugnación, lo primero que se debe dejar en claro por factor de competencia, en aplicación del principio de consonancia previsto en



el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el pronunciamiento y decisión en la alzada recaerá en lo que es objeto de inconformidad para el recurrente.

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, establece que el salario no sólo lo constituye *“la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte...”*.

En contraposición, como lo define el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, *“No constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador como (...) y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como (...). Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie...”*.

Se establece de la normativa en mención y la reiterada y pacífica jurisprudencia del máximo juez del trabajo y constitucional frente al tema, que el salario como elemento esencial del contrato de trabajo, es el que entrega el empleador al empleado habitualmente como contraprestación directa del servicio, no para la ejecución o ejercicio de la labor contratada, sino para su beneficio y enriquecimiento patrimonial, por lo tanto, reunidas esas características no se puede desarraigar su naturaleza, amén, de la denominación o forma que se le otorgue, pues ello equipararía desconocer el carácter tuitivo del ordenamiento sustantivo del trabajo que lo regula



instituyéndolo como un derecho mínimo de obligatorio cumplimiento por su condición de orden público e irrenunciable, máxime cuando su finalidad no sólo esta dirigida a generar y satisfacer recursos al trabajador sino al núcleo familiar del cual hace parte, por esa razón, cumple no sólo un fin económico sino también social, considerando que el salario además de satisfacer las necesidades económicas del empleado, satisface las del grupo familiar del cual hace parte, asegurando calidad de vida acorde con la dignidad humana, de ahí la definición del concepto de mínimo vital propio de cada ser humano, que por lo mismo goza de especial protección Superior.

La naturaleza salarial de un emolumento entregado por la empleadora al empleado se encuentra ligada a la prestación directa del servicio, por ser ambos elementos esenciales al contrato de trabajo, en virtud del carácter oneroso que lo identifica, sin que para ello sea menester que se realice habitualmente, valga decir, constituye salario todo lo que el empleador entrega al empleado como consecuencia directa de la prestación del servicio. Sobre el particular, el máximo juez del trabajo en sentencia SL5159 del 14 de noviembre de 2018 dentro del radicado N° 68303, expuso: “(...) *Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.*

*De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada.”*



También es presupuesto para determinar el carácter salarial de un pago conforme el ordenamiento positivo del trabajo que lo regenta, que no se entregue para mejorar el desempeño y ejecución de la labor contratada, sino, para beneficio y enriquecimiento del trabajador, pues en esos términos, es absolutamente claro que el estipendio así reconocido, adquiere la calificación de factor salarial.

Bajo esa orientación, si bien por previsión del mismo ordenamiento sustantivo del trabajo, se establece los criterios o presupuestos que determinan cuando un emolumento deja de tener carácter salarial, facultando incluso a las partes para así estipularlo, no por ello se pueden valer del normativo para desconocer lo que realmente constituye salario, considerando que se desconocería flagrantemente el carácter tuitivo de los postulados legales y Superiores que orientan las relaciones de trabajo, al punto de su ineficacia por tratarse de derecho mínimo de obligatorio cumplimiento dado su carácter de orden publico e irrenunciable, que goza de especial protección Superior. Esa ha sido la interpretación que en reiterada y pacífica jurisprudencia ha desarrollado el máximo juez del trabajo frente al tema al establecer *“de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»”*.

En igual sentido, para que el pacto no constitutivo de salario sea válido, debe aparecer expresamente consignado, ya que lo que se busca es implantar con certeza la voluntad de no enrostrarle esa connotación a los emolumentos entregados a cualquier otro título no retributivo del servicio, de no ser así, con apego a la ley tendría que dirimirse esa situación, luego si se quiere derivar los alcances de esa interpretación, lo que legítimamente resulta admisible es el pacto expreso para no dejar que las partes subjetivamente despojen el carácter



salarial un emolumento en virtud de lo genérico del pacto, precisamente porque su ambigüedad daría lugar a enrostrarse esa calificación a cualquier estipendio, lo que significa que al no estipularse en esa forma, el entregado debe interpretarse retributivo del servicio, y es la empleadora la que debe soportar la carga probatoria de demostrar que no lo era en virtud de que no estaba destinado a retribuir el servicio.

En el caso sometido a consideración, la empleadora en su discurso de contestación y a lo largo del debate no desconoció la habitualidad de los pagos entregados al empleado con la denominada asignación básica, por el contrario lo aceptó, sólo que desconoció su incidencia salarial fundada en lo plasmado en el parágrafo 2 de la cláusula 2 del contrato de trabajo y el pretendido acuerdo salarial adicional, sobre la base de que las partes lo despojaron de ese carácter.

Para concluir la connotación salarial de los pagos, lo primordial es establecer la naturaleza retributiva del servicio, pues amén de que el pacto cumpla los requerimientos que se exigen, no la revierten, ya que esa posibilidad no constituye *“una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»”*.

Los medios de convicción valorados en conjunto como lo exige el ordenamiento procesal legal vigente bajo el principio de la sana crítica, permiten determinar con acierto jurídico que la totalidad de los pagos que durante la vigencia del vínculo entregó la empleadora al empleado, son constitutivos de salario, ya que desde el inicio del contrato de trabajo y hasta su finalización, i) se reconocieron habitualmente en forma mensual junto con la asignación básica; ii) la empleadora siendo su carga procesal, no acreditó



que tuviesen destinación específica o propósito diferente de retribuir el servicio; iii) su importe o costo no guarda proporción con la asignación básica; iv) su entrega no estuvo encaminada para el mejor desempeño de la actividad.

La denominación que imprimió la empleadora a los pagos no guarda relación con la forma como se ejecutó la labor, su destinación ni naturaleza, al principio de la relación de trabajo los enunció como “transportes y anticipo proyecto”, posteriormente “bonificación y comisión” y finalmente “bono”, y no existe prueba que esos hayan sido el propósito por el que se entregaban, pues el aludido pago por transporte pierde su esencia cuando el testigo Jorge Andrés Jiménez, quien desempeñó la misma actividad, sostiene que cuando tenían que desplazarse para cumplirla, la empleadora reconocía adicionalmente esos gastos a título de viáticos y alimentación. El pretendido anticipo de proyecto conforme se confiesa en el escrito de contestación, era un reconocimiento que se entregaba “por la óptima evolución del proyecto asignado y el cumplimiento de metas”, mientras que el pretendido “bono” o bonificación no existe prueba que identifique el incentivo que por ese título se entregaba. El pago a título de “comisión” no existe duda que es factor de salario.

Acreditado que los pagos realizados al empleado son retributivos del servicio, debe concluirse su carácter e incidencia salarial, ya que el pacto consignado en el parágrafo 2 de la cláusula 2 del contrato de trabajo y el pretendido acuerdo salarial adicional, no puede dejar al traste el derecho mínimo del empleado a recibir la retribución de su servicio, que por su connotación de orden público es de obligatorio cumplimiento e irrenunciable.

Es menester igualmente precisar que si bien en el aludido pacto aparecen consignados una serie de reconocimientos no constitutivos de salario haciendo alusión a lo normado en los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, su



identificación es ambigua, por cuanto no son “*expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados*”, de suerte que lo entregado al empleado con fundamento en ese acuerdo no puede sin dubitación concluirse que encajen dentro de él, y en esos términos “*la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo*»” (CSJ SL1798-2018).

Corolario, al concluirse que todos los pagos que efectuó la empleadora al empleado son de naturaleza salarial y omitió incluirlos o tenerlos en cuenta para el reconocimiento y liquidación de los demás derechos prestacionales, descanso obligatorio a cargo directo de la empleadora y del sistema de seguridad social, se accederá a su reajuste, teniendo en cuenta única y exclusivamente su importe que correspondió para la anualidad de 2014 a un promedio mensual de \$1'800.000.00, 2015 \$1'800.000.00 ya que no aparece prueba de que se hubiese incrementado, 2016 \$2'528.000.00, y 2017 \$2'528.000.00 ya que no aparece prueba de que se hubiese incrementado y que la demandada acepta en la contestación. Una vez efectuadas las correspondientes operaciones aritméticas en la forma indicada, se accederá al reajuste de los conceptos que a continuación se relacionan, así:

1. \$5'999.288.00 por concepto de reajuste de cesantías.
2. \$686.181.00 por concepto de reajuste de intereses de cesantías.
3. \$3'319.155.00 por concepto de reajuste de vacaciones.
4. \$5'999.288.00 por concepto de reajuste de prima de servicios.
5. \$5'746.986.00 por concepto de reajuste de indemnización por despido.
6. Reajuste de aportes a pensión correspondientes al periodo 14 de febrero de 2014 al 13 de enero de 2017, sobre los siguientes salarios \$1'800.000.00 por los años 2014 y 2015 y \$2'528.000.00 por los años 2016 y 2017, de acuerdo con los parámetros que para el efecto se encuentren establecidos en la



normatividad interna de Protección S. A. donde se encontraba afiliado el empleado, en concordancia con lo previsto en la ley.

La indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no es de aplicación automática e inexorable, pues para resolver sobre su imposición se valora la conducta asumida por la empleadora en el no pago oportuno y completo de los salarios y prestaciones que se adeudan a la terminación del vínculo, lo que significa que es viable acceder a su reconocimiento cuando se concluya que la empleadora no actuó de buena fe; pues habrá circunstancias atendibles que la coloquen en la imposibilidad manifiesta de cancelar en forma oportuna el valor de lo adeudado como consecuencia de la terminación del vínculo, y en ese evento resultaría contrario a la lógica jurídica, sancionarla con el pago de indemnizaciones de la estirpe de las reclamadas.

Ahora; si bien desde época remota se ha dicho que el elemento buena fe, para el recto entendimiento de las normas sancionatorias ya referenciadas, depende de la duda acerca de la existencia de la obligación patronal, bien sea por haberse discutido la existencia del contrato de trabajo fuente generadora de los derechos deprecados, o por desconocerse sin malicia o temeridad la prestación consiguiente, también lo es que no se puede avalar situaciones como las presentes en la que se tiene noticia que la accionada desde el inició entregó todos los pagos en retribución directa del servicio que los convierte en salario, amén del pacto de desalarización que tenía como única finalidad disfrazarlo, ya el pretendido acuerdo no reunía los requerimientos exigidos con ese fin, aceptar lo contrario constituiría subvertir y desconocer el carácter tuitivo que el ordenamiento jurídico positivo del trabajo y Superior establece a este elemento esencial del contrato de trabajo de connotación económica y social expresados.



Se condena a la demandada a pagar a favor del actor la suma de \$105'000.000.00 por concepto indemnización moratoria correspondiente a los dos primeros años <<del 13 de enero de 2017 data de terminación del contrato hasta el 13 de enero de 2019>> sobre un salario total mensual de \$4'402.000.00, y, a partir del 14 de enero de 2019, inicio del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera y hasta que se produzca el pago de las prestaciones adeudadas (artículo 29 de la Ley 789 de 2002 que modificó el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo).

Respecto de las condenas irrogadas por concepto de reajuste de vacaciones e indemnización por despido se ordenará su pago indexado tomando el IPC certificado por el DANE vigente entre la fecha en que debió efectuarse su reconocimiento <<13 de enero de 2017>>, y el IPC vigente a la fecha en que se produzca el pago efectivo, considerando que han sufrido la pérdida del poder adquisitivo al momento en que sean cancelados y no las cobija el reconocimiento de indemnización moratoria.

### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **REVOCA** la sentencia de primera instancia, en su lugar se **CONDENA** a la demandada a pagar a favor del actor:

1. \$5'999.288.00 por concepto de reajuste de cesantías.
2. \$686.181.00 por concepto de reajuste de intereses de cesantías.
3. \$3'319.155.00 por concepto de reajuste de vacaciones.
4. \$5'999.288.00 por concepto de reajuste de prima de servicios.
5. \$5'746.986.00 por concepto de reajuste de indemnización por despido.



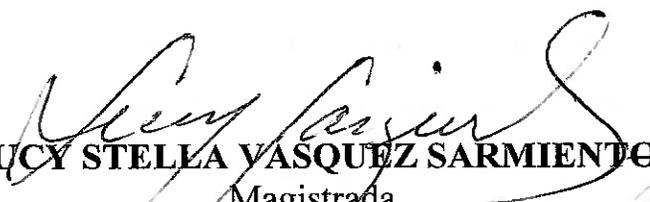
6. Pago de aportes a pensión del periodo 14 de febrero de 2014 al 13 de enero de 2017. Los años 2014 y 2015 sobre salario de \$1'800.000.00 y los años 2016 y 2017 sobre salario de \$2'528.000.00, de acuerdo con los parámetros que para el efecto se encuentren establecidos en la normatividad interna de Protección S. A. en concordancia con lo previsto en la ley.

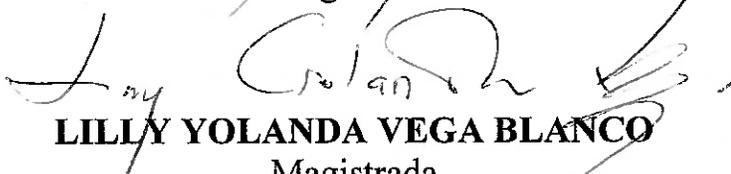
7. \$105'000.000.00 por concepto indemnización moratoria del periodo 13 de enero de 2017 al 13 de enero de 2019, y a partir del 14 de enero de 2019, inicio del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera y hasta que se produzca se produzca el pago de las prestaciones adeudadas.

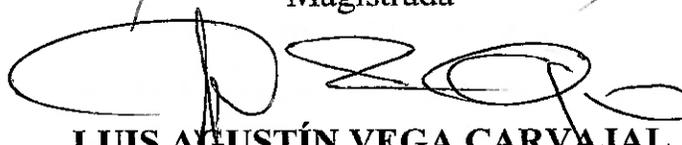
8. Indexación de las condenas por concepto de reajuste de vacaciones e indemnización por despido, tomando el IPC certificado por el DANE entre el 13 de enero de 2017 y el IPC vigente a la fecha en que se produzca el pago efectivo.

Costas en ambas instancias a cargo de la pasiva, en las de segunda inclúyase la suma de \$2'500.000.00 por concepto de agencias en derecho. Las de primera se fijarán por el juzgado de conocimiento.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLSE.

  
**LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-031-2021-00340-01. Proceso Ordinario de Adolfo Mario Reyes Monroy contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el 2 de febrero de 2022.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, declarar la nulidad por ineficacia de la afiliación y traslado a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como los traslados horizontales efectuados a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y se ordene a dichas entidades trasladar a Colpensiones la totalidad de aportes, rendimientos, bonos pensionales y demás sumas aportadas por el actor, y a



que Colpensiones inscriba sin solución de continuidad al demandante en el RPM y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones afirmó el demandante, que se vinculó laboralmente a la empresa Braun Medical S.A. el 17 de mayo de 1994, no obstante, que en mayo de 1997 se trasladó hasta el lugar de trabajo un asesor de Porvenir S.A., quien promovió el traslado del actor a dicha sociedad, sin contar con una formación profesional sobre el Régimen de Seguridad Social en Pensiones, por lo que no tenía conocimiento de las particularidades de cada régimen pensional, sin conocer la situación pensional real, pues el actor había cotizado en el ISS un total de 692.29 semanas y que para pensionarse en dicha entidad debería cotizar 1000 semanas, por lo que había efectuado aportes por un 69.22%, sin que le fuera mencionado al actor, que su derecho pensional en ningún caso sería superior al 25% del IBC, sino que por el contrario, se le informó al actor que el ISS por su grave situación financiera no podría garantizar su pensión de vejez y que incluso, no tenía reservas para cumplir futuros derechos pensionales; que no le fue informado que su derecho dependería de la modalidad de pensión que escogiera y que para tal fin, existían tres modalidades, ni le informó respecto de las ventajas y desventajas del RAIS y del RPM; que el actor nació el 19 de agosto de 1961, por lo que cumplió 52 años el mismo día y mes de 2013, por lo que los traslados horizontales efectuados con posterioridad, se realizaron cuando estaba en la prohibición de retornar al RPM; que se trasladó a Colfondos S.A. el 19 de agosto de 2013; que agotó reclamación administrativa ante Colpensiones el 8 de abril de 2021 y solicitó nulidad de traslado ante Porvenir, obteniendo respuesta negativa el 6 de junio de 2021.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* absolvió a las demandadas y llamada en garantía de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante. Lo anterior, por cuanto consideró que el



acto jurídico cumplió con los requisitos de validez, en el entendido que el traslado se dio precedido de la debida información por parte de las administradoras de pensiones, ya que conforme con el interrogatorio de parte rendido por el actor, el mismo manifestó que sabía que el RAIS constituía una cuenta de ahorro individual para proyectar su futuro pensional, no obstante, en el RPM era un fondo común, que tenía conocimiento del bono pensional, de que la inscripción de beneficiarios generaba que a futuro, el capital ahorrado fuera entregado a sus beneficiarios, que se producían unos rendimientos y que los traslados originados se efectuaron buscando una mejor rentabilidad y un mayor beneficio pensional, así como, que su motivación para retornar al RPM, era mejorar la mesada pensional. De igual forma, señaló la falladora de primer grado, que incluso se originaron actos de relacionamiento con cada uno de los traslados horizontales, cumpliéndose así con la sentencia proferida por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

Inconforme con la anterior determinación, la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se concedan las súplicas de la demanda, al considerar que la parte demandante nunca habló de tarifa legal, sino que para probar la debida información se podía hacer por cualquier medio de prueba, partiéndose de una premisa que nunca ha sido fijada, por lo que el fallo reposa en el interrogatorio de parte, evidenciándose un error de hecho en la valoración probatoria, pues se llega al a conclusión de forma parcializada, pues el actor señaló en el interrogatorio de parte que la premisa mayor dada a la primera asesoría fue la existencia del ISS y poder responder con el pago de las pensiones, por lo que solo se habla del conocimiento que se tenía del conocimiento del RAIS, los aportes voluntarios y extractos, en el entendido que si bien conocía ello, no se puede concluir que se brindara la debida asesoría, pues para que se originara tal situación, se debía hacer una comparación entre el RAIS y el RPM, advirtiendo, que el demandante dijo



que sabía, no por información del asesor, que en el ISS se fundaba en la solidaridad, pero no se concluye que se haya dicho en la reunión con el asesor comercial, concluyéndose que se lo dijo Porvenir y saber que la bolsa común, no significa saber los requisitos para pensionarse en el Instituto de Seguros Sociales, por lo que no se probó en la confesión que se haya hecho el comparativo y frente a los requisitos de pensión de cada régimen, partiéndose del conocimiento del RAIS y no del RPM, por lo que no se puede partir de un conocimiento total. Ahora bien, en lo que tiene con la doctrina probable, debe partirse que existe el precedente, sin que se desconozca los postulados de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral de Descongestión, deben existir tres pronunciamientos en el mismo sentido, pero en la actualidad no hay ningún pronunciamiento en su Sala Fija, es un precedente, pero no una doctrina y menos para aplicarse una ratio decidendi.

### CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.



Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga<sup>1</sup>, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional,

<sup>1</sup> “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

*“Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.”*

**Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que “Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud”.**

*Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

**En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.”.**



pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad tuvo el deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que las demandadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, debieron consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.



Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, considera la Sala igualmente oportuno señalar, que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*”, motivo por el que se ha de declarar la ineficacia del traslado.

Por consiguiente, la Sala declara la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como los traslados horizontales efectuados a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir adelante el medio exceptivo propuesto por las encartadas



denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adocinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

Frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora. Idéntica situación ocurre respecto de los gastos de administración cobrados durante la afiliación del actor por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y de Skandia Pensiones y Cesantías S.A., como quiera que fueron dichas administradoras quienes no brindaron la debida información al afiliado.



En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Aunado a lo anterior, debe indicarse que no se comparte la decisión a la que arribó la falladora de primer grado en lo atinente con que el traslado se efectuó previo cumplimiento al deber de información, en el entendido que si bien el demandante en su interrogatorio manifestó conocer ciertas características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como, que sus ahorros se depositaban en una cuenta de ahorro individual, que generaba rendimientos financieros, que si tenía beneficiarios, dichos dineros le correspondían a los mismos, que tenía conocimiento del bono pensional y que el RPM era un fondo común, también lo es, que para que se de en consentimiento informado, era necesario, que el actor tuviere conocimiento no solo de las características del RAIS, sino también, las características del RPM, las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, cuestiones que no se encuentran acreditadas al interior del proceso, tal como lo señaló el apoderado del demandante.

Ahora bien, es necesario precisar que tal como lo refirió la parte actora, si bien la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral de Descongestión refirió que existían los actos de relacionamiento, dentro de los que se incluyen, los traslados horizontales entre las diferentes administradoras del RAIS, también lo es, que tal posición fue rectificadas por la Sala de Casación Laboral permanente en sentencia con radicado No. 87911 del 2 de marzo de 2022, por lo que se debe revocar la decisión de primer grado en su integridad.



Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de ambas instancia únicamente a cargo de las demandadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

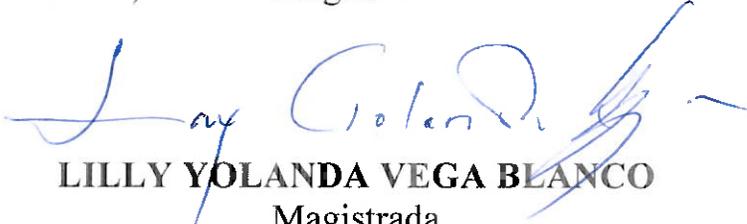
### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: REVOCAR** la Sentencia de primer grado para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante ADOLFO MARIO REYES MONROY al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrada con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como los traslados horizontales efectuados a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: ORDENAR** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a realizar el traslado del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, del valor de saldos, aportes, rendimientos y gastos de administración, que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a la historia laboral de COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a realizar el traslado del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con



Prestación Definida, del valor de los gastos de administración, que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a la historia laboral de COLPENSIONES, durante el término en que el actor se encontró afiliado con cada una de ellas. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante y a recibir el monto de aportes, saldos y rendimientos ordenados en el numeral anterior, activando la historia laboral en tal régimen. **QUINTO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **QUINTO. COSTAS** de ambas instancias a cargo únicamente de las encartadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías; para su tasación inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00, para cada una de ellas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

  
LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO  
Magistrada

  
LILLY YOLANDA VEGA BLANCO  
Magistrada

  
LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL  
Magistrado *Subscrito*  
*Procial*



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 110013105 032 2018 00007 01. Proceso Ordinario de Marisol Peña Luque contra Ortopédicos Futuro Colombia SAS. (Fallo de Segunda Instancia).**

En Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA:**

MARISOL PEÑA LUQUE convocó a ORTOPÉDICOS FUTURO COLOMBIA SAS, para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario previa declaración de contrato de trabajo, despido injusto e ineficaz y nulidad del acuerdo de terminación: reintegro; pago de indemnización por despido y de 180 días; cesantías e intereses; prima de servicios; vacaciones; bonificaciones; auxilios extralegales; indemnización moratoria; aportes a salud y pensión; plan complementario; perjuicios; e, indexación. Subsidiariamente pensión sanción.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,



## HECHOS:

Laboró para la demandada mediante contrato a término fijo de un año a partir del 21 de enero de 1997 y se prorrogó hasta el 15 de septiembre de 2010, al cual renunció por su condición de salud. El 23 de abril de 2012 suscribió nuevo contrato a término fijo de un año para desempeñar el cargo de coordinadora de talento humano, salario de \$2'472.000, en jornada de lunes a viernes de 8:00AM a 6:00 PM y sábados de 8:00 AM a 12:00 M, el cual terminó el 15 de diciembre de 2015 por mutuo acuerdo de transacción debido a cambio de razón social por venta de la empresa, firmándose posteriormente nuevo contrato a término indefinido a partir del 16 de diciembre de 2015 hasta el 15 de diciembre de 2016.

El 12 de junio de 2016 sufrió accidente común de fractura de tibia, peroné y maléolo posterior que le generó cirugía e incapacidad ininterrumpida de seis meses hasta el 14 de diciembre de 2016 cuando el médico ortopedista le sugirió continuar con tratamiento control y una nueva cirugía para retirar tornillos y platinos implantados, lo cual informó a su jefe inmediata, quien la citó el día 15 de diciembre de 2016 en un centro comercial manifestándole que la oficina se encontraba en remodelación, quien el día de la cita le informa que por su incapacidad contrató otra persona, haciéndole entrega de documentos de transacción y terminación sin justa causa, la primera por mayor valor y que si no la firmaba cancelaría el contrato de manera unilateral y la suma reconocida sería inferior.

Que firmó el acuerdo de transacción obligada y afectada emocionalmente por sus dolencias, recibiendo la suma de \$14'412.813.00 en la que se encontraba incluida la suma de \$9'500.000.00 por concepto del acuerdo transaccional.



Indica que debido a su desvinculación se vio afectada en su tratamiento y en las enfermedades que padecía por causa del estrés laboral, los cuales la empresa conocía.

### **ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

La demanda fue admitida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 2 de febrero de 2018. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderado procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos manifiesta que no los acepta o que no le constan; propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, cosa juzgada y prescripción.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 14 de marzo de 2019, **ABSOLVIENDO** a la demandada al considerar que la trabajadora al momento de firmar el acuerdo de transacción no presentaba ninguna incapacidad, gozando plenamente de sus facultades y derechos para discernir al momento de suscribir el acuerdo transaccional, que no vulneraba derechos ciertos e indiscutibles, siendo lo reconocido a ese título superior a lo que le hubiera correspondido si se hubiera terminado el contrato de manera unilateral sin justa causa. Impuso costas a cargo de la activa.

Inconforme con la decisión la apoderada de la activa interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.

### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**

Sostuvo la impugnante que la demandante al momento de firmar el acuerdo transaccional no se encontraba en plenas facultades e incapacitada hasta el día anterior, cuando lo que procedía era su reincorporación al trabajo, lo cual no



pudo hacer por cuanto se le impidió ingresar a las instalaciones de la empresa ya que fue citada por su superior directa en un sitio diferente para presionar a su renuncia mediante la firma del contrato transaccional, configurándose de esa manera un despido indirecto.

Sostiene que pese a que la demandante al momento de firmar no se encontraba incapacitada porque no había sido extendida, las lesiones producto del accidente no mejoran en plazo corto, por esa razón el médico ortopedista recomendó seguir en tratamiento e intervenciones futuras con el fin de seguir un proceso de rehabilitación por las lesiones sufridas por el accidente.

Que la demandada conocía el estado de salud de la trabajadora, el cual ha venido disminuyendo durante el transcurso del contrato laboral, patologías que se han enunciado en la demanda y que se encuentran en la historia clínica, que le genera estabilidad laboral reforzada.

#### **CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:**

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo; aunado a ello, no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

En los términos de la impugnación, lo primero que se debe dejar en claro por factor de competencia, en aplicación del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el pronunciamiento y decisión en la alzada recaerá en lo que es objeto de inconformidad para la recurrente, y en la forma que se encuentra planteada no tiene vocación de prosperidad.



La transacción es un mecanismo de autocomposición mediante el cual las partes directamente ponen fin una controversia o la evitan (artículo 2469 del Código Civil), con relevancia en materia laboral (artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo) cuando se trate de conflictos sobre derechos inciertos y discutibles dada su naturaleza transigible.

El negocio jurídico surge de la voluntad libre de las partes que al exteriorizarse produce los efectos consignados en el pacto, por lo tanto, sólo podrá considerarse su nulidad o invalidez cuando se acredite que adolece de los requisitos que determina la ley para que una persona pueda obligarse (Artículo 1502 del Código Civil) o la demostración de objeto o causa ilícita en la celebración del acto por desconocimiento o renuncia del trabajador de derechos ciertos e indiscutibles.

En lo que respecta al primer supuesto, valga decir, vicios del consentimiento, no existe prueba que acredite que el acuerdo celebrado los adolezca, por el contrario, los medios de convicción valorados en conjunto como lo exige el ordenamiento procesal legal vigente bajo el principio de la sana crítica, confluyen en concluir que el acuerdo transaccional lo suscribió libre y voluntariamente la trabajadora a sazón de percibir la bonificación ofrecida por la empleadora para poner fin al contrato de trabajo de mutuo acuerdo, como quedó plasmado en el documento de “acuerdo de terminación y contrato de transacción” (fls. 54-57).

No se acreditó que la extrabajadora hubiera sido sometida ha algún tipo de trato que afectara su voluntad con implicaciones de viciar su consentimiento, tampoco las supuestas circunstancias que aduce la forzaron e indujeron a la suscripción del acto, en la forma aseverada en la demanda e insiste la recurrente, por el contrario, de la realidad procesal se desprende que la terminación del contrato fue por mutuo consentimiento como se consignó en



acta de transacción, al reportarle beneficios económicos, como era el reconocimiento de una bonificación para precaver cualquier diferencia futura por la extinción del vínculo.

La terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo está autorizada por la ley, por esa razón nada impide que trabajador y empleador acuerden de manera voluntaria y libre finiquitar el contrato de trabajo de esta forma, así esa decisión esté motivada en algún tipo de contraprestación que el último ofrezca al primero, porque ese ofrecimiento tampoco es contrario a la ley, en la medida de que quien finalmente decide o acepta la propuesta es el trabajador, manifestando su decisión de terminar el contrato de trabajo, constituyendo este proceder un acuerdo de voluntades para dar por terminada la relación laboral que los ata.

Las apreciaciones subjetivas de la impugnante sobre la condición de salud de la accionante para endilgar que afectaron su voluntad en la suscripción del pacto, carecen de respaldo, ya que para esa data no presentaba ni a la fecha presenta definición proferida por profesional competente que conceptúe condición de salud durante la vigencia del vínculo en grado de discapacidad que limitara su salud física o psíquica al punto de viciar su consentimiento, condición de salud que tampoco se puede establecer de la historia clínica como desafortunada e infundadamente se aduce y pretende, ya que nada reporta al respecto y la jurisdicción carece de conocimientos para discernirla y no existe otro medio de convicción que legítima y válidamente permita determinarlo, por esa razón, no se puede concluir con acierto jurídico que la condición de salud afectara la psiquis de la empleada al punto de viciar su consentimiento al aceptar la suscripción del acuerdo transaccional.

Bajo el mismo derrotero, indemostrado que para la data de suscripción del acuerdo transaccional la empleada no presentaba una condición de salud en grado de discapacidad que limitara su salud física o psíquica, no surge el amparo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 con el alcance



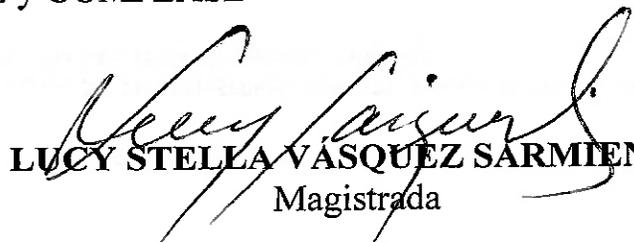
establecido en la Sentencia C-531 del 5 de mayo de 2000 que lo declaró exequible, pues ni siquiera la empleada presentaba una condición de debilidad manifiesta que le irrogara estabilidad laboral reforzada, requiriéndose para tales efectos como lo ha considerado la Sala Laboral de la Corte en reiterada y pacífica jurisprudencia, una discapacidad relevante (por lo menos moderada – entre el 15 y 25% de pérdida de capacidad laboral), ya que la estabilidad laboral reforzada no surge de cualquier padecimiento físico o sensorial que presente el trabajador, así lo reiteró en Sentencia SL 711 del 24 de febrero de 2021 dentro del radicado 64605.

Al no consolidarse el presupuesto que irrogan protección por discapacidad a los trabajadores, pues la ausencia del requisito relevante de pérdida de capacidad laboral por lo menos moderada entre el 15 y 25%, se tiene que concluir que el finiquito del contrato de trabajo no fue otra que la prerrogativa prevista en la normativa positiva del trabajo consignada en el “acuerdo de terminación y contrato de transacción”.

### DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que fue objeto de reparo para la impugnante. Costas en esta instancia a cargo de la activa, inclúyase la suma de \$100.000.00 por concepto de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

  
LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO  
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11001310500820180000701. Proceso Ordinario de Marisol Peña Luque contra Ortopédicos Futuro Colombia SAS. (Fallo de Segunda Instancia).

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-033-2017-00370-01. Proceso Ordinario de Evangelista Sanabria Olaya contra la Administradora Colombiana de Pensiones (Consulta Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de julio de 2019.

**ANTECEDENTES**

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, al contar con más de 750 semanas, a partir del cumplimiento de los 60 años de edad, esto es, a partir del 25 de mayo de 2016, junto con el retroactivo



pensional correspondiente; así mismo, solicitó el reconocimiento del 14% por personas a cargo, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso.

Como sustento de sus súplicas afirmó en su escrito de demanda, que nació el 25 de mayo de 1956, cumpliendo los 60 años el mismo día y mes de 2016, momento para el cual ya había cotizado un total de 1500 semanas, por lo que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con más de 15 años de servicios cotizados al ISS, así como que cumplía con los requisitos establecidos en el A.L. 01 de 2005, generándose un derecho adquirido, que elevó solicitud para el reconocimiento del derecho pensional el 3 de junio de 2016, la que fue desatada de forma negativa por la encartada mediante resolución GNR 265395 de 2016, bajo el sustento que no contaba con la edad para la pensión, decisión contra la que se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación; que el recurso de reposición fue desatado mediante acto administrativo GNR 317643 de 2016; que el demandante tiene derecho a la concesión del 14% por cónyuge a cargo señora Adelfa Moreno Sanabria; que el actor no cuenta con copia de la resolución que resolvió el recurso de apelación.

El aquo absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por cuanto consideró que en el asunto se acreditaba la fecha de nacimiento del actor, así como, que el actor es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como acredita la densidad de semanas necesarias establecidas en el Acto Legislativo 01 de 2005; sin embargo, no acreditó el cumplimiento de los 60 años de edad con anterioridad a diciembre de 2014, ya que este requisito fue acreditado hasta el 25 de mayo de 2016, por lo que en dicho evento pierde el régimen de transición y por ello no



se generó derecho al reconocimiento de la pensión de vejez deprecado. Así mismo, como el reconocimiento del incremento pensional dependía directamente de la concesión del derecho pensional conforme con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, no es procedente la concesión del 14%.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a las peticiones del demandante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**

Dicho lo anterior se debe analizar, si efectivamente, el actor es beneficiario del régimen de transición. En ese sentido, cumple recordar que la Ley 100 de 1993, estableció en su artículo 36 un beneficio, en virtud del cual, los afiliados del régimen de prima media, que al momento de su entrada en vigencia estuvieran próximos a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pudieran pensionarse de conformidad con el régimen anterior al cual se encuentran afiliados, por resultarles más favorable. De manera que para ser beneficiario de dicho régimen y así quedar exento de la aplicación de la Ley 100 de 1993 en lo referente a la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de vejez, se requiere cumplir de manera disyuntiva el requisito de edad <<35 años para el caso de las mujeres y 40 para el caso de los



hombres>> o el de tiempo de servicios cotizados <<15 años de servicios o cotizaciones>>.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que el régimen de transición estaría vigente hasta el 31 de julio de 2010, a efectos de proteger las expectativas legítimas de quienes estuvieran próximos a pensionarse. Sin embargo, estableció que quienes cumplieran con los requisitos para beneficiarse del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y que al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005), tuvieran cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, tendrían derecho a beneficiarse de dicho régimen hasta el año 2014. Por esta razón, si quien reclama el reconocimiento pensional se encuentra cobijado por el régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, en primer lugar debe demostrar que alcanzó el derecho pensional al 31 de julio de 2010, sino lo logra acreditar para esa fecha, le queda la opción de haber efectuado cotizaciones por 750 semanas o más para el momento en que el referido Acto Legislativo entró a regir, es decir, hasta el 25 de julio de 2005, con el fin de que la protección se le extienda hasta el año 2014 y, si finalmente no logra demostrar que la prestación pensional la alcanzó en esa última data, el derecho se debe estudiar con el régimen legal contenido en la Ley 797 de 2003.

En el asunto, acorde con la historia laboral visible a folios 9 a 11 y 59 a 65 del plenario, se acredita el cumplimiento del requisito de semanas cotizadas por parte del actor para ser beneficiario del régimen de transición, como quiera que incluso al 1° de abril de 1994, el señor EVANGELISTA SANABRIA OLAYA cotizó un total de 789.00 semanas, por lo que cumple el presupuesto de los 15 años de servicios establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como el de las



750 semanas del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que en principio el actor es beneficiario del régimen de transición, advirtiendo, que la normatividad anterior para las personas que efectuaron aportes al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, es el normado en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Así las cosas, se tiene que el artículo 12 del Decreto en cita establece que tienen derecho a la pensión de vejez quienes llegaren a la edad de sesenta (60) años si son hombres, o cincuenta y cinco años (55) si son mujeres y; hubieren efectuado al menos cotizaciones equivalentes a quinientas (500) semanas en los veinte (20) años previos al cumplimiento de la edad requerida, o mil (1.000) semanas de cotización en cualquier tiempo.

De acuerdo con lo anterior, en efecto el actor acredita la densidad de semanas cotizadas, ya que atendiendo la historia laboral visible a folio 59 a 65, por cuanto el señor Sanabria Olaya cotizó un total de 1.505.14 semanas durante su vida laboral, por lo que supera con creces las 1.000 semanas requeridas en la norma anterior; sin embargo, no ocurre lo mismo respecto a la edad de 60 años, como quiera que este presupuesto lo acreditó hasta el 25 de mayo de 2016, de acuerdo con el registro civil de nacimiento que reposa en las diligencias<sup>1</sup>, por lo que al no acreditarse el estatus de pensionado, entendido este como edad y densidad de semanas cotizadas al último día de diciembre de 2014, el actor perdió el régimen de transición y por tanto no es procedente la concesión de la pensión de vejez de conformidad con lo normado en el Decreto 758 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, advirtiendo que tal como lo indicó el Juzgador de primera instancia, no es viable extender el régimen de transición como lo pretende el actor con posterioridad al año 2014, teniendo en cuenta que el Acto Legislativo 01

---

<sup>1</sup> Cfr. Fl. 21.

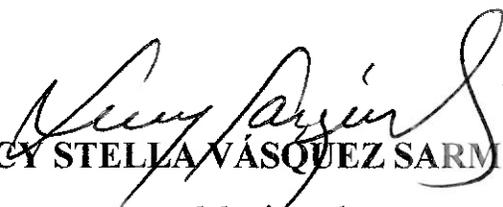


de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, impuso tal limitante a la transición, siendo el A.L., de categoría superior al Decreto 758 de 1990, por lo que se impondrá la absolución de los pedimentos del escrito de demanda, enfatizando, que tampoco es procedente la concesión del incremento pensional del 14% por personas a cargo, teniendo en cuenta que al actor le fue reconocida la prestación conforme con la Ley 797 de 2003 y como no hay lugar a la concesión de la prestación de acuerdo con lo regulado en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera instancia quedan a cargo del demandante y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta.

### **DECISIÓN:**

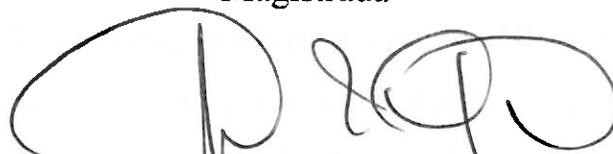
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia apelada, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. Sin **COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta y las de primera estarán a cargo del demandante. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada



  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**

Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**

Magistrado



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 033 2019 00158 01. Proceso Ordinario Javier Rodríguez Quintero Giraldo contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandada AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad y/o ineficacia del régimen que realizó el 30 de junio de 1995 a Colfondos S.A. por la indebida y nula información que suministró para convencerlo de que se trasladara de régimen pensional, y que la única afiliación válida es la efectuada a Colpensiones; se ordene a las



demandadas realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen, se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual

Como sustento de sus pretensiones, afirmó e síntesis que nació el 15 de marzo de 1957, que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales de manera ininterrumpida desde el año 1977 hasta el 30 de junio de 1995, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Afirmó que el representante de la AFP Colfondos S.A. jamás le suministró una información completa y comprensible sobre la elección de régimen pensional, los requisitos para obtener la garantía de la pensión mínima sino reunía el capital necesario para la pensión de vejez; ni tampoco le informó acerca de los requisitos para la devolución de saldos, ni el derecho que tenía a retractarse.

Indicó que para el mes de enero de 2001 se trasladó a la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., cuyo representante tampoco le brindó una información completa y comprensible sobre la elección de régimen pensional, a fin de ilustrarlo acerca de las diferentes alternativas con sus beneficios.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones<sup>1</sup> adujo en su defensa que el sistema general de pensiones busca proveerle a sus afiliados la posibilidad de que sean cobijados por la contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte, a través de cualquiera de sus regímenes de acuerdo con el derecho a la libre escogencia, aceptando las condiciones de cada uno de ellos que la normatividad que regula

---

<sup>1</sup> Cfr fls 103 a 116 del expediente físico.



el RAIS se encuentra establecida en la Ley a disposición de todos y que de acuerdo con el artículo 9° del Código Civil, la ignorancia de la ley no es excusa. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías<sup>2</sup>, adujo en su defensa en síntesis que la afiliación del demandante fue producto del derecho a la libre escogencia y que sus asesores comerciales le brindaron una asesoría integral. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios en el consentimiento, prescripción de la acción, compensación y pago, entre otras.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.<sup>3</sup> señaló en esencia que el traslado del demandante se produjo con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios, y las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad del demandante, realizado el 30 de junio de 1995 con la AFP Colfondos S.A. y que se encontraba efectivamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; ordenó a la AFP Porvenir S.A. efectuar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual demandante, con sus rendimientos, intereses y cuotas de administración; y ordenó tanto a la AFP Porvenir S.A. como a la AFP Colfondos S.A. que

<sup>2</sup> Cfr fls 146 a 164 del expediente físico.

<sup>3</sup> Cfr fls 166 a 183 del expediente físico.

realice el traslado de las cuotas de administración, para lo cual conminó a Colpensiones para que realice las gestiones necesaria tendientes a su cobro.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

### **FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS**

El apoderado de la AFP Porvenir S.A. aduce en primer término que se desconoce el principio de confianza legítima en la medida que mediante jurisprudencias se fijan tarifas probatorias a pesar de no ser su función, al darle al documento un elemento probatorio y exigirle a su representada pruebas documentales de la información que se le suministró al demandante, a pesar de que para el momento del traslado tan solo se requería la información suministrada en los formulario de afiliación.

De otra parte, aduce que existe una contradicción entra la parte motiva y la parte resolutive de la sentencia, en tanto que, sí se supone que el demandante nunca estuvo afiliado al régimen de ahorro individual, no se debieron generar los rendimientos financieros que se le está obligando a trasladar su representada.

Señala en el mismo sentido que no resulta admisible que los efectos de la ineficacia en sentido estricto opere solo frente a una parte y para la otra no; toda vez que conforme con el artículo 1746 del Código Civil, las cosas se deben retrotraer a su estado original y cada parte es la responsable de la pérdida de sus frutos e intereses; motivo por el que se debió ordenar al demandante responder por los rendimientos generados so pena de generar un enriquecimiento sin causa.



Agregó que los gastos de administración no financian pensiones, de manera que no son objeto de restitución y no gozan de la protección de imprescriptibilidad; de manera que por lo menos se debió declarar la prescripción trienal.

Finalmente sostuvo en relación con la condena en costas, se incumple lo indicado en el artículo 366 del C.G.P. en la medida que se asume como una sanción, cuando la Corte Constitucional señala la objetividad de dicha condena.

Por su parte el apoderado de Colpensiones solicitó se revoquen las condenas impuestas en contra de su representada, para lo cual sostiene en primer término que de trasladarse el demandante al régimen de prima media con prestación definida se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema y se desconoce el mandante legal que prevé la prohibición de trasladarse contenido en la Ley 797 de 2003, dado que el accionante se encuentra inmerso en la misma.

Afirma que si bien la Corte Suprema impone el deber del buen cuidado por parte de las administradoras, también lo es que los ciudadanos tienen obligaciones como afiliados y la información que alega el demandante no haber recibido se encuentra en la Ley 100 de 1993 y normas subsiguientes de conocimiento público y de obligatorio cumplimiento.

Aduce que las AFP privadas cumplieron con los requisitos normativos que les eran exigibles para la época del traslado, pues para la época en que se produjo el traslado únicamente se exigía la información que consta en el formulario de afiliación; no pudiéndose la AFP negarse a trasladar las personas que cumplen con los requisitos y hacen la solicitud



## **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

## **CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que, tal como lo puso de presente, la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.



Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga<sup>4</sup>, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que

<sup>4</sup> “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

*“Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.”*

***Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que “Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud”.***

*Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

***En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.”.***



al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante advertir en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida, de manera que no es de recibo el argumento que sobre el particular expone la apoderada de Colpensiones.

En tal sentido, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un



documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Colfondos S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, si es que pretendía con la sola suscripción de tal documento dar cumplimiento a la totalidad de sus obligaciones legales, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas; exponiendo en todo caso de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97.

Ahora; el hecho de que se considere que el formulario de afiliación no permite establecer que las Administradoras de Fondos de Pensiones hubieren cumplido el deber de información, contrario a lo que plantea el apoderado de la AFP Porvenir S.A., ello en modo alguno implica algún resquicio de sistema de tarifa legal, pues para la acreditación de tal obligación cuentan con cualquiera de los medios de prueba establecidos en la ley, siempre que resulten idóneos para tal fin.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a*



*la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, por tanto, como el vicio surge desde el mismo momento de la afiliación ningún efecto tiene asesorías posteriores sobre las implicaciones del traslado; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado.*

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Colfondos S.A., y como consecuencia de ello, de los traslados que posteriormente se efectuaron dentro del mismo régimen, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que, como el demandante se encuentra válidamente afiliado a la AFP Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, así mismo, la AFP Colfondos S.A. deberá trasladar a Colpensiones, los valores que descontó por concepto de gastos de administración mientras el demandante estuvo afiliado a ésta motivo por el que ningún reproche merece a la Sala la



determinación que sobre tal aspecto acogió el servidor judicial de primer grado.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si el demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”* lo que de contera permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.



Ahora, en tanto que el apoderado de la demandada Colpensiones aduce que la consecuencia de la ineficacia del demandante produce la descapitalización del régimen de ahorro individual; pero que en todo caso tales implicaciones no las debe soportar el afiliado, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

En este mismo sentido, debe advertirse que en tanto el objeto del presente proceso es la declaratoria de la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual y que la demandada Colpensiones no participó en dicho acto jurídico, sino que su intervención se hace necesaria en la medida que es el actor del sistema de pensiones al que debe retornar el afiliado, no puede considerársele sustancialmente como parte vencida y por ende tampoco resulta procedente imponerle condena en costas en los términos del artículo 366 del C.G.P., razón por la que también se confirmará en este aspecto la decisión de primera instancia.

Ante la improsperidad del recurso de apelación, las costas en esta instancia se encuentran a cargo de la AFP Porvenir S.A.

### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE



BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

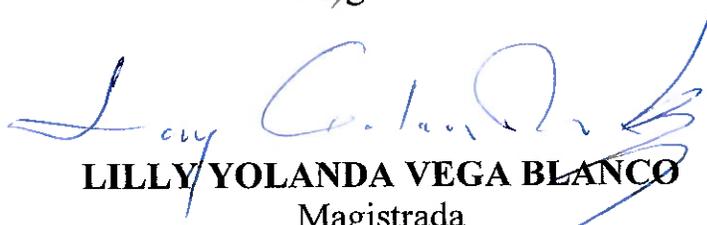
**PRIMERO.- PRIMERO.- ADICIONAR** la sentencia recurrida a efectos de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

**TERCERO.- COSTAS** a cargo de la AFP PORVENIR S.A., para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$600.000,00

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado *Sdos votos*  
*gomeid*



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-034-2018-00378-01. Proceso Ordinario de Diana Consuelo del Pilar Lozada Galarza contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas Colpensiones y Skandia S.A. frente a la sentencia proferida por el Juzgado 2° Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de noviembre de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de lo anterior, se tenga como válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con



Prestación Definida, condenándose a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 21 de diciembre de 1963, estando afiliada al RPM por el tiempo comprendido entre el 2 de abril de 1987 y el 31 de octubre de 1996, aportando un total de 472 semanas; que se trasladó a Protección a partir del 25 de febrero de 1997, trasladándose a Porvenir S.A. con posterioridad y encontrándose vinculada al momento de radicar la demanda a la AFP Old Mutual, cotizando en el Sistema General de Pensiones un total de 1.507.43 semanas; que el traslado no estuvo precedido de una decisión informada, autónoma y consciente, ya que no se le informó sobre las consecuencias del mismo y el impacto en su mesada pensional; que elevó derecho de petición ante Protección el 8 de noviembre de 2017, en la que solicitó se hiciera entrega de la copia del formulario de afiliación, las variables para determinar su mesada pensional y proyección respecto de la mesada que le correspondería tanto en el RAIS, como en el RPM, al igual, que se hiciera entrega de los documentos que soportan la asesoría brindada, peticionando además, se declare la nulidad o ineficacia del traslado; que se emitió respuesta mediante oficio del 22 de noviembre de 2017, en la que se hizo entrega del formulario de afiliación, le mencionó que estuvo vinculada al fondo por el período comprendido entre el 25 de febrero de 1995 y el 19 de enero de 2000, sin hacer entrega de los documentos que soportan la debida información; que elevó derecho de petición ante Old Mutual el 7 de julio de 2017, en la que solicitó se hiciera entrega de la copia del formulario de afiliación, las variables para determinar su mesada pensional y proyección respecto de la mesada que le correspondería tanto en el RAIS, como en el RPM, obteniendo respuesta el 28 de julio de 2017, quien le indicó que ha estado vinculado a la misma en dos oportunidades, la primera por el interregno comprendido entre el 1º de septiembre de 2013 y el 31 de



diciembre de 2014 y la otra a partir del 1º de febrero de 2017, mencionando que bajo la modalidad de retiro programado a los 57 años la mesada sería por la suma de \$1.955.000, no obstante, en el RPM a la misma edad, ascendería al monto de \$4.416.000, por lo que ante tal respuesta, elevó nuevo derecho de petición ante la misma sociedad el 9 de noviembre de 2017, en la que solicitó se aportaran los documentos que sirvieron de base para su asesoría y que se declarara la nulidad o ineficacia del traslado, emitiéndose respuesta negativa mediante oficio LC-3224 del 30 de noviembre de 2017, por cuanto se habían aceptado las condiciones del RAIS; que elevó solicitud de nulidad o ineficacia de traslado ante Colpensiones el 9 de noviembre de 2017, la que fue desatada de forma desfavorable en la misma fecha.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la AFP Davivir hoy Protección S.A., y ordenó a Old Mutual hoy Skandia S.A. a trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración causados durante la vinculación de la actora al RAIS y ordenó que Colpensiones aceptara el traslado, sin solución de continuidad, consolidando su historia laboral. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.



Inconformes con la anterior decisión, las apoderadas de las demandadas Colpensiones y Skandia S.A., interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

La apoderada de Skandia Pensiones y Cesantías S.A. interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida, en lo atinente con los gastos de administración, pues señala que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en los dos regímenes pensionales se permite descontar dicho dinero y en el RAIS, se dirige dicho dinero a pagar unos gastos de administración, una prima de reaseguros y primas respecto de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, además, además que con el Decreto 692 de 1994, artículo 36 que indica la distribución de las cotizaciones, que busca mantener las reservas para las pensiones y los gastos de administración, por lo que si bien la demanda giró en torno a la ineficacia y la Corte indica que es devolver las cosas a su estado inicial, se debe tener en cuenta que debe realizarse una ponderación por los principios de confianza legítima, debido proceso y buena fe que tuvo Skandia, pues la demandada ha actuado de buena fe con la demandante, realizando una buena administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante, administración que ha estado direccionada a retribuir todas las funciones pensionales que ostentan las administradoras, más aún, de advertirse que los gastos de administración no son del afiliado, no sirven para financiar la pensión de vejez, ya que en los dos regímenes dicen tales porcentajes es en favor de las administradoras de pensiones, generándose un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones, pues habría un pago de lo no debido, al recibir un pago de dineros que no administró, aunado, con que se generaron unos rendimientos previo el cumplimiento de todas las obligaciones por la administradora de pensiones. Así mismo, afirmó que al ordenarse la devolución de tales gastos, se afecta el principio de confianza legítima y debido proceso, pues al devolverse una suma que tiene titular definido, enfatizando que Skandia realizó la administración de todos los valores de la



cuenta de ahorro individual, por lo que no es viable devolver los dineros, enfatizando, que con la afiliación de la demandante no se causó ningún perjuicio, pero con la decisión sí se generaría perjuicio patrimonial a la demandada, pues debe tomar dinero de su patrimonio, para cubrir la obligación impuesta.

Por su parte, la apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación para que se revoque el fallo proferido y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda, ya que en primer lugar un trabajador por derecho a la libre escogencia del Régimen pensional en aplicación a la Ley 100 de 1993, puede optar por el RPM o el RAIS, de conformidad con norma vigentes y condiciones laborales y económicas, pero de advertirse que no es el régimen que le conviene, se puede trasladar una vez cada 5 años, contados a partir de la afiliación inicial y hasta cuando le faltare 10 años para adquirir derecho pensional, conforme con el artículo 13 y modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y en segundo lugar, no se puede alegar la nulidad, pues se trata de un punto de derecho que no vicia el consentimiento y frente a la ineficacia, el traslado se dio de forma libre y voluntaria, cumpliendo con los requisitos al momento del traslado, pues con la circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Bancaria, que en virtud del Decreto 692 de 1994, el diligenciamiento del formulario era el único documento sustancial para el traslado, pues se consignaba la voluntad del afiliado y en aplicación a la libre escogencia, el afiliado acepta las condiciones del mismos y el desconocimiento de alguna de las características no es suficiente para solicitar la nulidad de traslado al no estar en concordancia con lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia C 993 de 2006, frente a que la ignorancia de la Ley no es excusa, ni vicia el consentimiento, por lo que la parte que lo suscribió debe acogerlo en su integridad, por lo que bajo tal derrotero, debe tenerse en cuenta que el RPM y el RAIS, tienen diferente distribución del aporte, por lo que fueron 24 años en los que no se financió las pensiones y no



cohró gastos de administración, poniéndose en riesgo el sostenimiento pensional en caso de regresar a Colpensiones, pues el punto de controversia, es la diferencia en el monto del derecho pensional, afectándose la sostenibilidad conforme con la sentencia SU 062 de 2010, pues en materia de traslado se indica que nadie puede resultar subsidiado por otros aportes efectuados en el RPM, poniendo de presente que el único perjudicado sería Colpensiones.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado,



información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> "(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

*Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

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

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)".*

*"...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante*



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de

---

*para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..." (Subrayado de la Sala).*



trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que las administradoras Davivir hoy Protección S.A., la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Old Mutual hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., debieron consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la



*ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Davivir hoy Protección S.A., así como los traslados horizontales efectuados a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a Old Mutual hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir adelante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. En igual sentido, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.



Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es Old Mutual hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado.

Frente al anterior punto, debe precisarse que si bien esta Sala de Decisión ha impuesto la condena a la devolución de gastos respecto de cada una de las administradoras privadas a las que ha estado vinculada el o la afiliada, de acuerdo con su tiempo de permanencia, también lo es, que la devolución de tal concepto durante toda la afiliación al RAIS, no fue objeto de controversia mediante el recurso de apelación por parte de la interesada Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., por lo que tal decisión debe mantenerse inmutable, pudiendo dicha administradora, proceder con el recobro respectivo a las restantes sociedades a las que se afilió la señora Diana Consuelo del Pilar Lozada Galarza.



Ahora bien, frente a la sostenibilidad financiera del RPM, debe advertirse que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación del actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos conceptos y no la administradora privada, sin que ello genere un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones, pues se reitera, nunca existió la afiliación al RAIS y por ende su obligación de pago a las administradoras del mismo régimen pensional.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con que la ignorancia de la Ley no es excusa para declarar la ineficacia de traslado, así como que se trata de un punto de puro derecho que no afecta con nulidad, pues no se evidencia la vulneración a los vicios del consentimiento, debe advertirse, que tales postulados no son acertados, en el entendido que conforme se ha hecho referencia a la jurisprudencia emitida por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, la misma no advierte la ignorancia de la ley, ni la vulneración a los vicios del consentimiento, pues se plantea tal línea jurisprudencial, frente a la vulneración a la falta al deber de información



que debieron brindar las administradoras de pensiones privadas, pues el fin último del afiliado, es lograr obtener su derecho pensional.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera instancia estarán a cargo de las demandadas y las de esta instancia quedan a cargo únicamente de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.

### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS** de primera instancia están a cargo de las encartadas y las de esta instancia, quedan a cargo únicamente de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

  
LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO  
Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-034-2018-00378-01. Proceso Ordinario Diana Consuelo del Pilar Lozada Galarza contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

  
LILLY YOLANDA VEGA BLANCO  
Magistrada

  
LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL  
Magistrado *Consuelo del Pilar*



*República de Colombia*

## TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

### SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001310503520150105201. Proceso Ordinario de José Aladino Avendaño Gómez contra Edificio Banco de Colombia Calle Catorce. (Fallo de Segunda Instancia).**

En Bogotá D. C., treinta y uno (31) mayo de dos mil veintidós (2022), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

#### **SENTENCIA:**

JOSÉ ALADINO AVENDAÑO GÓMEZ convocó a EDIFICIO BANCO DE COLOMBIA CALLE CATORCE para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de existencia de contrato de trabajo en la forma solicitada: salarios; vacaciones; cesantías e intereses; dotaciones; prima de servicios; indemnización moratoria; aportes a pensión; y, trabajo extra y en días de descanso obligatorio.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

#### **HECHOS:**



Prestó servicios a la convocada mediante contrato verbal desde el 1 de enero de 1990 hasta el 31 de diciembre de 2013 para realizar labores de conserje, ascensorista, vigilante y portero de la copropiedad, de lunes a domingo con horario rotativo desde las 8:00 am a las 6:00 pm y de 6:00 pm a 8:00 am, impuestas por el representante legal y consejo de administración.

El empleador para evadir la relación laboral le hizo firmar un contrato de prestación de servicios, imponiéndole el pago de salud, pensión y riesgos profesionales, horario de 24 horas diarias de lunes a domingo, con salario mensual de \$189.000.

En el contrato de prestación de servicios se le impuso que debía cotizar a seguridad social sobre dos salarios mínimos pese a que el valor mensual devengado no le alcanzaba para cumplir esa obligación, así como también se le exigió una garantía de responsabilidad extracontractual y una póliza de cumplimiento, las cuales nunca fueron exigidas para la ejecución y constitución del contrato.

Desde el 31 de diciembre de 1990 hasta el 31 de diciembre de 2013, el contrato de prestación de servicios firmado con la demandada se prorrogó de manera automática, las actividades encomendadas fueron siempre realizadas de manera personal, sin delegación o sustitución, bajo la supervisión y subordinación del representante legal de la copropiedad.

Durante la vigencia del contrato de prestación de servicios la convocada evadió el pago de aportes a salud, pensión, dotación y prestaciones sociales.

#### **ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

La demanda fue admitida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 17 de marzo de 2016. Notificada en legal forma



y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderado procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos sostuvo que aceptaba unos y otros no; propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, buena fe, mala fe, cobro de lo no debido, ausencia de causa y prescripción.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 1 de abril de 2019, ABSOLVIENDO de las pretensiones e impuso costas a cargo de la activa.

Inconforme con la decisión el apoderado de la activa interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.

#### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**

Sostuvo el impugnante que si bien la convocada firmó contrato con la sociedad AVEMART LTDA., lo fue realmente con el demandante como persona natural para prestar los servicios de celaduría y consejería, los cuales no pueden ser prestados por persona natural, y si bien no se planteó en el escrito genitor, se expuso en alegaciones que AVEMART LTDA. tenía dirección de notificación el mismo edificio de la convocada, por lo tanto el aquo debió aplicar el principio ultra y extra petita y concluir la fachada planeada para que el demandante cumpliera las funciones de celador del edificio, quedando de esa manera acredita la prestación personal del servicio y por ende aplicable la presunción de que se encontraba regida por contrato de trabajo de acuerdo con el artículo 24 del estatuto sustantivo laboral, ya que la convocada no logró desvirtuarla teniendo la carga probatoria de hacerlo.

Afirma que AVEMART LTDA sirvió simplemente de fachada para encubrir el vínculo laboral subyacente, pues se conformó con el demandante y su cónyuge, quién ejercía las funciones de socio y empleado, resultando ilógico



ejerciera esas actividades siendo el dueño mayoritario de la empresa, y como sostiene el demandante en su interrogatorio de parte, fue un administrador de la convocada el que creó la empresa, cuestionando su grado de escolaridad para ese tipo de negocios.

Las actividades asignadas no eran accidentales ni transitorias, sino que tenían vocación de permanencia y eran de marcada importancia como se demostró, actividad que corroboró el testimonio del vendedor callejero quién por su actividad desde las 8:00 am a 8:00 pm, constataba el ingresos y salida del vigilante de las instalaciones de la convocada.

#### **CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:**

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo ya que no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

En punto a lo que constituye objeto de reparo en alzada, es menester tener presente que la acreditación del servicio que compete a quien reclama la existencia del contrato de trabajo, si bien constituye el presupuesto de su presunción, ésta no es prueba del contrato de trabajo, considerando “*que las presunciones no son medios de prueba sino que, más bien, son un razonamiento orientado a eximir de la prueba. Se podría decir, en suma, que las presunciones no son un medio de prueba pero sí tienen que ver con la verdad procesal*” <<Sentencia C-731 del 12 de julio de 2005>>, precisamente porque lo que consagran las presunciones son la transformación de la carga de la prueba, es decir, que en quien recae, en este caso, a quien se endilga la condición de empleador, a través de los medios de convicción desvirtuarla,



pues son estos los que legítima y válidamente constituyen el soporte para resolver el entuerto jurídico, a voces de lo normado en el ordenamiento procesal jurídico y Superior, que para los intervinientes en juicio constituyen el instrumento a través del cual ejercen su derecho de contradicción y defensa, y para el encargado de dirimir la controversia su soporte, ya que toda decisión debe sustentarse en los medios probatorios oportunamente allegados a la controversia, como lo consagra el artículo 164 del ordenamiento procesal general, lo que significa que el operador judicial debe resolver sobre la viabilidad del derecho sometido a consideración, única y exclusivamente con sujeción a los medios probatorios que fueron solicitados, decretados y evacuados para soportarlo o desconocerlo, pues esta es su finalidad.

En Sentencia SU 132 del 26 de febrero de 2002 la Corte Constitucional, expresó “(...) *si bien es cierto que la Constitución en su artículo 228 establece que en las actuaciones de la administración de justicia el derecho sustancial prevalece sobre las formas, también lo es que por el fin que éstas cumplen en relación con el primero, no pueden ser desconocidas sin fundamento alguno, ni consideradas como normas de categoría inferior. La finalidad de las reglas procesales consiste, entonces, en otorgar garantías de certeza a la demostración de los hechos que fundamentan el reconocimiento de los derechos sustanciales y este propósito claramente obtiene respaldo constitucional, como así lo ha expresado esta Corporación: ‘Una cosa es la primacía del derecho sustancial, como ya se explicó, y otra, la prueba en el proceso de los hechos y actos jurídicos que causan el nacimiento, la modificación o la extinción de los derechos subjetivos, vale decir, de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Pretender que el artículo 228 de la Constitución torna inexecutable las normas relativas a la prueba, o la exigencia misma de ésta, es desconocer la finalidad de las pruebas y del proceso en sí’*”.



La prestación del servicio que exige el artículo 23 del ordenamiento positivo como elemento esencial del contrato de trabajo, es la personal -intuitu personae- que sólo es atributo de las personas naturales por existir en el espacio físico, del cual carecen las personas morales por cuanto sólo existen en el mundo jurídico, tal como lo establece el artículo 22 ibídem al consagrar que en el contrato de trabajo una persona natural se obliga a prestar un servicio a otra persona, natural o jurídica.

Así las cosas, aunque la acreditación de la prestación personal del servicio es una carga procesal de la activa, no significa que constituya prueba para endilgar que estuvo regida por contrato de trabajo, ya que la accionada a quien se le endilga la condición de empleadora, puede desvirtuar que no los prestó o que no fueron subordinados como elemento que lo caracteriza e identifica, de suerte que si así sucede, no produce efectos la presunción legal estatuida en el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo para concluir que los servicios prestados se rigieron por contrato de trabajo.

La prueba obrante a los autos, valorada en conjunto como lo exige el ordenamiento procesal laboral vigente bajo el principio científico que informa su sana crítica, permite concluir sin dubitación que las labores o actividades que realizó el accionante en la convocada, no mutó a contrato de trabajo, por ausencia de los requisitos previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

No admite reparo que el actor cumplió actividades en las instalaciones de la convocada, pero no por cuenta de ésta, sino de la persona jurídica de la que ostentaba la condición de representante, lo que automáticamente desnaturaliza el elemento de la prestación del servicio a título intuitu personae que el ordenamiento positivo del trabajo exige para la configuración del contrato de trabajo, así lo deja en evidencia la testimonial recepcionada y la prueba documental adosada que refiere la existencia de la persona jurídica



AVEMART LTDA., su representación legal en cabeza de aquél que en esa condición suscribió la prestación de los servicios para la convocada, contratando personal a su discrecionalidad para su acometimiento como verdadera empleadora al afiliarlo en esa condición al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales (fls. 356-360).

En esa misma condición asumió los servicios que bajo la titulación de contrato de prestación de servicios rubricó a título personal, ya que las cuentas de cobro por su ejecución hasta su finalización, las reclamó por cuenta de la persona jurídica AVEMART LTDA. de la cual era socio y representante legal (fls. 251 y ss).

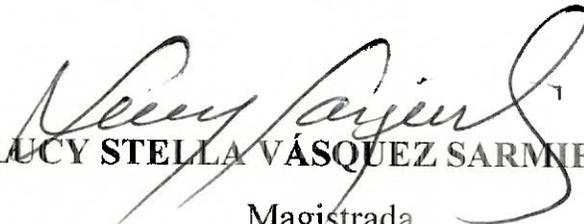
En ese derrotero no admite reparo que los servicios que realizó el actor en las instalaciones de la convocada, no fue por cuenta de ésta ni a título de prestación de un servicio personal, sino por cuenta del ente societario del cual era parte y a su vez representaba, quedando al traste cualquier inconformidad sobre su existencia y modalidad de prestación del servicio, pues no existe prueba alguna de que la vinculación así presentada y corroborada haya sido disfrazada como aduce el impugnante, aspecto que correspondía demostrarlo en virtud de la carga de la prueba que le asiste, lo cual no hizo, limitándose a informar lacónicamente esa situación, y en esos términos tampoco resulta de recibió su manifestación de que por aparecer en el certificado de existencia y representación como lugar de funcionamiento el de la convocada, constituya motivo suficiente para afirmar que la sociedad fue disfrazada, porque, i) no fue un aspecto ni siquiera planteado en el escrito genitor como expresamente lo acepta, por lo tanto mal puede argüir que el aquo diera aplicación a la facultad ultra y extra petita que sólo a él compete, considerando que para ello como lo establece el artículo 50 del ordenamiento adjetivo del trabajo, se requiere el cumplimiento de unos requisitos, el primero de ellos, que haya sido hechos de la demanda, se hayan debatido y aparezcan debidamente probados, que no es lo que acontece frente a esa situación; y, ii) ese hecho tampoco es

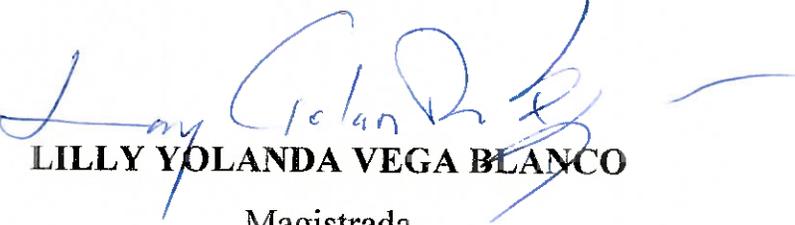


suficiente para concluir que la sociedad fue disfrazada, pues nada impide que dos personas jurídicas puedan funcionar autónomamente en las mismas instalaciones o sedes; lo que automáticamente también derruye su consideración frente al dicho del testigo Fabio Español Barón, quién sólo pudo dar versión de una apreciación subjetiva, por el simple hecho de haber visto al actor en las instalaciones de la demandada y por la información que aquél le suministraba, más no sobre apreciación directa de la forma como se presentó y realizó la actividad entre las partes.

### DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia de primera instancia. Costas de instancia a cargo de la activa, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$1'000.000.00. Esta sentencia se notificará por Edicto.

  
LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO  
Magistrada

  
LILLY YOLANDA VEGA BLANCO  
Magistrada

  
LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL  
Magistrado



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 039 2020 00098 01. Proceso Ordinario Gabriel Ignacio Franky Silva contra Colpensiones y otras (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad el 22 de octubre de 1995 y que para todos los efectos legales nunca se trasladó a dicho régimen y siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; se



condene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a la administradora del régimen de prima media con prestación definida, Colpensiones, todos los valores de la cuenta de ahorro individual con prestación definida, junto con los gastos de administración, incluidos todos los gastos de administración y saldos financieros que tenga en su cuenta de ahorro individual debidamente indexados.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de enero de 1983 hasta el 22 de octubre de 1995, fecha en la cual firmó solicitud de vinculación al fondo de pensiones Porvenir S.A.

Indicó que en la empresa en que prestaba servicios se hizo presente aun Asesor de Porvenir S.A. para ofrecer a los trabajadores que se trasladaran a dicho fondo por ser un sistema pensional más beneficioso; y además le ofreció parte del capital como excedente de libre disponibilidad.

Señaló que al momento del traslado de régimen no se le informó las ventajas o bondades de los dos sistemas pensionales existentes, ni las consecuencias de su traslado del régimen de prima media con prestación definida y que no se realizaron las proyecciones que dieran cuenta del posible valor de su pensión en el régimen de ahorro individual.

Afirmó que no se le informó las modalidades de pensiones que ofrecía el RAIS, no le advirtió que el mayor valor de su pensión sería bajo la modalidad de retiro programado, ni que el derecho a su mesada pensional se encontraba sujeto a los rendimientos de capital, y que estos podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueron inferiores a lo esperado.

Indicó que fue engañado por el asesor de Porvenir en tanto se le manifestó verbalmente por parte de este que la pensión a futuro sería mejor que a la que



podría tener derecho en el régimen de prima media con prestación definida; sin embargo, al acercarse a la AFP Porvenir S.A. para que le informen cual es la posible mesada pensional a que tendría derecho encontró que la misma no corresponde a lo que en su momento le indicó el Asesor.

Una vez notificadas las accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones<sup>1</sup> adujo en esencia que los documentos presentados se sujetan a derecho y que el traslado se efectuó de forma libre y voluntaria, y que no se cumplen los supuestos legales o jurisprudenciales para que el accionante se pueda trasladar. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó: errónea a indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho de regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, entre otras.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.<sup>2</sup> luego de precisar que el traslado del demandante se produjo en el año 1999, indicó que el mismo fue producto de su decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado. Propuso en su defensa las como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

El Juzgado de conocimiento profirió sentencia en la que declaró que el traslado que efectuó el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 1° de junio de 1999, a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz y que por tal razón no produjo efecto jurídico alguno; y como consecuencia de ello condenó a dicha sociedad a transferir al régimen de prima media con prestación definida todas las sumas de dinero obrantes en la

---

<sup>1</sup> Cfr fls 76 y 87 del expediente.

<sup>2</sup> Cfr fls 96 a 119 del expediente.



cuenta de ahorro individual de la accionante junto con los rendimientos y comisiones por administración, sin descontar suma alguna; y le ordenó a Colpensiones recibir dichos dineros y reactivar la afiliación del demandante.

Inconformes con la anterior determinación el apoderado de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. y la apoderada de Colpensiones interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

### **FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS**

El apoderado de la AFP Porvenir S.A. aduce que no comparte la decisión de declarar la ineficacia del traslado, en tanto que no se demostró que su mandante hubiera faltado al deber de información; y que por el contrario que se evidencia del interrogatorio de parte absuelto por el demandante es que no recuerda la información que se le suministró a través del promotor de su mandante.

Añade que a través de la publicación realizada en el año 2004 su mandante garantizó a todos sus afiliados la posibilidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida; lo que a su juicio evidencia la diligencia por parte de su representada y la falta de diligencia por parte del demandante quien no se preocupó por acercarse a algún canal de información a informarse acerca de su estatus pensional

Señala que a través de la publicación realizada en el año 2004 su mandante garantizó a sus afiliados la posibilidad de retornar nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, informándole dicha situación en cumplimiento de la ley 797 de 2003; lo que a su juicio evidencia la debida diligencia por parte de su representada, y la falta de diligencia por parte del



demandante quien nunca se preocupó por acercarse a algún canal de información con relación a su estatus pensional tal como lo establece el Decreto 2550 de 2010 en donde se encuentran las obligaciones a cargo del consumidor financiero; y vino a hacerlo tan solo 20 años después, cuando se encuentra inmerso en la prohibición legal manifestando como fundamento la diferencia proyectada de su mesada pensional.

Y solo se vino a preocupar más de 20 años después cuando advierte que se encuentra inmerso en la prohibición legal de retornar al régimen de prima media con prestación definida, manifestando como fundamento la diferencia pensional situación que no es suficiente para declarar la ineficacia.

De otra parte, en caso de que se considere que sí es procedente el traslado de régimen, solicitó que no se condene a su representada a devolver los gastos de administración, teniendo en cuenta para el efecto el concepto emitido por la Superintendencia Financiera el 17 de enero de 2020, en el que se indicó que en estos eventos el único concepto a devolver son los rendimientos y los aportes que se encuentran en la cuenta individual del afiliado.

Indicó en el mismo sentido, que la Ley 100 de 1993 prevé expresamente que en caso de que opere la ineficacia no hay lugar a devolver los gastos de administración, toda vez que este se destina a compensar o retribuir a la entidad administradora de fondos de pensiones por la gestión que realizó durante los años de vigencia o de afiliación del demandante.

Finalmente, indicó que tampoco se encuentra de acuerdo con la condena en costas, toda vez que su representada no dio lugar en ningún momento a alguna situación adversa al demandante, puesto que se le brindó la información exigible para dicho momento, cumpliendo de esa forma los requisitos vigentes.



Por su parte la apoderada de Colpensiones recurrió las determinaciones relativas a la declaratoria de la ineficacia del traslado, así como la orden de reactivar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida.

Sostuvo al efecto que lo que se evidencia dentro del presente asunto es que el demandante realizó su traslado al RAIS de manera libre y voluntaria, sin presiones indebidas y de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su literal b, y que también quedó evidenciado que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, para poder retornar al régimen de prima media en cualquier momento

Afirmó que resulta desproporcionado imponer la carga de la prueba a la AFP Porvenir S.A. y de su representada, siendo a su juicio esta última la más afectada de cara a la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando han transcurrido más de 20 años desde que se produjo el traslado, lo que a su juicio torna imposible la acreditación de las circunstancias que rodearon el traslado, máxime cuando no era obligatorio guardar una registro documental de tal situación.

Frente al deber de información sostiene que el precedente de la Corte Suprema de Justicia acude al Decreto 663 de 1993, sin embargo a su juicio dicho deber se materializó con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015; de manera que los fondos únicamente cuentan con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para poder probar el conocimiento libre, voluntario y sin presiones.

Agregó que no se trata de aplicar de forma directa e indiscriminada las decisiones de la máxima autoridad de la especialidad, sino que se debe analizar si no que se debe analizar si en la presunta falta al deber de información se produce un efecto cierto y adverso, como lo es la pérdida del



régimen de transición y no el pretender obtener un beneficio indebido al buscar ignorar las normas que regulan los términos y oportunidades en que debe producirse la movilidad entre regímenes.

En forma subsidiaria solicitó de un lado, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de su representada a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, como lo son cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración y los demás a los que hubiera lugar debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado el demandante al fondo privado, como quiera no podría dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP no reintegre los recursos; y de otro, que no se imponga condena en costas en contra de su representada en tanto que no participó en el acto que se declara ineficaz.

#### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas

#### **CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad



ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y de ser así si es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, condicionar el cumplimiento de las condenas en contra de la Colpensiones al traslado efectivo de las sumas existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, y si hay lugar a imponer condena en costas en contra de la AFP Porvenir S.A.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga<sup>3</sup>, posición que fue

<sup>3</sup> “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

*"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."*

**Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos**



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, tal como lo señaló la servidora judicial de primer grado, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que

---

*incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".*

*Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

*En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."*



las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante recordar al apoderado de la AFP Porvenir S.A., que siendo el deber de información una obligación a cargo de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sean estos, si se opone a ello, quienes tengan la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.

En tal sentido, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. debió ofrecer al demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez, así como



los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que, contrario a lo que afirma la apoderada de Colpensiones, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97; sin que para su acreditación sea exija algún medio de prueba en particular.

Sentado lo anterior, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente sea exigible frente a cierto tipo de afiliados, planteamiento que a todas luces resulta inadmisibile.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que, como el demandante continúa válidamente afiliado a la AFP Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los



valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si el demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”* lo que de contera permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.



Ahora bien, en relación con la solicitud elevada por la apoderada de Colpensiones relativa al condicionamiento del cumplimiento de las condenas impuestas en contra de su representada, considera la Sala que ello no es procedente, en la medida que a juicio de la Sala no es procedente supeditar el ejercicio de los derechos del afiliado al agotamiento de un trámite de carácter administrativo que se encuentra a cargo de las encartadas.

Debe advertirse en todo caso que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

En lo que respecta a la condena en costas en contra de primer grado en contra de la AFP Porvenir S.A. ningún reparo merece la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado, en tanto que la ineficacia del traslado que se declaró, se produjo por la falta a sus obligaciones legales

Hasta aquí el análisis de la Sala. Costas en esta instancia a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,



## RESUELVE

**PRIMERO.- ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, a efectos de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

**TERCERO.- COSTAS** a cargo de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para su tasación, inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$800.000,00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado *Salvo voto parcial*