



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL  
ACTA DE SALA LABORAL**

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

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

**Ref.: Radicación N° 11-001-31-05 001 2017 00072 01. Proceso Ordinario de Carlos Alberto Suaza Florez contra Petroworks SAS y otra (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 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida por Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la responsabilidad a título de culpa patronal de la demandada Petroworks SAS por los daños y perjuicios ocasionados a él y su familia, así como de la responsabilidad de la misma frente a las enfermedades de origen profesional que padece y que las mismas se dieron por falta de medida de prevención y el incumplimiento de normas



de salud ocupacional; se condene a dicha sociedad al pago de perjuicios morales, materiales y de vida en relación, las prestaciones asistenciales y económicas debidas desde el accidente de trabajo e intereses corrientes y moratorios y la indexación sobre las sumas que resulten de las condenas.

De otra parte, solicitó se condene a la ARL Positiva al pago de las diferencias de las incapacidades médicas reconocidas por la EPS y que se encontraban a su cargo.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que se vinculó laboralmente con la empresa Petroworks SAS el 13 de febrero de 2007 en el cargo de Mecánico II sin que para ese momento presentara alguna patología de origen Osteomuscular ni músculo tendinosa.

Afirmó que el 19 de mayo de 2010 comenzó a sentir dolor en la región lumbar en virtud del cual fue incapacitado por su EPS, y que el 21 de noviembre de 2011 en consulta con el especialista le fue diagnosticado osteoartritis generalizada y fibromialgia.

Reseñó que el 13 de julio de 2012 se le practicó resonancia nuclear, la cual reportó discopatía y alteraciones degenerativas de la columna cervical y que en resonancia magnética del 18 de julio de la misma anualidad arrojó que presentaba una discopatía degenerativa asociada a cambios espondiloartrósicos, protusión y pseudoprotrusión discal.

Indicó que el 1º de abril de 2014 en cita de Psiquiatría le fue diagnosticado trastorno de adaptación con ánimo triste - trastorno de personalidad.

Señaló que el 10 de septiembre de 2015 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez calificó las patologías de Artrosis no especificada, trastorno depresivo recurrente, otros trastornos especificados de los discos



vertebrales y radiculopatía como enfermedades de origen laboral y una pérdida de la capacidad laboral del 50,49% con fecha de estructuración del 5 de junio de 2010; y que en virtud al mismo le fue reconocida pensión de invalidez por parte de la ARL Positiva.

Adujo que en análisis de su puesto de trabajo como Mecánico se evidenció que debía mantenerse en posiciones repetitivas con flexión en los hombros, codo, antebrazo, extensión de muñecas y abducción de 30° con rodillas extendidas.

Refirió que la organización y funcionamiento del Comité Paritario de Salud Ocupacional y/o Vigía Ocupacional de la demandada no cumplió con los lineamientos legales establecidos y que su empleadora no adoptó las medidas de protección, ni desarrolló las actividades que procuraran y mantuvieran su salud y seguridad, pues debido a ello perdió una de sus extremidades.

Añadió que su empleadora no había propuesto ni desarrollado actividades en salud ocupacional dirigidas a sus trabajadores por negligencia en el cumplimiento de la norma convencional de seguridad y salud en el trabajo; que no vigiló adecuadamente el desarrollo de las actividades en materia de medicina e higiene y seguridad industrial; y que no visitaba periódicamente los lugares de trabajo, ni inspeccionaba los ambientes, las máquinas, los equipos, los aparatos y las operaciones realizadas por los trabajadores.

Reseñó que su empleadora nunca adoptó medidas correctivas y de control por la existencia de factores de riesgo a los que estaban expuestos sus trabajadores; que no organizó ni garantizó el funcionamiento de un programa de salud ocupacional de acuerdo con los lineamientos legales establecidos para el caso y tampoco contaba con un cronograma de actividades en Medicina Preventiva, del Trabajo, e Higiene y Seguridad



Industrial y que adicionalmente nunca realizó visitas a los puestos de trabajo para conocer los riesgos relacionados con sus actividades laborales y nunca elaboró un panorama de riesgos.

Una vez notificada la demanda los demandados procedieron a dar respuesta a la acción; la demandada Petroworks SAS refirió que antes de la vinculación del demandante, éste venía realizando idénticas funciones para otras compañías por espacio de 21 años, y que siempre le suministró los elementos de protección adecuados y requeridos por el demandante para el desempeño de sus funciones, y que así mismo realizó las capacitaciones e inducciones para el cargo a desempeñar. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y ausencia de causa, inexistencia de culpa del empleador en la enfermedad laboral, subrogación de riesgos en cabeza de la ARL, pago, prescripción y compensación, entre otras.

Por su parte Positiva Compañía de Seguros S.A. adujo que realizó el pago de todos los subsidios por incapacidad temporal a su cargo y que algunas de las patologías que el demandante presentó eran de origen común. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, pago, inexistencia de culpa del empleador, enriquecimiento sin causa, prescripción y buena fe.

El *aquo* profirió sentencia en la que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones; determinación a la que arribó al considerar en esencia que no se acreditó la culpa suficientemente comprobada de la empleadora en la ocurrencia de la enfermedad profesional del demandante y que incluso no se demostró que la referida patología se hubiere originado en el poco tiempo en el que el demandante estuvo al servicio de Petroworks.



Inconforme con la anterior decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación.

### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

Solicita el accionante se condene a las demandadas por la culpa patronal frente a la enfermedad profesional, para lo cual aduce que la misma sí fue demostrada.

Sostiene al efecto que desde que su mandante comenzó a laborar en Petroworks también comenzó a padecer gran cantidad de patologías y que aquella y la ARL nunca operaron para el funcionamiento del trabajador.

Afirma en similar sentido que, de acuerdo con la declaración de su mandante, y con la documental aportada, se demostró que efectivamente él adquirió la enfermedad dentro de la empresa y que ésta no tuvo el deber objetivo de cuidado para determinar el tratamiento al demandante.

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

### **CONSIDERACIONES**

En virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.PT. y la S.S., el análisis de la Sala se contraerá a determinar si las demandadas son responsables de la indemnización de perjuicios derivada de la culpa patronal en la enfermedad profesional padecida por el demandante.



Con tal propósito corresponde tener en cuenta que de acuerdo con la documental visible a folios 220 a 244 y particularmente la certificación expedida por la demandada Petroworks SAS el 19 de febrero de 2016<sup>1</sup>; el demandante estuvo vinculado laboralmente con ésta mediante la suscripción de 5 contratos de trabajo entre el 13 de febrero de 2007 y el 4 de diciembre de 2015; y que en virtud de los mismos desarrolló los cargos de Cunero, Mecánico III y Mecánico II.

De acuerdo con los intereses supuestos y en lo que interesa al fondo del asunto, conviene recordar que la indemnización por daños y perjuicios ocasionados acorde con lo que establece el artículo 216 del C.S.T., parte del supuesto de la existencia de la culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia o bien del accidente de trabajo o bien de la enfermedad laboral, en cuanto se trata de una responsabilidad de tipo subjetivo.

Por lo anterior, en principio la parte demandante tiene la carga de demostrar la culpa del empleador, con el objeto de arribar a la indemnización que contempla la norma en cita; sin embargo, en aquellos eventos en que se aduce el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, se invierte la carga de la prueba y es al empleador a quien le corresponde acreditar que cumplió con las obligaciones a su cargo de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 1604 del C.C.; en ese sentido ha tenido la oportunidad de adoctrinarlo la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia SL 13653 del 7 de octubre de 2015, en donde reiteró:

---

<sup>1</sup> Cfr fl 278



*“...la Corte ha reivindicado históricamente una regla jurídica por virtud de la cual, por pauta general, al trabajador le corresponde demostrar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo, pero, por excepción, con arreglo a lo previsto en los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil y 1604 del Código Civil, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, se invierte la carga de la prueba y es el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores. (Al respecto pueden verse decisiones como las CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656, CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23489, CSJ SL, 10 may. 2006, rad. 26126, entre muchas otras)*

*Lo anterior no implica, no obstante, como lo plantea la censura, que le baste al trabajador plantear el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, para desligarse de cualquier carga probatoria, porque, como lo dijo el Tribunal y lo ha precisado la Sala, teniendo en cuenta que no se trata de una especie de responsabilidad objetiva como la del sistema de riesgos laborales, para que opere la inversión de la carga de la prueba que se reclama, primero deben estar demostradas las circunstancias concretas en las que ocurrió el accidente y «...que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente...» (CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656.)”*

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no es objeto de discusión entre las partes que el demandante padece una enfermedad de carácter laboral en virtud de la cual le fue concedida pensión de invalidez por parte de la ARL Positiva, por las patologías de “ARTROSIS – NO ESPECIFICADA, TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE – NO ESPECIFICADO, OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES y RADICULOPATIA”.

Ahora bien, de acuerdo con los anteriores supuestos interesa a la Sala resaltar que en concordancia con lo previsto en los artículo 3° y 4° de la



Ley 1562 de 2012, mientras las lesiones o perturbaciones irrogadas al trabajador en un accidente de trabajo devienen de un suceso repentino, como lo es el caso de una caída, una cortadura o una contusión, a modo de ejemplo; las patologías o consecuencias derivadas de una enfermedad profesional, no surgen de forma repentina, sino que se gestan en el tiempo por la exposición a determinados factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o al medio en el que el trabajador desarrolla su labor, como la exposición a sustancias reconocidamente cancerígenas o a ciertas posturas.

Lo anterior se afirma en tanto que a pesar de que en el asunto las patologías que dieron lugar al reconocimiento de la prestación de invalidez de origen laboral se advirtieron durante la vinculación del demandante con la sociedad Petroworks SAS; también lo es que la diferente documental aportada da cuenta que para el año 2010 el demandante presentaba un periodo aproximado de 15 años de exposición ocupacional y que el cuadro clínico del demandante inició aproximadamente en el año 2005.

En efecto, en documento denominado “*CALIFICACIÓN DE ORIGEN DEPENDENCIA TÉCNICA NACIONAL SALUD OCUPACIONAL*” que la EPS Saludcoop remitió a la ARP Colpatria el 25 de noviembre de 2010, expresamente se consignó “*Paciente con historia laboral de cerca de 15 años con exposición labora[l] con alto riesgo ergonómico para extremidades y tronco por oficios en el área operativa del sector petrolero... Ante el tiempo de exposición y características propias de su actividad laboral, se considera que sí existe relación de causalidad de su ocupación con su diagnóstico en estudio...*”, documento en el que también se indicó que el cuadro clínico del demandante inició en el año 2005, anualidad en la que presentó múltiples consultas por dolor lumbar.



La Junta Nacional de Calificación de Invalidez en el dictamen efectuado el 10 de septiembre de 2015<sup>2</sup>, en el acápite denominado “*ANALISIS Y CONCLUSIONES*” reseñó que las patologías de Lumbalgia crónica, discopatía, radiculopatía y artrosis facetaria lumbar iniciaron en el año 2005. Y de acuerdo con el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez las anteriores patologías produjeron en el demandante una pérdida de capacidad laboral de 31,35% que se estructuró el 5 de junio de 2010, esto es, aproximadamente 2 años y 9 meses después de su vinculación con la enjuiciada Petrowork SAS.

Así mismo, el demandante al absolver interrogatorio de parte aceptó que antes de vincularse con la demandada Petroworks SAS realizó las funciones correspondientes a Cuñero y Mecánico III en otras empresas, por aproximadamente 19 años.

En tal sentido contrario, a lo que plantea la parte actora, del material probatorio aportado y practicado dentro del proceso no es posible establecer que la relación laboral con la demandada Petroworks SAS hubiere sido la causa eficiente de las enfermedades de origen profesional presentadas por el accionante, para de esta forma, de acuerdo con el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral, entrar a determinar una eventual culpa patronal por parte de la empleadora, con mayor razón si se determina que las mismas devienen de un riesgo ocupacional que el accionante presentaba con anterioridad a la existencia de la relación laboral y su sintomatología inició aproximadamente dos años antes que el pluricitado vínculo laboral.

---

<sup>2</sup> Cfr fls 129 a 134.



Se precisa en este punto, que si bien la patología de “*TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE – NO ESPECIFICADO*” también se verificó en vigencia del vínculo laboral con la empresa Petroworks SAS, y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, determinó que era de origen laboral, también lo es, que en el análisis correspondiente dejó sentado que tal conclusión arribó al realizar la calificación integral, de acuerdo con el criterio expuesto por la Corte Constitucional en sentencias C-425 de 2005 y T-518 de 2012; pero que en esencia dicha enfermedad sí era de origen común; aspecto que igualmente permite descartar la relación laboral con la demandada Petroworks SAS, como causa eficiente de dicha patología.

Ahora, aun en gracia de discusión, advierte la Sala que al expediente se aportó las constancias de reuniones del COPASO<sup>3</sup>, el Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial<sup>4</sup>, así como diversos programas de prevención y protección, que echó de menos la parte actora; e incluso se advierte que en tal sentido incluso obra certificación expedida por parte de la ARL Positiva<sup>5</sup>.

Los argumentos expuestos a juicio de la Sala son suficientes para confirmar la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado. Costas en esta instancia a cargo del recurrente.

### **DECISIÓN:**

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

---

<sup>33</sup> Cfr fls 280 – 291 y 296 a 372

<sup>4</sup> Cfr fls 382 a 386

<sup>5</sup> Cfr fls 292



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

### RESUELVE

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia proferida dentro del presente asunto por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO.- COSTAS** en esta instancia a cargo del demandante, para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$100.000,00.

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 LABORAL**

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

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

**Ref.: Radicación N° 11-001-31-05 039 2016 00946 01. Proceso Ordinario de Rafael Antonio Garzón Gutiérrez contra SI 03 S.A. y otra (Apelación sentencia).**

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor, 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 demandada SI 03 S.A. frente a la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 29 de agosto de 2019.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo con las demandadas, que la demandada Suma SAS sustituyo a la sociedad SI 03 S.A., que fue despedido cuando estaba amparado por fuero de estabilidad laboral reforzada y que los bonos de beneficio no prestacional y los bonos de auxilio no prestacional constituyen factor salarial; se condene a las demandadas a la reliquidación y pago de las vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías las primas de servicio y los aportes al



fondo de pensiones teniendo en cuenta el salario realmente devengado Incluyendo los recargo nocturnos, los festivos, dominicales, beneficios no prestacionales y el bono de auxilio no prestacional; la sanción por no consignación de cesantías, la indemnización moratoria y la indexación de las sumas adeudadas.

En subsidio de las anteriores pretensiones solicitó su reintegro al mismo cargo o a otro de mejor categoría al que venía desempeñando al momento del despido ilegal.

Como sustento de sus súplicas afirmó en esencia que se vinculó con la demandada SI 03 S.A. como Conductor Operador de bus alimentador el 27 de enero de 2008, mediante contrato de trabajo término fijo.

Afirmó que la demandada le cancelaba, además del salario, el bono de referencia 285 beneficio no prestacional por valor de \$220.000,00, así como el bono de referencia 281 auxilio no prestacional en la suma de \$100.000,00.

Señaló que el 5 de octubre de 2013 tuvo un accidente de trabajo, con ocasión al cual la EPS Famisanar en los años 2014, 2015 y 2016 informó a la demandada las restricciones que tenía.

Indicó que el 27 de marzo de 2015 fue reubicado a cubrir las rutas asignadas a la operadora Suma S.A. y a partir de ese momento únicamente se le reconoció el salario básico, suspendiendo el pago de horas extras, recargos nocturnos, festivos, dominicales y los bonos mensuales de auxilio y beneficio no prestacional.



Refirió que la demandada SI 03 S.A. le comunicó la terminación del contrato sin justa causa a partir del 26 de enero de 2016 sin solicitar permiso al Ministerio del Trabajo.

Adujo que durante el desarrollo del vínculo laboral la demandada se sustrajo de la obligación de incluir el valor de los bonos de referencia 281 auxilio no prestacional y los bonos de referencia 285 beneficio no prestacional, horas extras, recargos nocturnos, festivos y dominicales, en el pago de los aportes.

Y que le adeuda la reliquidación de las vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y primas de servicios, incluyendo los valores de los bonos de referencia 281 auxilio no prestacional y los bonos de referencia 285 beneficio no prestacional, horas extras, recargos nocturnos, festivos y dominicales, en el pago de los aportes.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la acción oportunamente en oposición a las pretensiones de la demanda. La sociedad SI 03 S.A.<sup>1</sup> adujo que los bonos 285 y 281 se encontraban sujetos al cumplimiento de metas de la compañía, y que el último de los indicados se cancelaba anualmente por concepto de recreación; de otra parte indicó que la ARL a la que se encontraba afiliado el demandante el 23 de enero de 2015 informó el alta médica del demandante. Propuso en su defensa las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, inexistencia de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, subrogación de riesgos en cabeza de las entidades del sistema de seguridad social, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, entre otras.

Por su parte la Organización Suma SAS adujo en esencia que no sostuvo ninguna relación contractual de carácter laboral, civil o comercial con el

---

<sup>1</sup> Cfr fls 58 a 97.



accionante; precisó que luego que finalizó el contrato de concesión que celebró la demandada SI 03 con Transmilenio, no contaba con la posibilidad de reubicar algunos de sus trabajadores que tenía fuero de salud y que en razón a ello solicitó colaboración para reubicarlos bajo su control y vigilancia. Propuso entre otras las excepciones que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de sustitución de empleador, cobro de lo no debido y falta de causa para pedir, prescripción y compensación.

La *aquo*, profirió sentencia en la que declaró la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y la demanda SI 03 S.A. desde el 27 de enero de 2008 hasta el 26 de enero de 2016 y que el bono de referencia 285 beneficio no prestacional hacía parte del salario y la condenó al reconocimiento y pago de las diferencias causadas por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, así como al pago de la sanción por no consignación de las cesantías y la indemnización moratoria.

Para arribar a la anterior determinación considero en esencia que las sumas que la empleadora reconoció por concepto de por concepto de Bonificación 285 Beneficio no Prestacional constituía factor salarial, en cuanto de acuerdo con las pruebas recaudadas la mayor proporción de éste retribuía los servicios prestados por el demandante; finalmente indicó que como la pretensión relativa al reintegro se propuso en forma subsidiaria se abstenía de asumir su conocimiento.

Inconformes con la anterior decisión el apoderado de la parte demandante y el apoderado de la demandada SI 03 S.A. interpusieron recurso de apelación, el cual les fue concedido en el efecto suspensivo.

## FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS



El apoderado de la parte demandante se opuso al valor de las costas que se impusieron en contra de su mandante y a favor de la demandada Organización Suma SAS, pues a su juicio dicho valor es demasiado elevado, puesto que en este momento no tiene como cancelarla y que en ese evento dicha demandada tendría que esperar hasta cuando SI 03 S.A. efectúe el desembolso del valor correspondiente a las condenas.

Por su parte el apoderado de la sociedad demandada solicita se revoque la decisión de primer grado, y en su lugar, se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones.

Aduce al efecto que de acuerdo con lo establecido en el artículo 127 del C.S.T., luego de la modificación introducida por la Ley 50 de 1990, la retribución directa del servicio es aquella que tiene su fuente próxima o inmediata en el servicio personal prestado por el trabajador, de tal suerte que la labor ejecutada por el trabajador es la que origina derechamente y sin rodeos la contraprestación económica por parte del empleador; pero que sin embargo en el caso objeto de estudio se demostró que el demandante ejecutó algunas actividades que estaban relacionadas con los indicadores de Transmilenio y además se tenían en cuenta aspectos que no realizaba de manera directa el trabajador, como la realización de labores de aseo o el mantenimiento del bus, las cuales no eran ejecutadas por el demandante pero sí se tenían en cuenta para la determinación de dicha remuneración.

Que por lo tanto el reconocimiento del beneficio no salarial no tenía como propósito retribuir el servicio de manera directa al trabajador, sino que se reconocía en relación con el cumplimiento de unas metas de carácter grupal; y que esto tan no retribuía el servicio que incluso se



reconoció el beneficio al demandante cuando fue reubicado y ello era porque el grupo cumplía las metas, y que como el mismo se encontraba ligado a la operación del contrato con Transmilenio tan pronto esta finalizó dicho beneficio dejó de reconocerse, ante el desaparecimiento de la causa.

Aduce en el mismo sentido que el artículo 128 del C.S.T. prevé la posibilidad de que los pagos no salariales que este precedidos de un acuerdo sean habitual; y que, además, las pruebas practicadas dentro del proceso no permiten establecer que el pago de la bonificación no salarial haya enriquecido el patrimonio del demandante.

Agrega que la cláusula del contrato de trabajo que establece el pacto de exclusión salarial no fue declarada ineficaz y por ende es válida; y que lo único que pretendía su representada al establecer este tipo de beneficios era el reparto de utilidades que recibía cuando Transmilenio la premia por su buen desempeño

De otra parte afirma, que no es procedente el pago de la indemnización moratoria, pues el beneficio no salarial no se reconocía a la terminación del contrato de trabajo y en ese momento se efectuó la liquidación de las prestaciones sociales sobre el salario que recibía el demandante.

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

### **CONSIDERACIONES**

En los términos de los recursos de apelación y, en virtud del principio de consonancia que establece el artículo 66A del C.P.T. y la S.S., el análisis de la Sala se contraerá a definir, de un lado, si el pago que se realizó por



concepto de “*Bonificación 285 Beneficio no Prestacional*” acordado en el contrato de trabajo hacía parte del salario y si como consecuencia de ello, es procedente la reliquidación de las acreencias laborales del demandante; y de otro, si es procedente la modificación de la condena impuesta en contra del demandante por concepto de las costas del proceso a favor de la demandada Organización Suma SAS.

Con tal propósito comienza la Sala por señalar que no fue objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado, la naturaleza laboral del vínculo laboral que unió al demandante con la sociedad SI 03 S.A. entre el 27 de enero de 2008 y el 25 de enero de 2016, que en dicha data la demandada tomó la determinación de terminarlo de forma unilateral e injustificada. Circunstancias que por demás se establecen del contrato de trabajo suscrito entre las partes<sup>2</sup>, la misiva de terminación del contrato<sup>3</sup> y la liquidación del contrato de trabajo<sup>4</sup>.

Así mismo, en lo que interesa al asunto, corresponde tener en cuenta que se establece dentro del proceso que las partes al suscribir el contrato de trabajo acordaron el reconocimiento de una bonificación no constitutiva de salario, la cual fue reconocida mensualmente por nómina bajo el concepto 285 hasta el mes de mayo de 2015; tal como se advierte en el contrato de trabajo, los desprendibles de nómina<sup>5</sup>.

En lo que respecta a la naturaleza salarial de la referida bonificación corresponde indicar que en relación con los pagos que constituyen o no salario, el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo establece que lo serán de forma genérica todos aquellos cuya finalidad sea la remuneración directa al trabajador por el servicio prestado en la

---

<sup>2</sup> Cfr fls 99 a 101.

<sup>3</sup> Cfr fl 19

<sup>4</sup> Cfr fls 34

<sup>5</sup> Cfr fls



ejecución del contrato laboral, sin importar la denominación contractual que se le dé.

Ahora bien, aun cuando de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del C.S.T. se ha permitido cierto margen de disposición negocial a las partes, al posibilitar que despojen algunos pagos de su carácter salarial; ha de advertirse que esta libertad no es omnímoda o absoluta, pues encuentra su justo límite frente a aquellos rubros que conforme con lo dispuesto en el artículo 127 de este mismo conjunto normativo, tienen por objeto la contraprestación directa del servicio prestado.

Sobre el particular ha tenido oportunidad de pronunciarse la máxima Corporación de Justicia Laboral entre otras en sentencia del 27 de septiembre de 2004, radicado 22.069, en sentencia del 13 de junio de 2012, dentro del radicado 39.475 y en sentencia SL1798 del 16 de mayo de 2018, en la última de las cuales indicó:

*“En sede de instancia, es necesario subrayar que la facultad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no permite despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa directa es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ 39475, 13 jun. 2012)”.*

Bajo tal orientación, no basta la verificación de la existencia de un acuerdo entre empleador y trabajador para decidir si determinado pago es o no parte del salario, sino que es preciso auscultar la naturaleza del mismo, y para ello, acogiendo los lineamientos que sobre el particular señaló la máxima Corporación del trabajo, entre otras en sentencia del 7 de febrero de 2006,



dentro del radicado 25.734, corresponde tener en cuenta que el carácter salarial de un pago lo determina su finalidad.

Al respecto, se observa que en el contrato de trabajo las partes acordaron la referida bonificación en los siguientes términos:

*“Las partes EMPLEADOR y trabajador en forma expresa acuerdan que la cantidad de hasta... se entregar[á] como bonificación no constitutiva de salario por concepto de productividad, que se determinará mediante el cumplimiento de las siguientes metas: Cumplimiento de las Reglas establecidas por Transmilenio (30%), protección del buen uso de la plataforma y carrocería del bus (20%), cumplimiento de los horarios de trabajo (15%) cumplimiento de las normas de manejo preventivo (20%). Esta bonificación se pacta y así lo aceptan en forma expresa las partes, de conformidad con lo previsto en el Art. 128 CST...”*

Así mismo, advierte la Sala que en punto al reconocimiento de la referida bonificación el deponente Víctor Tito Rodríguez León, quien también fue trabajador de la demandada SI 03 S.A., indicó que tenía entendido que se pagaba mensualmente y una parte la pagaba Transmilenio y la otra la empresa, y debido a la zona difícil que se manejaba, que cuando se tenía algún percance, como accidentes o inasistencias injustificadas, les era descontada una parte de la misma.

En similar sentido el deponente Víctor Miguel Orjuela, también trabajador de la empresa SI 03 S.A. señaló que además del salario básico se le reconocía una bonificación en forma completa si no tenían algún accidente o queja.

Por su parte la deponente Karen Viviana Rodríguez quien era encargada de la nómina de SI 03 S.A., indicó en similar sentido que además del



esta la oportunidad procesal establecida para discutir tal aspecto de acuerdo con lo que al efecto establece el ordinal 5° del artículo 366 del C.G.P.

Hasta aquí el análisis de la Sala. No se impondrá condena en costas en esta instancia ante la prosperidad del recurso interpuesto por la demandada, las de primer grado se encuentra a cargo del demandante.

### **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** los ordinales segundo, tercero, cuarto y quinto de la sentencia de proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia, pero por las razones expuestas en la parte motiva.

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

**TERCERO.- COSTAS.** Sin lugar a su imposición en esta instancia, las de primer grado se encuentran a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO  
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-039 2016-00946-01. Proceso Ordinario Rafael Antonio Garzón contra SI 03 S.A. y otra (Apelación sentencia).

  
**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 agosto de dos mil veintidós (2022)

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

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 038 2020 00398 01. Proceso Ordinario María Eugenia Jiménez Rodríguez contra Colpensiones y Otro (Consulta).**

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 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, frente a la sentencia proferida por Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad del traslado efectuado el 1º de junio de 1997 al régimen de ahorro individual con solidaridad y que por tal razón el mismo es ineficaz y que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida; se ordene a Colpensiones mantenerla en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento en que se produjo su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, a Old Mutual a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados al régimen de ahorro



individual con solidaridad desde marzo de 1997, junto con los rendimientos financieros y el valor descontado por concepto de gastos de administración.

Propuso como pretensiones “*alternativas*” que previa declaración de la existencia de una multivinculación por haberse trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad sin haber cumplido el término de permanencia de tres años en el régimen de prima media con prestación definida y que para todos los efectos la afiliación válida es la que se efectuó ante el Instituto de Seguros Sociales; se ordene a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados al RAIS desde marzo de 1997, y a esta última a actualizar su historia laboral incluyendo la totalidad de los aportes efectuados al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que nació el 18 de enero de 1964, que se efectuaron aportes en su favor a Colpensiones desde el 28 de agosto de 1987 hasta el 28 de febrero de 1997, y que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Protección S.A. el 1° de junio de 1997.

Indicó que tomó la determinación de trasladarse de régimen porque de acuerdo con la información suministrada en la asesoría suministrada, se podría afiliarse a cualquier edad, con el monto de pensión que deseara y que el Instituto de Seguro Sociales se iría a acabar.

Adujo que la AFP Protección S.A. previo a su traslado no le suministró en forma oportuna, suficiente, completa y clara, la información financiera necesaria, para tener los elementos de juicio para tomar una decisión objetiva sobre su traslado.



Agregó en similar sentido que previo a su traslado la AFP Protección S.A. no efectuó ningún cálculo financiero en el que se le informara el monto de la pensión a que tendría derecho en el RAIS; y tampoco se le informó acerca de las verdaderas implicaciones de trasladarse de régimen de pensiones, ni que de continuar aportando sobre el mismo valor en que lo venía haciendo en el régimen de prima media, su pensión en el RAIS sería inferior a la de aquél régimen pensional.

Señaló que cuando entró en vigencia la Ley 797 de 2003 la AFP Protección S.A. omitió su obligación de asesorarla personalmente, en el sentido de informarle que le convenía más regresar al régimen de prima media con prestación definida por el monto de la pensión a que tendría derecho con los mismos aportes y base salarial sobre la cual venía cotizando al RAIS.

Refirió que en diciembre de 2015 se trasladó a la AFP Old Mutual, hoy Skandia Pensiones y Cesantías S.A., en donde le informaron que sus aportes tendrían mayores rendimientos financieros y que por lo tanto tendría derecho a una mejor pensión.

Indicó que el 12 de febrero de 2020 en respuesta a su solicitud relativa al monto de su pensión, la AFP Skandia le informó que sería de un salario mínimo mensual legal vigente a los 60 años; monto que aduce equivaldría a un 29% de los salarios base sobre los cuales cotizó en los últimos 10 años.

De otra parte, indicó que, en Comité de Múltiple Vinculación de manera equivocada se concluyó que no se encontraba multiafiliada y que por ende era válido el traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS; sin embargo, dicho comité no tuvo en cuenta que el 1° de diciembre de 1995 se vinculó laboralmente con Microsede Ltda., pues esta información no se encontraba registrada en su historia laboral, y que además Colpensiones ni la AFP Protección S.A. omitieron informarle que había sido asignada al RAIS.



Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. adujo que la afiliación por parte de la demandante al fondo por ella administrado es válida en tanto que no presenta ningún vicio del consentimiento, fue producto de un acuerdo de voluntades que se materializó con la suscripción de un formulario de afiliación y que además para ese momento venía de estar con otra Administradora del mismo régimen. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de prescripción, buena fe y cobro de lo no debido.

Colpensiones por su parte indicó que si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo el traslado de la demandante, sostuvo de un lado que el mismo se realizó por decisión de ésta, y de otro, que es improcedente su traslado de régimen en esta oportunidad de acuerdo con la prohibición establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia del derecho y la obligación, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, error sobre punto de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido entre otras.

Finalmente la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. adujo que el acto de traslado de la demandante es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; y que de acuerdo con el formulario de afiliación se realizaron de forma libre y espontánea. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, entre otras.



Frente a las súplicas de la demanda, el *aquo* absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones e impuso condena en costas en contra de la demandante.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a la demandante, 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.

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, contrario a las motivaciones expuestas por el *aquo*, 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; de manera que erró el servidor judicial de primer grado al



abordar el estudio de las pretensiones de la demanda al crisol de los vicios del consentimiento.

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 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."**



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, y en forma más reciente en sentencia SL1055 de 2022 ; 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.

Se agrega a lo anterior que a juicio de la Sala 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.

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.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Protección S.A. debió ofrecer a la 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 se precisa, 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.

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.



En este punto considera la Sala oportuno precisar que si bien el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, establece que las entidades administradoras de pensiones del régimen de ahorro individual, no pueden rechazar la afiliación de las personas que cumplen requisitos y lo soliciten, también lo es, que esta circunstancia en modo alguno las libera de la obligación de cumplir con el pluricitado deber de información, acto que, conforme lo discurrido, debe ser anterior o preceder el acuerdo de voluntades dirigido a trasladarse de régimen pensional, de manera que no resulta de recibo el argumento que en tal sentido expone el servidor judicial de primer grado.

Ahora, si bien el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que una vez se deja sin valor y efecto la correspondiente afiliación el trabajador cuenta con la posibilidad de afiliarse nuevamente de forma "*libre y espontánea*"; en el asunto la accionante no optó por tal opción, sino por la de retornar al régimen al que se encontraba válidamente afiliada para el momento en que se produjo el traslado; de manera tal que tampoco resulta de recibo el planteamiento que en tal sentido indicó el servidor judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala revocará la determinación adoptada por el servidor judicial de primer grado, a efectos de declarar la ineficacia del traslado de la demandante a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías 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 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, 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 a la fecha la demandante se encuentra afiliado a la AFP Skandia S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y así mismo, la AFP Protección S.A. se encuentra obligada a devolver las sumas que recibió por concepto de gastos de administración y pago de seguros previsionales durante el periodo en que la demandante estuvo afiliada.

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 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.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Costas de primera instancia a cargo de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y sin lugar a su imposición 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.— REVOCAR** la sentencia de primer grado para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrado con la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

**SEGUNDO.- CONDENAR** a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a trasladar a COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales.

**TERCERO.- CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales.

**CUARTO.- ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante y activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida.



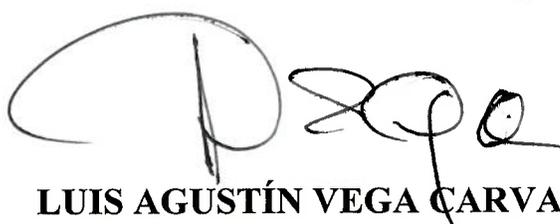
**QUINTO.- AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEXTO.- COSTAS** en primera instancia a cargo de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.; y 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  
*Sdno voto por el*

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

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

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

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 027 2019 00398 01. Proceso Ordinario  
Cristina Díaz Suarez 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 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de Protección S.A. Y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que fue inducida a error grave por parte de las administradoras de fondos de pensiones Colfondos S.A. y Protección S.A., se declare la ineficacia de su afiliación a las mismas y que se encuentra vigente su afiliación al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad; y como consecuencia de ello se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones su historia laboral junto con la



totalidad de los aportes efectuados en su favor desde el 1° de enero de 1995 con los rendimientos que los mismos han generado.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que nació el 25 de octubre de 1964 y cotizó al Instituto de los Seguros Sociales en forma interrumpida, desde el 19 de septiembre de 1990 hasta el 28 de febrero de 1995.

Indicó que el 1° de junio de 1995 atendió la solicitud de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A., sin que se le suministrara la información con la transparencia necesaria en la exposición de razones, debidamente sustentada para garantizar su derecho a la toma correcta de la decisión de selección de régimen pensional.

Afirmó que se le indicó por parte del promotor de la AFP Colfondos S.A., que podría pensionarse a cualquier edad, con el valor de la mesada pensional que no afectaría las expectativas que tenía en el régimen de prima media, y que de continuar afiliada al Instituto de Seguros Sociales se podría ver afectada en el derecho a su pensión.

Indicó que el 25 de octubre de 2004 atendió la solicitud de traslado a la AFP Santander, hoy Protección S.A., pero que quien le prestó el servicio de asesoría, omitió presentarle los elementos de juicio que garantizaran la no afectación de su derecho pensional.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda oportunamente. Colpensiones<sup>1</sup> indicó en esencia que dentro del expediente no obra prueba de que a la accionante se le hubiere hecho incurrir en error y dentro

---

<sup>1</sup> Cfr fls 181 y s.s. archivo demanda del expediente digitalizado.



de las solicitudes no existe nota de protesto o anotación que permitan inferir que hubo alguna inconformidad por parte de la demandante. Propuso en su defensa las excepciones mérito de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, entre otras.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.<sup>2</sup> sostuvo que el acto de traslado es válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y que se solemnizó con la suscripción del formulario de afiliación. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones.

Por su parte Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías<sup>3</sup> dio respuesta allanándose a las pretensiones.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado que efectuó la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A. así como los posteriores traslados; condenó a la AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, sin descontar valor alguno por concepto de cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; y ordenó a Colpensiones afiliarse nuevamente a la demandante al régimen de prima media con prestación definida y recibir las cotizaciones provenientes de la AFP Protección S.A.

---

<sup>2</sup> Cfr fls 272 y s.s. *ibidem*.

<sup>3</sup> Cfr fl 238 *ibidem*.



Inconforme con la anterior determinación las apoderadas de las demandadas Protección S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

### **FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS**

La apoderada de Colpensiones sostiene en primer término que no se presentó ningún tipo de coerción para que la demandante se vincula al RAIS, pues de esa forma lo reconoció al absolver interrogatorio; y que además se advierten actos de relacionamiento.

Señala que si bien la AFP debió informar de manera suficiente a la demandante, esto no la exonera del deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional, o la sustraía de la aplicación de la ley o permitía darle un trato desigual como si su capacidad para celebrar contratos estuviera menguada.

Afirma que la declaratoria injustificada de la ineficacia al régimen de ahorro individual afecta la sostenibilidad financiera del sistema y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Finalmente solicita que en caso de que no se acojan los anteriores argumentos, se ordene el pago de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración, y demás a que hubiera lugar debidamente indexados.

Por su parte la apoderada de la AFP Protección S.A. aduce en esencia que legalmente se asignó un porcentaje preciso a cada necesidad que se desprendiera del régimen administrado por su mandante que fue percibido



legalmente; y que en tal sentido la devolución de los gastos de administración constituye una sobre remuneración injustificada, en la medida que los rendimientos son producto de una gestión que no es reconocida

Agrega que su mandante se encuentra imposibilitada para reclamar el pago correspondiente a las primas de seguros previsionales y que en razón a ello tendría que asumir dicho pago con cargo a su propio patrimonio, lo cual constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante y del régimen de prima media; y que aunado a ello se perturba la estabilidad financiera y económica del sistema general de pensiones.

Afirma que es improcedente la condena en costas en contra de su representada, en la medida que no existe norma legal que la autorice a realizar el traslado a menos de 10 años para adquirir el derecho, y que por tal razón son los afiliados quienes deben a la jurisdicción para que se evalúen las condiciones que rodearon el traslado

### **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 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

---

<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*



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, 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.

Y es que contrario a lo que plantea la apoderada de Colpensiones, por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las administradoras de fondos de pensiones, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que tienen el deber de demostrar que suministraron

---

*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 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.

Se agrega a lo anterior que a juicio de la Sala 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.

En este mismo sentido, es importante advertir 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.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Colfondos S.A. debió ofrecer a la 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 en uno y otro régimen, 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 se precisa, 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.

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 la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la 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 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 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, 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 a la fecha la demandante a la fecha se



encuentra afiliada a la AFP Protección S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y así mismo, la AFP Colfondos S.A. se encuentra obligada a devolver las sumas que recibió por concepto de gastos de administración durante el periodo en que el demandante estuvo afiliado; motivo por el que se adicionará en este último aspecto la sentencia 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, impide a las administradoras del régimen de ahorro individual demandadas retener el valor de los gastos de administración, y 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 bien, en relación con la solicitud elevada por la apoderada de Colpensiones relativa al pago indexado de todos los conceptos respecto de los que se ordena su devolución, considera la Sala que solo es procedente acceder a ello en relación con los gastos de administración incluidos los descuentos destinados a cubrir las primas de seguros previsionales, 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 adicionará en este sentido la sentencia recurrida.

Finalmente, 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 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 igualmente 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, las de primer grado a cargo de las demandadas Protección S.A. y Colfondos 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

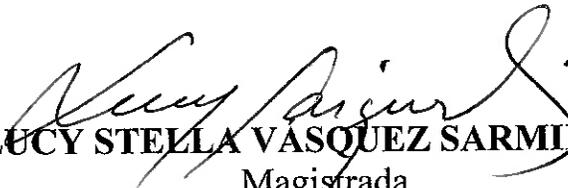
**PRIMERO.- ADICIONAR** la sentencia de primer grado a efectos de **CONDENAR** a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías al reconocimiento y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a que efectúen la devolución de los gastos de administración, incluidos los descuentos que se efectuaron para cubrir los seguros previsionales debidamente indexada.

**SEGUNDO.- ADICIONAR** la sentencia proferida de primer grado en el sentido 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 demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**TERCERO.- CONFIRMAR** lo demás la decisión de primer grado.

**CUARTO.- COSTAS** sin lugar a su imposición en esta instancia, las de primer grado se encuentran a cargo de las demandadas Protección S.A. y Colfondos S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

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

*Luis Agustín Vega Carvajal*  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado  
*Salvo voto parcial*

*[Faint signature]*  
**[Faint name]**  
[Faint title]



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

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

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

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 007 2019 00536 01. Proceso Ordinario Maritza Fandiño Aranguren 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 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad con efectividad a partir del 1° de junio de 1994 ante la AFP Porvenir S.A.; se ordene a esta última entidad retornar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos sus frutos e intereses y los rendimientos causados; y que se ordene a



Colpensiones mantenerla como afiliada desde el 1° de septiembre de 1986 sin solución de continuidad.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que nació el 25 de julio de 1965, que desde el 1° de septiembre de 1986 se afilió al Instituto de Seguros Sociales hasta el 31 de mayo de 1994, cuando asesores de Porvenir S.A. le dieron a conocer el nuevo régimen pensional.

Indicó que los asesores de la AFP Porvenir S.A. le mencionaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a quebrar y que en el RAIS se podría pensionar antes de la edad requerida y que el modelo aplicado era el mismo que había tenido mucho éxito en Chile.

Refirió que los asesores de la AFP Porvenir S.A. no la previnieron sobre las consecuencias pensionales que tendría el traslado de régimen, ni hicieron mención sobre el bono pensional y su proyección pensional.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones<sup>1</sup> indicó que de acuerdo con los documentos aportados el traslado de la demandante se efectuó de forma libre y voluntaria. Propuso en su defensa en esencia las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, entre otras.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.<sup>2</sup> sostuvo en esencia que la afiliación de la demandante fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, conforme

<sup>1</sup> Cfr fls 95 y s.s. expediente físico.

<sup>2</sup> Cfr fls 142 y s.s. expediente físico.



con el contenido del formulario de afiliación que suscribió; y que además, por ser un sistema público las condiciones de afiliación, traslado, cotizaciones, y reconocimiento de prestaciones se encuentra establecidas en la ley: Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante a la AFP Porvenir S.A. el 2 de mayo de 1994; y le ordenó a dicha entidad trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante incluidos los rendimientos financieros, así como los gastos de administración y comisiones que hubiese descontado de los aportes pensionales, debidamente indexados.

Inconforme con la anterior determinación los apoderados de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

### **FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS**

La apoderada de Colpensiones solicita se revoque la sentencia de primer grado y en su lugar se absuelva a su representada de las condenas que le fueron impuestas; para lo cual adujo en esencia que el traslado de régimen de la demandante se realizó conforme con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que frente al derecho pensional contaba tan solo con una mera expectativa.

Sostiene que la demandante que a lo largo de su afiliación al RAIS desde el año 1994 tuvo la posibilidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida, pero que no realizó alguna acción tendiente a realizar ese retorno, y que esta situación permite establecer que se entiende ratificada su voluntad al permanecer más de 15 años en dicho régimen, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1754 del Código Civil.



Agrega en el mismo sentido que la accionante durante su afiliación al RAIS guardó silencio, y que en tal sentido, de acuerdo con lo que al efecto prevé el artículo 4° del Decreto 2241 del año 2010, se debe entender como una aceptación tácita de las condiciones o características del régimen en el cual se encuentra afiliada, en la medida que dentro de sus obligaciones esta ilustrarse debidamente respecto del régimen pensional del cual dependerían sus expectativas pensionales.

Finalmente indicó que el traslado de la demandante se produjo de forma libre, voluntaria y espontánea sin ninguna presión o coacción, y que la falta de información aducida no se encuentra plenamente probada.

Por su parte el apoderado de la AFP Porvenir S.A. solicita igualmente se revoque la sentencia de primer grado para que en su lugar se absuelva a su representada de todas las pretensiones.

Aduce al efecto en primer término, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, la demandante no se encuentra en la posibilidad legal de trasladarse de régimen, al faltarle menos de 10 años para obtener la edad de pensión de vejez

Afirma que de acuerdo con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no prevé la ineficacia del traslado para el evento en que el afiliado no cumpla una mera expectativa en cualquiera de los regímenes, sino tan solo cuando se vulnera el derecho a la libre elección de régimen; y que en tal sentido su representada cumplió a cabalidad con todas las normas vigentes, para el momento en que se realizó el traslado, brindado en forma verbal una información clara, completa y comprensible y que prueba de ello es que la demandante suscribió el formulario de afiliación.



Resalta que si bien no desconoce el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, conforme con el cual el formulario de afiliación no es tenido en cuenta como un consentimiento informado, aduce que tal criterio es posterior a la data de vinculación de la demandante; y que por tal razón se puede deducir que su representada no tenía la obligación de entregar documentos distintos al formulario de afiliación

De otra parte, señala que no es viable la devolución de los gastos de administración, teniendo en cuenta que estos también son aplicados en el régimen de prima media con prestación definida, y que no se encuentran destinados a financiar la pensión de vejez, motivo por el que considera frente a ellos opera el término prescriptivo.

Agrega a lo anterior que conforme con el criterio sentado por la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto del 15 de enero de 2020, en los casos de las ineficacias, las únicas sumas que se debe trasladar son las cotizaciones y rendimientos financieros sin incluir a gastos de administración, comisiones, fondo de garantía de pensión mínima y seguro de prima previsional; y que en el mismo sentido el artículo 113 literal b de la Ley 100 del 1993 tampoco establece el traslado de dichos rubros cuando se produce un cambio de régimen pensional.

### **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 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 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*



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; criterio que aun cuando es posterior a la fecha en que se produjo el traslado de la demandante, no es óbice para su aplicación, en tanto que como criterio de interpretación que es su aplicación no se ve condicionada en el tiempo como sí ocurren con la ley, de manera que no es de recibo el planteamiento que en tal sentido efectúa el apoderado de la AFP Porvenir S.A. en la alzada.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, tal como reconoce el apoderado de la parte AFP Porvenir, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro

---

*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."***



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.

Se agrega a lo anterior que a juicio de la Sala 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; de manera que no es de recibo el argumento que al efecto plante el apoderado de la AFP Porvenir.

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.



Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Porvenir S.A. debió ofrecer a la demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, contrario a lo que señala el apoderado de la AFP Porvenir en la alzada, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto a la demandante de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez en uno y otro régimen, 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 se precisa, 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, como lo plantea el apoderado de la AFP Porvenir S.A.

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 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 es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Se precisa en este punto, que no es de recibo el argumento que plantea la apoderada de la demandada Colpensiones relativa a la ratificación de la afiliación de la demandante por el solo hecho de su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pues tal como lo ha enseñado la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencias SL5686-2021, SL5688-2021 y SL1055-2022, el acto jurídico ineficaz no puede sanearse como la nulidad, al respecto se adoctrinó en la última de las decisiones referidas:

*“...los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”*

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 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, 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 a la fecha la demandante continúa afiliada a la AFP Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al



sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y así mismo, la AFP Porvenir S.A. se encuentra obligada a devolver las sumas que recibió por concepto de gastos de administración durante el periodo en que el demandante estuvo afiliado; motivo por el que se modificará la determinación que acogió sobre el particular el *aquo*.

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, no permite a la administradora del régimen de ahorro individual demandada 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, como lo sostiene la apoderada de la AFP Porvenir S.A. en la medida que la obligación de su devolución a Colpensiones surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

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 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.

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.**— **ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral el Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido 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 demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** lo demás la decisión de primer grado.

**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  
*Stuo voto parcial*

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

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

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

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 007 2019 00287 01. Proceso Ordinario  
Grace Cecilia Sierra Serje 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 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la anulación por ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad ante la omisión de la AFP Colmena, hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; se ordene su traslado y afiliación a Colpensiones como si nunca se hubiere ido de dicho régimen y se ordene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los



dineros que recibió con motivo de su afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, junto con los gastos de administración o cualquier otro, y que en caso de que se le hubiere otorgado pensión al momento de proferirse la sentencia se condene a la AFP Porvenir S.A. a continuar reconociéndola hasta que se trasladen los recursos a Colpensiones y sea pensionada por ésta.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que se afilió en pensiones a partir del 1° de abril de 1981, y como consecuencia de la publicidad y gestión realizada por los Fondos Privados de Pensiones se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad afiliándose a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colmena S.A. el 4 de febrero de 1998.

Expuso que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colmena S.A. a través de su representante o promotor al momento de su afiliación únicamente se limitó a llenar un formato preestablecido sin entregarle información completa, veraz, adecuada suficiente y cierta respecto a la prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen de prima media y las implicaciones sobre sus derechos pensionales.

Afirma que Colmena S.A., hoy Protección S.A., no le entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión tanto en el régimen al que se encontraba afiliada como al régimen de ahorro individual; ni le informó cual tabla de mortalidad de rentistas se estaba utilizando para realizar la proyección de la pensión.

Señala que Colmena S.A., hoy Protección S.A., no le informó hasta que edad debía cotizar en el fondo de privado de pensiones y con que salarios para alcanzar una pensión equivalente a la que recibiría en el ISS y tampoco le



entregó información acerca del capital ahorrado que se exige para tener una pensión de salario mínimo en el fondo privado de pensiones; ni que si de tener cónyuge o compañero, o un hijo discapacitado o menor de edad el monto de su pensión sería menor si se encontraba afiliada a los fondos privados de pensiones.

Finalmente indicó que se trasladó a la AFP Porvenir S.A. y que luego de solicitar el reporte del estado de cuenta detallado con el total de las semanas; solicitó la anulación de su afiliación al RAIS.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones<sup>1</sup> señaló desconocer los hechos relativos al traslado de régimen de la demandante al no haber participado en el mismo, pero que sin embargo dentro del expediente no obra prueba alguna de que se le hubiere hecho incurrir en error o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la causal alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de Seguridad Social del orden público.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.<sup>2</sup> sostuvo que el acto de traslado de la demandante es existente válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo y que de acuerdo con el formulario de afiliación se realizó de forma libre y voluntaria su decisión fue libre y voluntaria. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción,

---

<sup>1</sup> Cfr fls 279 y s.s. expediente físico.

<sup>2</sup> Cfr fls 342 y s.s. expediente físico.



aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, entre otras.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.<sup>3</sup> sostuvo en esencia que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones por ella administrada, fue producto de una decisión libre de presiones o engaños; propuso en su defensa las excepciones de mérito de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación.

Mediante providencia del 14 de enero de 2020 el servidor judicial de primer grado ordenó la vinculación al proceso de la AFP Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., quien una vez notificada dio respuesta a la acción indicando en síntesis que la afiliación de la demandante se materializó bajo los lineamientos legales, normativos y jurisprudenciales. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó en el momento de la selección de régimen, ausencia de configuración de causal de nulidad, ausencia de falta al deber de asesoría e información, prescripción, entre otras.

En proveído del 10 de septiembre de 2021 el juez de primer grado aceptó el llamamiento en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. que efectuó Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.; sociedad que dio respuesta en oposición tanto a las pretensiones de la demanda, como del llamamiento en garantía.

Frente a las súplicas de la demanda, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante al régimen de ahorro individual con cada una de las administradoras con las que estuvo afiliada en

---

<sup>3</sup> Cfr fls 390 y s.s. expediente físico.



dicho régimen y como consecuencia de ello, ordenó a Porvenir S.A. trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos que se hubieren generado a Colpensiones; ordenó a Porvenir, Protección y Skandia trasladar a Colpensiones en forma indexada los valores que descontaron por concepto de gastos de administración y comisiones descontados a la demandante; ordenó a Colpensiones recibir a la demandante sin solución de continuidad como afiliada al régimen de prima media con prestación definida; y declaró probadas las excepciones de mérito propuestas por la aseguradora Mapfre S.A.

Inconformes con la anterior determinación las apoderadas de las demandadas interpusieron recursos de apelación los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

### **FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS**

La apoderada de Colpensiones solicita se revoque en su integridad la sentencia de primer grado, aduce en primer término que advierte ciertas irregularidades en la decisión de primer grado, en tanto que la demandante al absolver interrogatorio de parte señala que no se le brindó información, para el caso específico de la AFP Colmena, en el escrito de demanda se observa que sí se le puso en conocimiento las características propias del régimen de ahorro individual y que ello impide la inversión de la carga de la prueba.

Frente al mismo punto sostiene que no se le puede endilgar ningún tipo de responsabilidad a las demandadas, dado que la propia demandante al absolver interrogatorio de parte reconoció que no le parecía importante o no realizó ningún tipo de estudio frente a su situación pensional, incumpliendo sus obligaciones como consumidora financiera.



De otra parte, solicita se analice la afectación del principio de sostenibilidad financiera, pues a contrario a lo que señaló el servidor judicial de primer grado, éste principio sí se ve afectado, en tanto que el régimen de prima media con prestación definida se financia de una manera diferente a la del régimen de ahorro individual con solidaridad y por ello ninguna injerencia tiene el hecho de que se haya ordenado la devolución en forma indexada de los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones.

La apoderada de Porvenir S.A. se opuso a la integridad de la decisión acogida en primera instancia, al considerar que el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual fue eficaz y válido, al no acreditarse la existencia de alguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil y que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 prevé la ineficacia cuando se incurre en dolo.

Asevera en el mismo sentido que el formulario de afiliación que suscribió la demandante es un documento público que se presume auténtico y que al no ser desconocido ni tachado de falso, no es dable restarle valor probatorio y menos desconocerlo frente al deber de información, con mayor razón si se tiene en cuenta lo indicado por la demandante al absolver interrogatorio de parte, que su representada con la carga de la prueba que le fue impuesta, al aportar los documentos que se encontraban en su poder, así como los traslados horizontales realizados por la demandante.

Solicita, que en caso de que se confirma la determinación relativa a la ineficacia del traslado de la demandante, se tenga en cuenta que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 establece cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen, sin que dentro de estos se encuentren incluidos los gastos de administración; y que en todo caso de



ordenarse el traslado de dichas sumas se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; y que en todo caso frente a los mismos sí resulta procedente declarar probada la excepción de prescripción en cuanto no están destinados a financiar la prestación de vejez.

La apoderada de Skandia por su parte recurrió las determinaciones relativas a la devolución indexada de los gastos de administración y la absolución de la llamada en garantía.

Sostiene en punto al primer aspecto que el artículo 7° del Decreto 3339 de 2008 establece de manera expresa, taxativa y concreta los conceptos que deben trasladarse en caso de traslado del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, de manera que no es procedente la devolución de los valores correspondientes a los gastos de administración, con mayor razón cuando su representada trasladó todas las sumas que tenía de la demandante en el año 2013.

Se opuso a la devolución indexada de tales emolumentos en la medida que en también se ordenó la devolución de las sumas existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos financieros, con lo que a su juicio se compensa la devaluación económica que eventualmente se hubiere presentado, lo que a su juicio genera una doble sanción.

Señala en el mismo sentido, que es procedente la aplicación de la figura de la prescripción frente a los gastos de administración, específicamente en lo que tiene que ver con la devolución de las sumas correspondientes a los seguros previsionales que se rige bajo las normas del Código de Comercio y que en tal sentido el término de prescripción es de 2 años.



En punto a la responsabilidad de la llamada en garantía indicó que a pesar de que no se está debatiendo ninguna de las contingencias o acontecimientos que cubren las pólizas correspondientes; la responsabilidad legal en virtud de la cual se solicitó su vinculación deviene de lo dispuesto en el artículo 1137 del Código de Comercio, pues en dicho precepto se establece que cuando se pierde alguno de los elementos esenciales de todo contrato de seguros deben restituirse dichas sumas de dinero.

Finalmente, la apoderada de la AFP Protección S.A. recurrió la determinación relativa al traslado de los gastos de administración y seguro previsional, puesto que se acreditó que su representada realizó una excelente gestión de administración la cual se vio reflejada en los rendimientos generados, y que tal condena además de castigarla por su gestión desconoce el derecho a las restituciones mutuas que consagra el artículo 1746 del Código Civil; generando un enriquecimiento sin causa al ordenar su entrega a una entidad que nunca administró la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En relación con el seguro previsional, indicó que el mismo es pactado con un tercero a quien mes a mes se le ha pagado para mantener vigentes las pólizas que cubrieran a la demandante en caso de la invalidez o la muerte; y que durante el tiempo en que la demandante estuvo efectivamente afiliada con su representada, ésta cumplió con tal deber.

Finalmente reiteró, como lo habían sostenido las anteriores recurrentes, que dichos conceptos tienen una naturaleza completamente diferente, y en razón a tal circunstancia es posible afirmar que se presenta una prescripción parcial frente a su devolución.



## 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 la devolución de los gastos de administración así como la responsabilidad de la llamada en garantía.

Al respecto es del caso tener en cuenta que 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 reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; criterio que aun cuando es

<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."***



posterior a la fecha en que se produjo el traslado de régimen de la demandante, no es óbice para su aplicación, en tanto que como criterio de interpretación que es su aplicación no se ve condicionada en el tiempo como sí ocurren con la ley.

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, 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.

Se agrega a lo anterior que a juicio de la Sala 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; de manera que no es de recibo el argumento que al efecto plantea la apoderada de la AFP Porvenir, cuando sostiene que la información suministrada a la demandante se acredita con la suscripción del formulario de afiliación.



En este mismo sentido, es importante advertir 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.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Colmena S.A., hoy Protección S.A. debió ofrecer a la demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, contrario a lo que señala el apoderado de la AFP Porvenir en la alzada, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto a la demandante de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez en uno y otro régimen, 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 se precisa, 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.

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 Colmena, hoy 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 prohijar que el deber de información a que se ha hecho referencia sea exigible únicamente frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Se precisa en este punto, que no es de recibo el argumento que plantea la apoderada de la demandada Colpensiones relativa a la ratificación de la afiliación de la demandante por el solo hecho de su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pues tal como lo ha enseñado la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencias SL5686-2021, SL5688-2021 y SL1055-2022, el acto jurídico ineficaz no puede sanearse como la nulidad, al respecto se adoctrinó en la última de las decisiones referidas:

*“...los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”*



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 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, 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 a la fecha la demandante se encuentra afiliada a la AFP Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y así mismo, las AFP Protección S.A. y Skandia S.A. se encuentran obligada a devolver las sumas que recibieron por concepto de gastos de administración durante el periodo en que la demandante estuvo afiliada; motivo por el que se confirmará la determinación que acogió sobre el particular el *aquo* 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, no permite a la



administradora del régimen de ahorro individual demandada 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, aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, la obligación de su devolución a Colpensiones surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación y no desde el propio momento en que se realiza la cotización, como lo plantean las accionadas Porvenir S.A. Protección S.A. y Skandia S.A.

Se advierte así mismo que tampoco merece a la Sala reparo alguno el que se hubiere ordenado el pago indexado de las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, 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.

Ahora bien, en lo que respecta a la prosperidad del llamamiento en garantía que efectuó la demandada Skandia S.A. Pensiones y Cesantías a la aseguradora Mapfre S.A.; corresponde tener en cuenta que dicha figura de carácter procesal se basa en la existencia de un derecho legal o contractual que vincula al llamante con una persona ajena al proceso y que le permite exigirle que concurra frente a la indemnización del perjuicio o el reembolso total o parcial del que eventualmente puede llegar a quedar a su cargo con la sentencia.

En tal sentido, contrario a lo que plantea la llamante, en el asunto no existe derecho de carácter legal o contractual que obligue a Mapfre S.A. a reintegrar



las sumas que percibió por concepto de seguros previsionales, pues tal obligación no deviene del contrato de aseguramiento que suscribieron y el precepto que cita la recurrente, esto es, el artículo 1137 del Código Comercio, prevé la restitución de las primas recibidas en casos específico y concreto, a saber en caso de que el seguro de personas se constituya sobre un incapaz absoluto, o cuando se constituye un seguro individual sobre la vida de un tercero sin su consentimiento.

Finalmente en torno al planteamiento que efectúa la apoderada de Colpensiones relativo a la afectación del principio de sostenibilidad financiera, basta señalar que ya la máxima Corporación de justicia laboral ha tenido la oportunidad de indicar que en los casos de ineficacia además de ordenarse el traslado de todas las sumas que conforman la cuenta de ahorro individual, ninguna autoridad estatal puede invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva <<SL-2059 de 2022>>.

En todo caso, se advierte 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.

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

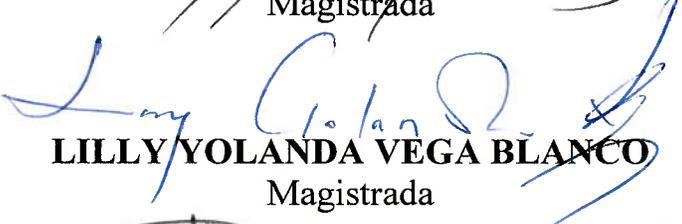
**PRIMERO.- ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral el Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

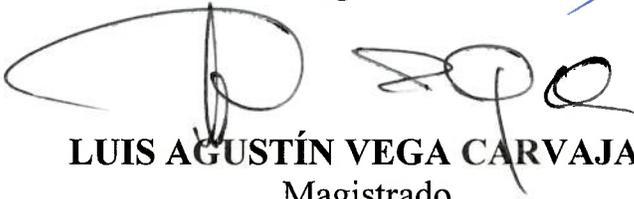
**SEGUNDO.- CONFIRMAR** lo demás la decisión de primer grado.

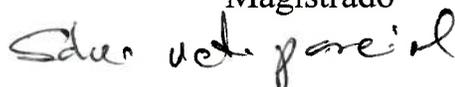
**TERCERO.- COSTAS** sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado

  
Sdte. uel. pareid



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

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

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

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 018 2020 00018 01. Proceso Ordinario Pedro José Velandia Daza 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 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 12 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 de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a la AFP Colfondos el 28 de julio de 1995 y a la AFP Porvenir el 16 de diciembre de 1999, y que se encuentra afiliado a Colpensiones; se condene a la Sociedad Administradora de Fondos



de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero que figuren en su cuenta de ahorro individual y a Colpensiones a registrar y activar su afiliación y a actualizar su historia laboral incluyendo las cotizaciones efectuadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que nació el 30 de marzo de 1959, que antes de trasladarse de régimen pensional cotizó al Instituto de Seguro Social un total de 431,43 semanas.

Indicó que el 28 de julio de 1995 se afilió a la AFP Colfondos con el propósito de trasladarse de vincularse al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, dicha administradora no le informó las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, ni la naturaleza propia de dicho régimen de capitalización.

Señaló que al momento de su traslado de régimen la AFP Colfondos S.A. no le brindó información acerca de las desventajas de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, ni sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno y otro régimen pensional.

Afirmó que el 15 de diciembre de 1999 se afilió a la AFP Porvenir S.A. y que ésta tampoco le informó acerca de las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, las implicaciones de su traslado al régimen de ahorro individual, así como tampoco acerca de los distintos escenarios comparativos de pensión en uno y otro régimen pensional.

Aseveró que durante su afiliación nunca recibió asesoría pensional completa y comprensible acerca de las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional.



Refirió que luego de contratar una asesoría particular pudo observar que había sido engañado por la AFP Porvenir y en razón a ello el 17 y 19 de junio de 2019 procedió a solicitarle a dicha entidad y a la AFP Colfondos que procedieran a anular su afiliación.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones<sup>1</sup> indicó en esencia que la elección del régimen y la administradora de régimen la efectuó el demandante de forma libre, espontánea y sin presiones. Propuso en su defensa las excepciones mérito de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.<sup>2</sup> sostuvo que no se allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación y que pretende imponer cargas adicionales que no se encontraban a cargo de las AFP para el momento en que se efectuó el traslado. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías dio respuesta a la acción a través de curador *ad litem*, quien adujo estarse a lo que se probara dentro del proceso y se abstuvo de formular excepciones en tanto que no observó elementos fácticos, ni jurídicos para formularlas.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado que efectuó el demandante el 28 de julio d 1995 al régimen de ahorro

<sup>1</sup> Cfr fls 124 y s.s. expediente físico.

<sup>2</sup> Cfr CD fl 179 expediente físico.



individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A., que se encontraba válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida; y condenó, de un lado a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del accionante, junto con las sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, y de otro, a la AFP Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones los gastos de administración y seguros previsionales que fueron descontados durante la afiliación del accionante debidamente indexados; así mismo condenó a Colpensiones a recibir las anteriores sumas y a actualizar su información laboral.

Inconforme con la anterior determinación los apoderados de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

### **FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS**

El apoderado de Colpensiones solicita se revoque la condena en costas impuesta en contra de su representada, para lo cual aduce en esencia que ésta no podía asumir ni aceptar la filiación al régimen de prima media con prestación definida del demandante dado que se encontraba dentro de la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003.

Por su parte el apoderado de la demandada Porvenir S.A. solicita se revoque en su totalidad la sentencia de primer grado, para lo cual aduce en síntesis, en primer término que el traslado de régimen del demandante se efectuó en forma libre y voluntaria, suscribiendo al efecto 3 formularios de afiliación, cuya forma preimpresa se encontraba previamente autorizada por la ley; y que además es válido en tanto que su representada cumplió con las



obligaciones que le correspondían en materia de información para el momento en que se produjo el traslado.

Recaba en este último aspecto que para la fecha que se materializaron cada uno de los traslados del demandante, no se encontraba en cabeza de las AFP el deber de buen consejo y de doble asesoría, que tampoco tenían la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales de cada régimen, que para el momento en que se produjo el traslado no existía disposición que estableciera la naturaleza de la información que se debía otorgar, y que en todo caso el demandante la obligación de informarse acerca del acto jurídico del traslado.

Afirma que en tanto no posible la negociación de las condiciones de la afiliación no se puede considerar que existiera una posición dominante por parte de las administradoras, y que además la inconformidad del demandante frente al monto de la mesada pensional no es suficiente para viciar su voluntad.

De otra parte sostiene que es improcedente la devolución de los valores correspondientes a gastos de administración y de las sumas que las AFP pagaron por concepto de primas previsionales, como parte de las restituciones mutuas, y porque dichas sumas no se encuentran destinadas a financiar la pensión, al tener conforme con la ley una destinación específica que ya se cumplió.

### **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 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



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, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la

---

*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."***



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.

Y es que contrario a lo que plantea el apoderado de la AFP Porvenir S.A., por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las administradoras de fondos de pensiones, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que 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.

Se agrega a lo anterior que a juicio de la Sala 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; de manera que no es de recibo el argumento que al efecto plante el apoderado de la AFP Porvenir.

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.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Colfondos 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 al demandante de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez en uno y otro régimen, 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 se precisa, 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, como lo plantea el apoderado de la AFP Porvenir S.A.

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 la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la 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 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 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, 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 a la fecha la demandante a la fecha se encuentra afiliada a la AFP Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y así mismo, la AFP Colfondos S.A. se encuentra obligada a devolver las sumas que recibió por concepto de gastos de administración durante el periodo en que el demandante estuvo afiliado; motivo por el que se modificará la determinación que acogió sobre el particular el *aquo*.

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, impide a las administradoras del régimen de ahorro individual demandadas retener el valor de los gastos de administración, y 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.

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 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, aspecto este último que además permite a la Sala concluir que no es procedente la imposición de la condena en costas en contra de Colpensiones.

En efecto, en tanto que el objeto del presente proceso es la declaratoria de la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual y que Colpensiones entidad no participó en el acto jurídico cuestionado, sino que su intervención



en el proceso se hace necesaria en la medida que es el actor del sistema de pensiones al que debe retornar el afiliado; a juicio de esta Sala 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 se revocará la determinación que sobre el particular acogió la servidora judicial de primer grado.

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.— ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral el Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido 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 demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

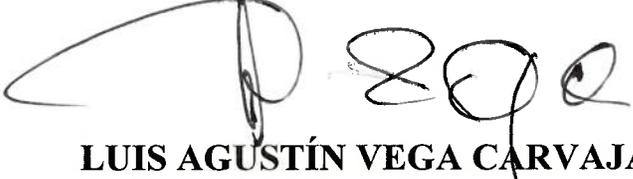
**SEGUNDO.- CONFIRMAR** lo demás la decisión de primer grado.

**TERCERO.- COSTAS** sin lugar a su imposición en esta instancia, las de primer grado se encuentran a cargo de las demandadas Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado  
*Shuo vete par'e'al*

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

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

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

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 009 2019 00391 01. Proceso Ordinario Fabián Eliecer Duque Pardo 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 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que no es válido y por ende es ineficaz el traslado régimen pensional que realizó a través del formulario de afiliación que suscribió el 12 de agosto de 1994 con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y que continúa válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar con destino a



Colpensiones los valores consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos y además se ordene a Colpensiones recibir los aportes de seguridad social que le sean trasladados con sus rendimientos correspondientes.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que nació el 23 de marzo de 1964 y cotizó al régimen de pensiones desde el 13 de noviembre de 1984 hasta septiembre de 2018.

Señaló que efectuó aportes al régimen de prima media con prestación definida desde el 13 de noviembre de 1984 hasta el 31 de agosto de 1994 y desde el mes de septiembre de la misma anualidad, hasta el mes de septiembre de 2018, ante la SAFP Porvenir S.A.

Indicó que para la fecha en que suscribió el formulario de afiliación con la SAFP Porvenir S.A., ésta no le suministró una propuesta debidamente documentada o explicada para realizar el traslado de régimen; y que tampoco le brindó una información clara, objetiva, completa y comprensible sobre las condiciones específicas de su situación pensional.

Agregó en el mismo sentido que SAFP Porvenir S.A. no le suministró información integral acerca de las consecuencias, ventajas y desventajas del régimen pensional que se le ofrecía; y que le ocultó información sobre los efectos, riesgos y consecuencias reales de todo aquello que pudiera perder o ser lesivo a la satisfacción de sus intereses.

Afirmó que el monto de su pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida a partir de que cumpla los 62 años de edad equivale a \$8'941.102,00, al cabo que en el régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. la misma sería de \$3'248.700,00



Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda oportunamente. Colpensiones<sup>1</sup> indicó en esencia que el demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de forma libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia. Propuso en su defensa las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inexistencia de la obligación de afiliación, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos, entre otras.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.<sup>2</sup> sostuvo que el traslado de régimen pensional del demandante fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, así como del funcionamiento del RAIS, circunstancia que a su juicio se desprende de la solicitud de afiliación. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado que efectuó el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A. el 12 de agosto de 1994; y condenó a Porvenir S.A. a trasladar los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encontraran en la cuenta de ahorro individual del demandante sin descontar valor alguno por concepto de cuotas de administración y comisiones, y condenó a Colpensiones a recibir las sumas correspondientes a dichos conceptos convalidando las semanas de cotización.

<sup>1</sup> Cfr fls 1 y s.s. archivo "A5 folios 59 a 78..."

<sup>2</sup> Cfr fls 1 s.s. archivo "A9 folios 107 a 235..."



Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

### **FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS**

La apoderada de Colpensiones afirma en primer término apartarse de la decisión de primer grado en tanto que guardó silencio por más de 20 años en relación con la información que le fue proporcionada en el año 1994 por parte de Horizonte, lo que a su juicio constituye un abandono por parte del demandante a su asunto pensional, y pone además de presente que faltó a su deber de diligencia y cuidado como consumidor financiero, en los términos del artículo 4° del Decreto 2241 de 2010

Agrega en el mismo sentido, que de acuerdo con el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, su traslado se produjo en forma libre y voluntaria, que estuvo de acuerdo con la decisión; y que para el momento de su traslado no contaba con expectativa legítima de pensión.

De otra parte, solicita se tenga en cuenta lo que planteó la Corte Constitucional en relación con el cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera; y la Corte Suprema de Justicia en relación con la necesidad probatoria y de establecer un vicio fuerza o dolo al momento de realizarse la afiliación, analizando cada caso en particular.

Por su parte el apoderado de la AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se revoque en su integridad la sentencia de primer grado, sostiene en esencia, de un lado que la obligación de entregar documentos al momento de realizar



el traslado surgió desde el año 2014 con ocasión de la expedición de la Ley 1748; y que conforme lo reconoció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1452 de 2019, deben diferenciarse tres momentos en punto al deber de información; y que en el presente asunto se está ante el primero de estos, de manera que su representada estaba en la obligación de brindarle información clara, completa y comprensible, y realizar un paralelo sobre los dos regímenes pensionales, lo que acreditó con el dicho del demandante al absolver interrogatorio de parte.

Solicita en este último sentido se tenga en cuenta que el demandante suscribió el formulario de afiliación en forma libre y voluntaria aceptando las características del régimen pensional; y que dicho formulario cumplía el lleno de los requisitos exigidos por la Superintendencia Financiera.

Aduce que de acuerdo con el interrogatorio de parte, la intención del demandante no es trasladarse o solicitar la ineficacia por el incumplimiento al deber de información, sino que lo es por una mera expectativa pensional lo que no se ajusta a la causal prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

De otra parte indicó que tampoco es viable la devolución de los gastos de administración teniendo en cuenta que de acuerdo con lo establecido en el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el régimen de prima media también se destina el 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivencia; y que dichos gastos de administración no forman parte integral de los dineros destinados a financiar la prestación de vejez.

Agrega en este último sentido que de acuerdo con el concepto emitido por la Superintendencia Financiera en el año 2020 acerca de los conceptos que se deben devolver en caso de que se declare la ineficacia del traslado, así como



lo establecido en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, no es procedente la devolución de sumas diferentes a las cotizaciones junto con los rendimientos financieros; y que en todo caso tales sumas de dinero ya se encuentran prescritas en la medida que no están llamados a financiar la prestación de vejez del demandante en ninguno de los dos regímenes.

### **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 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>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 incumben 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 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***



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, 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.

Y es que contrario a lo que plantea la apoderada de Colpensiones, por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las administradoras de fondos de pensiones, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que 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.

Se agrega a lo anterior que a juicio de la Sala 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

---

*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.”.*



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.

Así mismo, contrario a lo que señala el apoderado de la AFP Porvenir S.A., del interrogatorio de parte absuelto por el demandante no es posible establecer que se le haya brindado la información en la forma antes indicada, pues si bien refiere que se le indicaron algunos aspectos propios de dicho régimen, como la posibilidad de pensionarse anticipadamente, que el monto de sus cotizaciones formarían una cuenta de ahorro individual y que generaban unos rendimientos, tales aspectos resultan insuficientes para que el accionante adoptara la decisión consciente e informada acerca de la conveniencia de su traslado.

Es importante advertir 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.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A.. debió ofrecer al demandante una información clara, completa, comprensible 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 en uno y otro régimen, 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 tal como lo reconoce el apoderado



de la AFP Porvenir S.A., 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.

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 tienen 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 Horizonte, 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 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 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, 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 a la fecha el demandante continúa



afiliado a la AFP Porvenir S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que la administradora de fondos privados conserve las sumas que descontó 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, impide a la AFP Porvenir S.A. retener el valor de los gastos de administración.

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, tampoco es procedente declarar la prosperidad del referido medio exceptivo en la medida que la



obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Finalmente, en punto al desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera, basta señalar que ya la máxima Corporación de justicia laboral ha tenido la oportunidad de indicar que en los casos de ineficacia además de ordenarse el traslado de todas las sumas que conforman la cuenta de ahorro individual, ninguna autoridad estatal puede invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva <<SL-2059 de 2022>>.

Frente a este punto, 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 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 igualmente 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.- ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral el Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido 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 demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** lo demás la decisión de primer grado.

**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  
*Se da voto parcial*