



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

## **LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

### **Magistrada Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **OMAR DE JESÚS JIMÉNEZ DANGOND** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**

**EXP. 11001 31 05 028 2019 00324 01.**

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A. y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2022, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

### **I. ANTECEDENTES**

Pretende el demandante que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida “RPMPD” (Cajanal) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad “RAIS”, administrado por Porvenir, y en consecuencia, que se ordene a Porvenir trasladar a Colpensiones las cotizaciones aportadas a dicho fondo, y a Colpensiones recibir los montos trasladados.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 25 de diciembre de 1955, se afilió a Cajanal el 21 de enero de 1991, se trasladó el 18 de julio de 1995 a la AFP Porvenir; que el asesor de la AFP le ofreció mejores rendimientos financieros, beneficios en su pensión, le dijo que se pensionaría a una edad inferior que en el RPM, no le suministró una correcta y suficiente información sobre las ventajas y desventajas del traslado, ni en qué consistían las condiciones propias del RAIS; que firmó el formulario de vinculación por las propuestas engañosas que le hizo el asesor comercial de Porvenir, quien le dijo también que el RPMPD se iba a acabar; que cotizó en Colfondos los periodos de septiembre de 1997 y marzo de 1999; y que, cuenta con 1195 semanas cotizadas al RAIS.

## **II. TRÁMITE PROCESAL**

La demanda se admitió el 24 de julio de 2019, previa subsanación, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 62), y mediante auto del 3 de noviembre de 2020 se dispuso la vinculación de Colfondos SA Pensiones y Cesantías. Las demandadas dieron respuesta de manera oportuna.

**Porvenir** se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Respecto a los hechos, advirtió que la afiliación del actor fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños; que las condiciones de reconocimiento pensional se encuentran definidas y establecidas por la ley; que la capacidad y entendimiento del actor no fueron vulnerados al momento de la afiliación; los demás dijo no constarle. En su defensa propuso como excepciones las que denominó prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (f.º 65 - 84).

**Colfondos** presentó oposición frente a la prosperidad de las pretensiones que el involucren. De los hechos, admitió la fecha de nacimiento del actor; dijo que agotó los requisitos exigibles por la ley para brindar al afiliado la información eficaz, oportuna y clara; lo demás, dijo no constarle. En su defensa propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago (f.º 130).

**Colpensiones** contestó con oposición a todas las pretensiones. Dijo no constarle ninguno de los hechos. En su defensa, formuló las excepciones de inexistencia afectación por protección judicial SL373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y buena fe (f.º 136).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 141).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 21 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante al RAIS, del 8 de noviembre de 1994, por intermedio de la AFP Colfondos SA, y en consecuencia, como afiliación válida la del RPMPD administrado hoy por Colpensiones; condenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor; a Colpensiones a activar la afiliación del actor en el RPMPD y actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Porvenir.

Encontró acreditado que el actor efectuó cotizaciones en el RPM entre el 11 de agosto de 1981 y el 10 de diciembre de 1986 y entre el 21 de enero de 1991 y 31 de julio de 1995, acumulando un total de 514 semanas; que el 18 de julio de 1995 suscribió formulario de solicitud de vinculación a la AFP Porvenir y el 25 de mayo de 2001 suscribió nuevo formulario de afiliación a esa administradora; que el traslado de régimen pensional ocurrió con la AFP Colfondos el 8 de noviembre de 1994, según historial de vinculaciones.

Consideró que la transgresión del deber de información debía abordarse desde la ineficacia, consecuencia jurídica consagrada en el art. 279 de la Ley 100 de 1993; que resulta desproporcionado exigir al afiliado que demuestre la ocurrencia de un vicio del consentimiento; que le correspondía a la AFP Colfondos la carga de probar las condiciones en las que hizo el ofrecimiento y se

le otorgó el traslado de régimen al demandante, si se le brindó información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo, y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales, para que su consentimiento fuese efectivamente informado.

Concluyó que en el plenario no se acreditó que el demandante hubiese recibido la información por parte de la AFP Colfondos sobre las ventajas y desventajas que le conllevaba el cambio de régimen; que en interrogatorio de parte no narró las circunstancias que lo llevaron a suscribir el formulario de afiliación; que analizado en conjunto los medios de prueba, se colige que la AFP no acreditó haberle suministrado la información clara, precisa y detallada, sobre las consecuencias de su traslado al fondo privado, lo que constituye omisión en su deber de información; y que, debía declararse la ineficacia del traslado de régimen, y en consecuencia, invalidarse los traslados en el RAIS.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

**Porvenir** solicitó que se revocara la sentencia proferida en primera instancia, argumentando que no se tuvo en cuenta el formulario de afiliación suscrito por el demandante, documento en el que constaba la solicitud de vinculación, que no se le puede solicitar documentos o soportes que no se requerían para la época de la mencionada afiliación; que el demandante se vinculó en 1994 y decidió permanecer en el régimen, por más de 20 años, lo que demuestra que quería pertenecer al RAIS; que la motivación del demandante para solicitar la ineficacia del traslado recae en la aspiración pensional, la diferencia que se puede surtir en su mesada pensional; que se afecta la sostenibilidad financiera, pues el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal para retornar al RPMPD contenida en la Ley 797 de 2003; y, la condena a devolver los gastos de administración no es procedente, en la medida en que estos son descuentos legales que se generan en ambos regímenes, y funcionan como contraprestación por la administración realizada por las AFP, y para asegurar los riesgos de vejez y muerte del afiliado, además de que la Superintendencia Financiera, en concepto del 27 de enero del 2020, estableció que no procede la mencionada condena en casos de ineficacia de traslado.

#### **V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 13 de mayo de 2022 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Colpensiones y Porvenir presentaron sus alegaciones reiterando los argumentos expuestos en las contestaciones de demanda, así como en la sustentación del recurso de apelación.

## **VI.ACLARACIÓN PREVIA**

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el

referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acatará en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

## I. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 25 de diciembre de 1955 (f.º 16); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 11 de agosto de 1981 hasta el 10 de diciembre de 1986, 278,29 semanas (f.º 136, exp. Administrativo, archivo GRP-SCH-HL-); **iii)** que el 08 de noviembre de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA, con fecha de efectividad desde 1º de diciembre de 1994 (f.º 130, pág. 96), para luego trasladarse a Porvenir SA el 18 de julio de 1995 (f.º 20), administradora a la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1709 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 21 a 34.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su

afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

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

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

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

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a

una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos SA, el 8 de noviembre de 1994, posteriormente se trasladó a Porvenir SA, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de

régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la Colfondos SA Pensiones y Cesantías, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración

del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 8 de noviembre de 1994, con su afiliación a la AFP Colfondos, así como el posterior surtido con destino a la AFP Porvenir.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, “(...) pues, *recuérdese*, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”<sup>1</sup>, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

---

<sup>1</sup> CSJ SL1688-2019.

Por lo expuesto, se **adicionar** el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, para ordenar también a la AFP Colfondos, la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, y a ambas AFP efectuar la discriminación y detalle de los valores devueltos.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

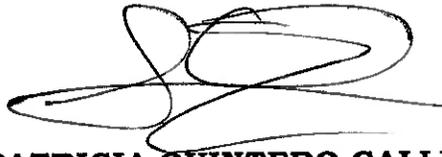
**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2022, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA** y a **COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS**, a trasladar a COLPENSIONES los aportes pensionales, bonos pensionales, valores descontados sobre los aportes efectuados durante el tiempo en el que ÓMAR DE JESÚS JIMÉNEZ DANGOND estuvo vinculado a esa AFP, por concepto de primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aporte pagado, para lo que se concede un término de un mes, acorde con lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**CUARTO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendándose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Magistrada ponente



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

Magistrado



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Segunda de Decisión Laboral

## **LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

### **Magistrada Ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO LABORAL – **SENTENCIA**  
**RADICACIÓN:** 11001 31 05 **012 2018 00490 01**  
**DEMANDANTE:** DEYSI ORTIZ ARIAS  
**DEMANDADO:** BAVARIA SA y COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN SA - SERDAN SA

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 3 de junio de 2021, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

### **I. ANTECEDENTES**

Pretende la demandante que se declare que entre ella y la empresa Serdan SA, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 24 de enero de 1996 hasta el 16 de abril de 2018; que consecuentemente, se condene a Serdan SA y solidariamente a Bavaria SA, al pago de la indemnización por despido sin justa causa, así como al pago de la incapacidad médica dada por la Nueva EPS por los periodos comprendidos entre el 13 al 22 de marzo de 2018 y el 18 de abril al 2 de mayo de la misma anualidad, junto con los intereses de mora correspondientes por su falta de pago.

Subsidiariamente, solicitó que se declare que su despido fue ineficaz, pues su “desafiliación” se dio desde el 4 de abril de 2018, fecha para la cual se encontraba disfrutando de su periodo de vacaciones.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, señaló que el 24 de enero de 1996 celebró un contrato de trabajo por obra o labor determinada con la sociedad Serdan SA; que el cargo que inicialmente desempeñó fue el de promotora, sin embargo, en realidad era pre vendedora, y posteriormente representante de ventas; que su salario inicial fue de \$120.000, pagados en quincenas vencidas, y que para la fecha de su despido, oscilaba en la suma de \$1.366.068 mensuales; que su horario laboral era de lunes a sábado, de 6:30 am hasta “finalizar su jornada”, lo que podía ocurrir entre las 6:00 y las 7:30 pm.

Adujo, que la labor que le fue encomendada, la ejecutó personalmente en las instalaciones de la empresa Bavaria SA, en la ciudad de Bogotá; que estuvo subordinada a través de su jefe inmediata delegada por aquella sociedad, y por Serdan SA, quien pagaba su remuneración, le daba instrucciones sobre la forma en que debía ejercer las funciones inherentes a su cargo y el horario que debía cumplir; que el 12 de marzo de 2018 presentó problemas de salud y fue hospitalizada en la Clínica Méredi de ésta ciudad, y dos días después fue operada, por lo que se le otorgó una incapacidad de 10 días, del 13 al 22 de marzo de 2018, la que fue puesta en conocimiento de su jefe inmediata de Serdan SA, Señora Marcela Castro, quien le informó que le darían inmediatamente sus vacaciones, ya que anticipadamente las había solicitado, sin tener en cuenta que la incapacidad las interrumpía.

Expuso, que el 13 de abril del mismo año, acudió nuevamente al médico, ya que continuaba sintiéndose muy enferma, situación de la que puso en conocimiento a su jefe inmediata de Serdan SA; que el 16 de abril siguiente se reintegró a su puesto de trabajo, sin embargo, se le comunicó por escrito que su contrato de trabajo terminaría en esa oportunidad, debido a que la labor para la cual fue contratada había concluido, razón por la que le comunicó a su jefe inmediata que aún se encontraba delicada de salud y que al día siguiente tenía una cita médica, quien le manifestó que la empresa le informaría la fecha en que debía presentarse a realizar su examen médico de egreso, situación que nunca ocurrió.

Finalmente, indicó que continuó delicada de salud, por lo que tuvo que volver a ser operada e incapacitada; que ‘la demandada’ nunca le pagó la incapacidad del 13 al 22 de marzo de 2018, por lo que acudió ante Nueva EPS con el fin de solicitar su pago, sin embargo, la entidad le informó que la misma

no había sido reportada por su empleador Serdan SA, y que tras revisar el estado de su cuenta individual por afiliado, se determinó que la fecha de novedad de retiro fue del 4 de abril de 2018, momento en que su relación con Serdan SA continuaba vigente (f.º 2 a 9).

## II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 10 de septiembre de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 100), quienes dieron respuesta oportuna.

**Serdan SA** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. De los hechos, admitió la celebración del contrato por obra o labor; indicó que se le pagaron todas las acreencias laborales; y que, pese a que la demandante si informó a su jefe que estaba incapacitada, no le remitió la incapacidad, y las vacaciones pedidas le fueron otorgadas. En su defensa, formuló las excepciones de mérito que denominó ausencia de prueba, terminación del contrato de trabajo por terminación de la labor u obra, inexistencia de estabilidad laboral reforzada, pago compensación, cobro de lo no debido y buena fe (f.º 205-212).

**Bavaria SA**, se opuso también a lo pretendido y llamó en garantía a la Compañía **Seguros del Estado SA**. Señaló que no tuvo vínculo de ninguna naturaleza con la demandante, quien no le ha prestado servicios de ninguna naturaleza, ni le constan los hechos relacionados con ella y Serdan SA. Formuló como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la sociedad demandada Bavaria SA, inexistencia de la solidaridad alegada por la actora en cabeza de Bavaria, cobro de lo no debido, buena fe de la demandada Bavaria SA, mala fe de la demandante, prescripción, pago y compensación (f.º 265-279).

Mediante auto del 15 de febrero de 2019, el *a quo* aceptó el llamamiento en garantía efectuado por la demandada Bavaria SA, y ordenó notificar personalmente a Seguros del Estado SA, para que contestara la demanda y el llamamiento en garantía (f.º 264).

**Seguros del Estado SA** manifestó oposición a las pretensiones de la demanda y del llamamiento. Formuló como excepción de fondo frente a la demanda, la que denominó ausencia de responsabilidad de Bavaria SA por cuanto

no se encuentra probada la solidaridad; y, frente al llamamiento en garantía, las de ausencia de cobertura de la póliza por ocurrencia del presunto siniestro fuera de la vigencia de la misma, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento particular, imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento particular por una eventual condena por el concepto de vacaciones, imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento particular por una eventual condena por la imposición de la sanción moratoria, inexistencia de la obligación a cargo de la aseguradora en caso de que resulte una posible condena por acreencias laborales a cargo de Bavaria SA en relación con la póliza de RCE N° 14-40-101019448, compensación, y límite de la responsabilidad (f.º 307-321).

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 3 de junio de 2021, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, suerte que corrió también con la llamada en garantía Seguros del Estado SA; declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, y no condenó en costas (f.º 344).

Consideró que el debate fue confuso, y la demanda no precisó la causa de la solidaridad, si la figura del contratista independiente del art. 34 del CST, o la del simple intermediario, conforme al art. 35 *ibídem*; concluyó que se trató de una tercerización válida, y en todo caso, que en este asunto no se verifica la falta de pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones, que el contrato de trabajo terminó por una causal legal, cual es la finalización de la obra para la que fue contratada la demandante. Respecto al pago de las incapacidades, advirtió que fueron prescritas después de la terminación del contrato de trabajo.

### IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** adujo que no se tuvieron en cuenta los documentos allegados en la demanda, así como los contratos y el tipo de vinculación que se efectuó inicialmente. Adujo, que con la demanda se pretendió, más allá de determinar si el despido fue justo o no, verificar si se daba cumplimiento a la normativa vigente respecto de la utilización de empresas temporales para el suministro de personal; que no analizó la regulación legal de tal tipo de relaciones, más aún cuando no debería tratarse de un trabajador en misión, sino

uno que desarrolla una actividad permanente, razón por la que no debió corresponder a una contratación temporal, toda vez que conforme a la realidad, su situación sí cumple con los requisitos dispuestos por el legislador para que se declare la existencia de un contrato de trabajo, sumado a que, fue despedida mientras estaba de vacaciones y venía de una incapacidad; temas respecto de los cuales el *a quo* no efectuó ninguna manifestación.

## V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si fue objeto de controversia entre las partes, la existencia de una intermediación laboral ilegítima, y en consecuencia, cuál de las demandadas fungió como verdadero empleador de la demandante, si Bavaria SA o Serdan SA, así mismo, si se trató de un contrato de trabajo a término indefinido que terminó sin justa causa, o como lo resolvió la instancia, si fue por duración de la obra, y su terminación fue por esa causa legal; conforme a lo anterior, si hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa, a cargo de cuál de las demandadas; y, si hay lugar o no, al pago de las incapacidades reclamadas por la demandante.

Para resolver la controversia planteada, lo primero que ha de precisar la Sala, es que en el presente asunto se encuentra acreditado que la demandante suscribió un contrato individual de trabajo con la Sociedad Serdan SA “*de duración por la labor contratada*”, que tuvo por objeto “*desarrollar las labores de promoción e impulso de los productos de Bavaria SA*”, cuya fecha de iniciación de labores data del 24 de enero de 1996 (f.º 28-29), y finalizó el 16 de abril de 2018 (f.º 59), como consecuencia de la modificación de las estrategias del mercado efectuada por parte de Bavaria SA, en virtud del contrato comercial n.º F17-000386 suscrito entre aquella y Serdan SA, con la consecuente terminación de la obra para la que la demandante fue contratada (f.º 247-260).

Advierte la Sala que de conformidad con las pretensiones de la demanda, y la fijación del litigio, contrario a lo aducido por la recurrente en la sustentación de la alzada, en momento alguno fue controvertida la condición de la empresa demandada Serdan SA, como verdadero y único empleador de la demandante, no solicitó ni expresa ni tácitamente que se analizará una intermediación laboral ilegítima, ni adujo la presunta contratación a través de una Empresa de Servicios Temporales como política de suministro personal a Bavaria SA, sin el

cumplimiento de los supuestos normativos necesarios para la validez de ese tipo de contratación, con la única finalidad de evadir el pago de acreencias laborales como lo insinuó en esa oportunidad procesal, se itera, la sustentación del recurso de apelación; ello, por cuanto las pretensiones de la demanda se centraron en la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo con Serdan SA, así como la condena a ésta, en calidad de empleador, y solidariamente a Bavaria.

Por lo anterior, los supuestos y el análisis que extraña la parte actora en la sentencia confutada, no fueron objeto de la decisión pues no hicieron parte del debate jurídico probatorio, se reitera, acorde con las pretensiones y hechos debatidos, virtud de lo dispuesto en el art. 281 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión del art. 145 del CPTSS, y en concordancia con lo establecido en el art 50 *ibídem*; conforme a ello, en ese punto se limitó el *a quo* a verificar la fuente normativa de la solidaridad reclamada, en tanto no se estableció con meridiana claridad en el cuerpo de la demanda, para concluir que solo podía derivarse de la condición de contratante cuyo objeto social, actividades o giro ordinario de negocios no resulta extraño, esto es, cuando coincide con el del contratista independiente respecto de la actividad que le fue contratada, según lo previsto en el art. 34 del CST, encontrando que no se trató de una simple intermediación, según lo establecido en el art. 35 *ibídem*, sino de una verdadera tercerización de un proceso por parte de Bavaria y a través de Sertan, a través de la primera figura aducida, la que concluyó es válida, más allá de las responsabilidades que en cada caso se generen como consecuencia de ese tipo de contratación, como en este caso, la solidaridad perseguida.

Sin embargo, dado que no encontró precedente ninguna condena, tras considerar que no se verificó la falta de pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones, puesto que encontró que en verdad el contrato de trabajo se celebró por el tiempo que durara la realización de la obra o labor determinada, acuerdo que consideró válido en el marco circunstancial en el que se desarrolló, se itera, en virtud del contrato celebrado entre Serdan SA y Bavaria para la promoción e impulso de los productos de esta última, y que había terminado por una causa legal, cual es la terminación del contrato celebrado entre las demandadas, para cuyo desarrollo y ejecución se había contratado a la demandante.

Tales asertos jurídico y probatorios que soportaron la decisión de primera instancia, pese a no haberse controvertido de manera específica por la apelante,

según es requerido en armonía con el principio de consonancia previsto en el art. 66A del CPTSS, la Sala los encuentra acertados, con la documental obrante en el proceso, esto es, el contrato individual de trabajo celebrado entre Serdan y la demandante (f.º 28 y 29), la comunicación que le fue entregada a la trabajadora el 16 de abril de 2016 en la que se le informó de la modificación de las estrategias de mercado de la contratante, que daba lugar a la reducción del servicio a nivel nacional y la terminación de la labor para la que fue contratada (f.º 59), lo que encontró fehacientemente acreditado el juez de instancia, sin que tal acreditación y en particular la terminación de la labor, fuera refutada en la sustentación del recurso de apelación.

Ahora, respecto a la finalización del vínculo contractual de la demandante con Serdan SA, resulta necesario tener en cuenta lo consignado en el contrato en el que se indicó que *“el presente contrato estará vigente hasta que la cláusula 11va esté vigente”*; estipulación en la que se dejó consignado que *“el presente contrato se celebra por el término necesario para la realización de la obra o labor determinada consistente en el cumplimiento del contrato suscrito por las empresas Bavaria y Serdan S.A.”*.

Adicionalmente, a folios 261 a 263 se allegó por la demandada Serdan SA, el hilo de correos electrónicos mediante el cual se les comunicó por parte de Bavaria SA, la decisión de modificar el contrato comercial n.º F17-000386, así:

“atendiendo a lo dispuesto en el numeral 4.5.6 y 4.5.7 “obligaciones de la empresa” del contrato No. F17-000386 nos permitimos informar que debido a las nuevas proyecciones de negocios y a la modificación consecuente de la estrategia de mercado de Bavaria S.A. que se ha determinado para el año 2018, les notificamos que a partir del día 6 de abril habrá una reducción del servicio a nivel nacional en un 30.4% (Urbano, Rural y KA) de la operación actual a nivel nacional.

Para los sectores de cuentas claves desistiremos del servicio que ustedes nos prestan en los 52 sectores que corresponden al 100% de su operación en la actualidad a partir de la misma fecha.

Por lo anterior, les solicitamos que realicen los ajustes operativos correspondientes para atender el nivel servicio en las dimensiones descritas, con el fin de continuar la ejecución del contrato en los términos y condiciones así dispuestos.”

Conforme a lo anterior, se tiene que la razón por la que terminó la labor por la que la demandante fue contratada, fue la modificación efectuada por Bavaria SA al contrato comercial suscrito por Serdan SA, y fue ello lo que el juez de instancia encontró acreditado, como en líneas anteriores se precisó, a partir del 16 de abril de 2018, sin que, como se afirmó en la alzada, para tal fecha se encontrara la trabajadora incapacitada o en su descanso remunerado, ni se

evidencien circunstancias diferentes que permitan llegar a un raciocinio distinto, razón por la cual no resulta procedente revocar la sentencia para acceder a lo peticionado por indemnización por despido sin justa causa.

Además, como lo adujo el juzgador en sus consideraciones, no se logró acreditar dentro del proceso, que entre las partes hubiese existido un contrato de trabajo a término indefinido, ni de la documental obrante en el plenario, ni de las afirmaciones efectuadas por los testigos se puede acceder a tal declaración, ya que, pese a que Luz Dary Ramírez Chávez y Diana Teresa Bello Gómez, coincidieron en afirmar que el contrato que la demandante había suscrito con la mentada demandada fue a término indefinido, lo cierto es que sus dichos constituyen simples suposiciones, pues las mismas no tuvieron acceso al contrato suscrito por la aquí demandante, y su conocimiento se desprende de lo informado a ellas por la misma demandante, en todo caso, no tiene la entidad suficiente para restar validez o eficacia al acuerdo contractual signado, arrojado por ambas partes al plenario.

Conviene precisar que según el artículo 61 del CPTSS, el fallador está facultado para dar más credibilidad a unos medios probatorios que a otros, concretamente, en aquellos casos en que respecto de una misma situación, exista un número plural de pruebas que se contraponen, es decir, que ante eventualidades que sean contradictorias, como la que así se advierte, dependiendo del número de pruebas en el expediente, el juzgador está habilitado para formar su convencimiento de manera libre, con inspiración en los principios científicos que informan la sana crítica de la prueba, con base en aquellas que más lo persuadan y en atención a las circunstancias relevantes del pleito, así como a la conducta procesal desplegada por las partes, salvo cuando se exija determinada solemnidad *ad substantiam actus* o *ad solemnitatem*, que justamente no corresponde a lo que aquí aconteció.

Aunado a ello, es necesario poner presente, que el hecho de que un contrato por obra o labor contratada perdure en el tiempo no genera una mutación del mismo en indefinido, ni un cambio en su naturaleza, pues, tal cosa depende única y exclusivamente en el acuerdo de voluntades, máxime cuando el empleador es libre de escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades y por ende tal relación contractual, goza de plena legitimidad dentro de nuestro ordenamiento (CSJ sentencias SL3535 del 25 de marzo de 2015 Rad. 38239 y SL15610 del 19 de octubre de 2016 Rad. 48879).

Por lo hasta aquí expuesto, no hay lugar a modificar la decisión de primera instancia para declarar que el contrato que unió a las partes fue uno de trabajo a término indefinido, menos aún a declarar que el verdadero empleador del actor lo fue Bavaria SA, ni a condenar al empleador al pago de indemnización por despido sin justa causa.

Por otra parte, aduce la demandante que la empresa Serdan SA, a la finalización de su contrato de trabajo no efectuó el pago de las incapacidades que le fueron otorgadas por los periodos del 13 de marzo al 22 de marzo de 2018 y del 18 de abril al 2 de mayo de la misma anualidad.

Al respecto, se precisa que la segunda de las incapacidades mencionadas se otorgó a la demandante fuera de la vigencia de la relación contractual que ataba a las partes, por lo que resulta improcedente el pago por parte de su ex-empleador Serdan SA, ya que, el cobro de la misma debe efectuarse directamente a la EPS a la cual se encuentra afiliada.

Ahora, frente al pago de la incapacidad correspondiente al periodo entre el 13 de marzo y el 22 de marzo de 2018, visible a folio 41 del plenario, pese a que la demandada Serdan SA en su contestación, adujo haber pagado todas y cada una de las incapacidades generadas por la EPS a la demandante, resulta necesario advertir, que no allega prueba de su dicho, pues, en ninguno de los volantes de nómina anexos a folios 230 y 231 del expediente se avizora un pago por tal concepto, así como tampoco se observa en el volante de nómina de mayo visible a folio 232, el cual parecería ser su liquidación final de prestaciones sociales.

Además, tampoco resulta válido su dicho respecto de que el responsable de efectuar tal pago es la EPS a la que se encuentra afiliada la actora, puesto que si bien es cierto que la encargada de reconocer tales prestaciones económicas a los trabajadores cotizantes es la EPS, siempre que se den las condiciones previstas en la ley para ello, no es menos cierto que quien debe efectuar el pago al trabajador es el empleador, según lo previsto en el art. 121 del Decreto 019 de 2012, y posteriormente, solicitar el reintegro a la EPS de los valores pagados por concepto de incapacidad, para lo cual, debe allegar el certificado respectivo, emitido por el médico tratante, el mismo que debía ser entregado por la trabajadora para acreditar la incapacidad temporal ante su trabajador, en este

caso, la interrupción de las vacaciones que se encontraba disfrutando según lo alega, o las razones por las cuales no acude a su lugar de trabajo en ese periodo, empero, en este caso, pese a que la demandante aduce en el hecho 9 de la demanda que fue incapacitada, en el 10 que informó a su jefe inmediata de esa incapacidad, la misma que menciona en el 11 no fue tomada en cuenta al momento de otorgar las vacaciones, y en el 16 que la misma nunca le fue pagado el auxilio por incapacidad, la demandada Serdan SA tan solo admitió en respuesta a los hechos 10 y 11, que la trabajadora informó a su jefe de la incapacidad a través de mensaje de WhatsApp, pero “*NO le remitió la incapacidad*”, sin que obre en el plenario prueba alguna que permita establecer que tal incapacidad fue acreditada ante el empleador en vigencia del vínculo laboral, para que este procediera a su pago y a solicitar el reembolso a la EPS respectiva, lo que no impedía que la demandante procurara su reconocimiento y pago ante la entidad de seguridad social.

Por lo expuesto, ante la falta de acreditación de la incapacidad prescrita, en vigencia del vínculo laboral y el disfrute de su periodo de vacaciones, el empleador no se encontraba obligado a pagar el auxilio monetario respectivo, y proceder por nómina a disponer la interrupción de las vacaciones, para efectuar los ajustes respectivos en las acreencias laborales causadas a favor de la trabajadora, y es por ello, que se confirmará también en ese aspecto la absolución.

Sin costas en la instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 3 de junio de 2021, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**TERCERO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose a los términos previstos en el Artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Magistrada ponente



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

Magistrado

(\*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta\\_cendoj\\_ramajudicial\\_gov\\_co/E1SDOSRCZDZKvjech0KawTEBZjyzECik8zMWWcWF8GnSNA?e=reshbT](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/E1SDOSRCZDZKvjech0KawTEBZjyzECik8zMWWcWF8GnSNA?e=reshbT)



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Segunda de Decisión Laboral

## **LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

### **Magistrada Ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**  
**RADICACIÓN:** 11001 31 05 **019 2016 00376 01**  
**DEMANDANTE:** CLARA INÉS SÁNCHEZ RAMÍREZ  
**DEMANDADO:** UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN  
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA  
PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP  
**LITISCONSORTE:** ANA LUZ LAGO GARCÍA

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por la UGPP y la litisconsorte – interviniente excluyente Ana Luz Lago García, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, respecto de la sentencia proferida el 25 de marzo de 2021, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

### **I. ANTECEDENTES**

Pretende la demandante, que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por su compañero permanente, Cecilio Angarita Tingelly, que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la prestación, a partir del 13 de diciembre de 2014, con los incrementos anuales de ley más la indexación.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que a Cecilio Angarita Tingelly, mediante Resolución n.º 000087 le fue reconocida una pensión

vitalicia de jubilación, por la extinta Caja Nacional de Previsión Social, hoy UGPP, efectiva desde el 1.º de diciembre de 1993; que el pensionado falleció el 13 de diciembre de 2014; que convivió con él por un espacio de 7 años aproximadamente; que reclamó ante la UGPP la pensión de sobrevivientes, y la entidad, mediante Resolución n.º RDP018679 del 13 de mayo de 2015, le negó dicha prestación con el argumento de que se había presentado a reclamar el mismo derecho la señora Ana Luz Lago García, alegando también la calidad de compañera permanente del causante.

Sostuvo, que el 31 de enero de 2011, mediante declaración rendida ante la Notaría Única de Tunja, el causante y ella declararon que convivieron en unión libre, de manera pública, como compañeros permanentes, compartiendo techo, lecho, afecto y alimentos por un lapso de 7 años aproximadamente; que no procrearon hijos, y que ella dependía únicamente de él; que el 17 de febrero de 2015, en declaración extrajuicio, expresó igualmente la convivencia desde el 6 de julio de 2002 hasta el día del fallecimiento del causante, y en igual sentido, declararon los señores Jairo Humberto Trujillo Aragón y Gustavo Gutiérrez Montoya (f.º 24 - 28).

## II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue conocida inicialmente por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué, quien en proveído de 16 de junio de 2016, declaró la falta de competencia, y remitió el expediente a la Oficina Judicial de Reparto de esta ciudad, correspondiendo el conocimiento del mismo al Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá DC, quien mediante auto 30 de junio de 2016, ordenó su notificación y traslado a la demandada y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (f.º 35).

**La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscal - UGPP**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Arguyó, que no era competente para resolver lo pretendido por la actora, como quiera que a reclamar la pensión de sobrevivientes también se presentó la señora Ana Luz Lago García, alegando ser la compañera permanente del causante, por lo que dicha controversia únicamente podía ser dirimida por la justicia ordinaria; y, que la actora no acreditaba el cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 13 y 14 de la Ley 797 de 2003 para ser beneficiaria de la pensión de

sobrevivientes, por no existir claridad respecto del tiempo de convivencia que hubo entre el fallecido y las reclamantes. Propuso las excepciones de imposibilidad para la entidad de reconocer la pensión por falta de competencia, falta de legitimidad en la causa por activa, inexistencia de la obligación y falta de cumplimiento de los requisitos legales, prescripción, cobro de lo no debido, compensación y buena fe (f.º 57 - 63).

Mediante auto de 30 de mayo de 2018, el *a quo* ordenó integrar a la señora **Ana Luz Lago García** como litis consorte necesario, quien fue notificada de dicha calidad el día 31 de agosto de 2018 (f.º 100), se opuso a las pretensiones de la demanda. Alegó, que desconocía la convivencia existente entre el causante y la demandante, y que ella convivió con Cecilio Angarita Tingelly durante sus últimos 15 años de vida compartiendo techo, lecho y mesa con él, de manera ininterrumpida. Invocó la excepción de inexistencia del derecho por parte de la demandante (f.º 161 - 165).

**La Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a encontrarse debida y legalmente notificada.

La parte actora, en uso de la facultad establecida en el art. 28 del CPTSS, reformó la demanda en el sentido de indicar que convivió con el causante durante los últimos 5 años de vida de este, y que no existió convivencia entre el fallecido y la señora Ana Luz Lago García en ese periodo (f.º 152 - 160). La reforma a la demanda fue admitida en auto de 31 de octubre de 2018 (f.º 181).

Tanto La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscal - UGPP, y Ana Luz Lago García, reiteraron lo expuesto en sus escritos de contestación, al dar respuesta a la reforma a la demanda (f.º 182 - 186, y f.º 217 - 215).

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 25 de marzo de 2021, condenó a la UGPP a reconocer y pagar a Clara Inés Sánchez Ramírez, la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente, señor Cecilio Angarita Tingelly, a partir del 14 de diciembre de 2014, en cuantía igual al 100% de la mesada pensional que venía percibiendo al momento del deceso, y en adelante con los respectivos reajustes legales, junto al

retroactivo, desde dicha calenda hasta que se produjera la efectiva inclusión en nómina; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, y declaró no probada las excepciones propuestas.

Consideró que el problema jurídico a resolver, consistía en determinar a cuál de las dos reclamantes, le asistía el derecho de la sustitución pensional del causante, Cecilio Angarita Tingelly, quien fue pensionado por la Caja Nacional de Previsión, y falleció el 13 de diciembre de 2014; que la norma aplicable al presente caso correspondía a la que se encontraba vigente al momento del deceso del causante, esto es los arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los arts. 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

Después de hacer un recuento normativo sobre los requisitos exigidos en los referidos artículos, para acceder a la pensión de sobrevivientes, como son la convivencia dentro de los cinco (5) años anteriores a la muerte del pensionado, así como la comprobación de la unión, comunidad de vida, ayuda y socorro mutuo para la protección del núcleo vital de la familia, tal como lo ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas sentencias, el juzgado estimó que con el material probatorio arrimado al proceso Clara Inés Sánchez acreditó dichos requisitos, pues se comprobó que convivió con el causante por más de 10 años aproximadamente, desde el año 2004 hasta la muerte de este.

Respecto de la litis consorte necesaria Ana Luz Lago García, indicó que no se demostró la convivencia con el causante dentro del lapso legal requerido, pues si bien tuvo tres hijos con él, no se comprobó la existencia de comunidad de vida, ayuda y socorro mutuo, ni siquiera con los testimonios practicados.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de **Ana Luz Lago García**, interpuso recurso de apelación contra la sentencia. Manifestó no estar de acuerdo con la valoración probatoria efectuada por la *a quo* de los testimonios, toda vez que con los mismos se demostró que efectivamente existió convivencia entre ella y el causante, y que si el actor viajaba con frecuencia a Honda, era para atender su negocio de taxis para ayudar con el sustento de los gastos del hogar, como quiera que ella dependía económicamente de él.

Solicitó, que se estudiaran los dos testimonios solicitados que no fueron decretados debido a que en ese momento los testigos no estaban presentes, teniendo en cuenta que los mismos refuerzan la existencia de la convivencia ente su poderdante y el causante durante los últimos 5 años establecidos en la norma.

La **UGPP**, argumentó que con las pruebas arrimadas al proceso no se demostró que la demandante hubiese convivido con el actor dentro de los 5 años anteriores a su fallecimiento, dadas las imprecisiones en las que incurrieron los testigos al rendir sus declaraciones, y lo consignado en las pruebas documentales; que el causante falleció el día 13 de diciembre de 2014, y afilió a la actora como beneficiaria a EPS Sanitas, el día 2 de febrero de 2011, esto es, dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento del causante, hecho que dejaba entrever que quizás si existió una convivencia, pero no dentro del lapso dispuesto en la ley.

Dijo, que la demandante no fue clara al absolver su interrogatorio de parte, pues manifestó que el actor tuvo un derrame cerebral en el año 2012, que lo dejó con afectaciones cognitivas, y que de ello se podía inferir que únicamente estaba cuidándolo o protegiéndolo más no que había una convivencia como tal; que la testigo Gladys Walteros Ramírez no fue concisa, y resultaba extraño el hecho de que nunca hubiese convivido con un miembro de la familia, si no únicamente con la señora Clara, así como que jamás hubiese asistido a reuniones familiares, debido a que una persona no convive únicamente con su pareja; del testigo Germán Vergara Ruíz, que generaba duda el hecho de que únicamente hubiese tenido contacto con la señora Clara; y, sobre las declaraciones rendidas por Obedía Vega, Lucila y Mónica Angarita Lagos, esgrimió que con las mismas se podía constatar que el señor Cecilio Angarita Tingelly vivía solo, y que alguna vez pudo convivir con la señora Clara Inés Sánchez, pero que ello no significa que hubiese existido convivencia o una unión familiar.

## **V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 29 de junio de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la litis consorte necesaria y la UGPP y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.º 278).

La demandada presentó las alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la contestación a la demanda y en la sustentación del recurso de apelación (f.º 279 - 280).

## VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si demandante y/o la litisconsorte vinculada al proceso, acreditan los requisitos necesarios para ser consideradas beneficiarias de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte del pensionado Cecilio Angarita Tingelly, en calidad de compañeras permanentes.

No es objeto de controversia en este asunto que: **i)** Cecilio Angarita Tingelly falleció el 13 de diciembre de 2014 (f.º 5, 244); **ii)** mediante Resolución n.º 000087 de 1994, la extinta Caja Nacional de Previsión Social, le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación, efectiva a partir del 1.º de diciembre de 1993 (f.º 19 - 20) y, **iii)** con ocasión de su fallecimiento, Clara Inés Sánchez Ramírez y Ana Luz Lago García, reclamaron la pensión de sobrevivientes en calidad de compañeras permanentes, como lo advirtió la UGPP en Resolución n.º RDP 018679 de 2015, en la que negó el reconocimiento de la prestación a ambas solicitantes, por controversia entre beneficiarias (f.º 21 - 23, 171 - 173).

**De la pensión de sobrevivientes - concurrencia de beneficiarios** - La norma aplicable para resolver la controversia, es la vigente para el 13 de diciembre de 2014 (f.º 5, 244), fecha de la muerte del causante, esto es, los arts. 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 (CSJ sentencias SL17521-2016 y SL15873-2017), según los cuales, para el caso, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado que fallezca, y son beneficiarias de la prestación en forma vitalicia, la cónyuge o compañera permanente que a la fecha de la muerte del causante tenga 30 o más años de edad, acredite que hizo vida marital con el pensionado fallecido hasta el momento de su muerte, y haya convivido con él por los menos 5 años continuos con anterioridad a su deceso.

Igualmente, acorde con lo previsto en la normatividad aplicable, en concordancia con el pronunciamiento de exequibilidad condicionada, en sentencia CC C-1035-2008, en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante, entre la cónyuge y la compañera, ambas serán beneficiarias de la prestación, la que se dividirá en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Ahora bien, como en el presente asunto tanto la demandante como por la *“litisconsorte”*, quien realmente debió vincularse como interviniente excluyente dado que pretende el derecho reclamado, aducen que convivieron con el causante durante los 5 años anteriores a la fecha de su deceso, debe tenerse en cuenta el supuesto normativo en cita, aun tratándose de convivencia simultánea entre dos compañeras permanentes, y pese a que únicamente se refirió a la convivencia simultánea existente entre cónyuge y compañera permanente, tal como en reiterados pronunciamientos lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que, en ese supuesto *“se genera el derecho a la pensión, dividida proporcionalmente entre las (los) o más compañeras (os) supervivientes”*, siempre que hayan demostrado el cumplimiento de las exigencias o requisitos legales respectivos (CSJ SL2893-2021).

De manera que le corresponde a esta Sala determinar si la demandante Clara Inés Sánchez Ramírez, y la litis consorte necesaria Ana Luz Lago García, acreditaron los requisitos legales señalados con antelación para ser beneficiarias de la sustitución pensional causada por Cecilio Angarita Tingelly, esto es, la convivencia en unión marital con el causante, ininterrumpida, durante sus últimos cinco (5) años de vida, y hasta su muerte.

Ahora bien, para acreditar su calidad de beneficiaria, Clara Inés Sánchez Ramírez aportó las siguientes pruebas: declaración extraproceso rendida por ella y el causante el 31 de enero de 2011, ante la Notaría Única del Circulo de Honda - Tolima, en donde manifestaron que convivían desde hacía 7 años en unión libre, como compañeros permanentes, compartiendo techo, lecho, afecto y alimentos en forma ininterrumpida, así como que la actora dependía económicamente del señor Cecilio Angarita Tingelly, quien le suministraba todo lo necesario para su congrua subsistencia (f.º 10).

También, se aportaron las declaraciones extraproceso, rendidas ante la misma Notaría, el 21 y el 22 de enero de 2016, respectivamente por Gladys Walteros Ramírez y Germán Vergara Ruíz, en las que expresaron que Cecilio Angarita Tingelly y la demandante fueron compañeros permanentes desde el año 2002 hasta el día en que falleció el causante (f.º 12 - 13).

A f.º 9, se encuentra la certificación expedida por EPS Sanitas, en donde consta que Clara Inés Sánchez Ramírez fue inscrita como beneficiaria amparada, desde el 2 de febrero de 2011, por el cotizante Cecilio Angarita Tingelly, así como Juan David Rodríguez Sánchez.

En el f.º 130, reposa el Contrato de Previsión Exequial Familiar de Funerales La Verde Esperanza, celebrado por Cecilio, en el cual indicó que su Grupo Familiar Primario estaba conformado por la señora Clara Inés, como esposa, Johan Steven Velásquez Sánchez como hijastro, Juan David Rodríguez Sánchez como hijastro, Delsy Sánchez Ramírez como cuñada y Vivian Paola Londoño Ramírez como sobrina, y como beneficiario adicional señaló a Adrián Angarita Tingelly como hermano, y a f.º 131, se encuentra la certificación sobre los gastos del contrato de previsión exequial, de Funerales Verde la Esperanza, en donde aparece como titular Clara Inés Sánchez Ramírez. Dicho documento data del 18 de diciembre de 2014 (f.º 131).

La testigo Gladys Walteros Ramírez afirmó que el causante y la demandante iniciaron una relación en el año 2004, y que a ella le constaba ese hecho, debido a que la pareja le había comprado utensilios para el hogar que conformaron; tenía una amistad cercana con ellos; en varias ocasiones se fueron de paseo, hicieron asados, y compartieron fines de semana. También refirió que la actora dependía económicamente del pensionado fallecido; que la pareja vivió en el municipio de Honda - Tolima, hasta cuando él murió, en diciembre de 2014; y al indagársele sobre lo acaecido durante los últimos 5 años anteriores a esa fecha, afirmó que la pareja permaneció junta en Honda - Tolima, en un inmueble ubicado en la Avenida Washington, y que no tenía conocimiento de que el señor Angarita hubiese vivido de forma permanente en Bogotá.

El testigo Germán Vergara Ruíz, manifestó que el señor Cecilio Angarita fue el compañero permanente de la aquí demandante desde el año 2004; que ello le costaba debido a que ellos frecuentaban su negocio de venta de bebidas y de

comida; que conoció a la pareja en Honda Tolima; que la convivencia de ambos había sido de unos 10 años, y que los veía juntos en todas partes; corroboró que la pareja vivía en un inmueble ubicado en la Avenida Washington, y afirmó no saber si el causante alguna vez vivió con su hermano y su esposa en Honda Tolima.

Por su parte, la litis consorte necesaria, Ana Luz Lago García, aportó como pruebas para demostrar su condición de beneficiaria, declaración juramentada de 26 de marzo de 2007, rendida por el causante y ella ante el Notario Catorce del Círculo de Bogotá, donde manifestaron que convivían en unión marital de hecho desde hace cuatro años y medio; que ella dependía económicamente de él, y que en caso de su fallecimiento ella sería la única beneficiaria de la sustitución pensional (f.º 167).

La testigo Odeilda Vega, manifestó que el señor Cecilio Angaria no vivía en Bogotá, pero que siempre apoyó económicamente a los hijos de Ana Luz; que ellos nunca se separaron, y que el causante frecuentaba el Municipio de Honda - Tolima para manejar un taxi que tenía allá; que el causante le había comentado que cuando iba a Honda - Tolima, se hospedaba donde el hermano, y que ella nunca lo visitó en ese municipio.

La testigo Lucila Torres, afirmó que el señor Cecilio apoyaba económicamente a la señora Ana Luz; que él *“no estaba al 100% con la señora Ana Luz”*, debido a que duraba varios días en Honda, y al indagársele si la señora Ana Luz había convivido con el causante durante los últimos días de su fallecimiento, expresó que creía que hacía años ya no vivían juntos.

La testigo Mónica Angarita Lagos, manifestó ser hija de Ana Luz Lago García y del señor Cecilio Angarita Tingelly, quien convivió con su madre toda la vida, pero que en ocasiones, por cuestiones laborales, se iba de viaje por 6 u 8 meses; que el causante siempre apoyó económicamente a su madre en gastos de alimentación, vestuario, y estudio para los hijos, y que durante el tiempo en que su padre estuvo ausente su madre tuvo hijos con otro señor; al preguntársele sobre donde vivía su padre, indicó que era en Honda - Tolima, donde su tío Adriano y su esposa Rita, pero que por la terquedad de él a veces se quedaba en una habitación, y aclaró que cuando el causante iba a Bogotá, se quedaba en casa de su madre, quien siempre lo recibió. Dijo que iba muy poco a visitar a su

padre, pero que le constaba que allí manejaba un taxi; y que, conoció de vista a la demandante, quien les hizo el favor de estar al cuidado de su padre cuando fue hospitalizado, porque ella no pudo ir para ese momento, pero que no se enteró de que hubiese existido una relación entre ellos, pues el señor Cecilio Angarita, nunca le comentó nada al respecto.

El testigo Leonardo Ramírez Torres, afirmó que el causante siempre vivió con la señora Ana Luz, en una casa arrendada ubicada en el Barrio San Francisco de Bogotá; que el señor Cecilio Angarita murió en Honda, en donde manejaba un taxi, pero que un mes antes de ese suceso, *“él estaba en el barrio con doña luz”*, a quien siempre apoyó económicamente. Al preguntársele si conocía a la aquí demandante, expresó que no estaba muy seguro, si era la señora que le tendía la ropa, y le lavaba al señor Angarita en la habitación que él tenía para descansar, pues alguna vez el le había comentado algo de una señora, sin especificarle quien era. También, dijo que el causante viajaba con mucha frecuencia a Honda - Tolima, pero que él jamás tuvo la oportunidad de visitarlo allí.

A juicio de esta Sala, las anteriores probanzas permiten colegir que el señor Cecilio Angarita Tingelly y Clara Inés Sánchez Ramírez fueron compañeros permanentes desde el año 2004 hasta el 13 de diciembre de 2014, y que existió entre ellos una convivencia ininterrumpida durante los 5 años anteriores al deceso del pensionado, hecho que fue corroborado no solo con las pruebas documentales aportadas al proceso, si no también con las declaraciones de Gladys Walteros Ramírez y Germán Vergara Ruíz, las que valoradas integralmente y en conjunto con las demás pruebas, resultan más coherentes, objetivas, precisas y de mayor veracidad.

Lo anterior, por cuanto pese a que todos los testigos fueron unánimes al indicar que el señor Cecilio Angarita Tingelly vivía en Honda - Tolima, debido a que manejaba un taxi allí, quienes indicaron con claridad las condiciones en las que vivía el causante fueron ellos, pues además de ser los únicos que residen en ese municipio, indicaron que les constaba que existía convivencia entre él y la aquí demandante, debido a que mantuvieron una cercana amistad con la pareja, e indicaron con precisión el último lugar de su residencia.

Incluso, la convivencia entre el pensionado fallecido y la demandante, se puede corroborar con la declaración de Mónica Angarita Lago, hija de Cecilio y Ana Luz Lago García, por cuanto manifestó haber conocido a la actora, Clara Inés Sánchez Ramírez, en el año 2012, y que se la presentaron como amiga de su padre, siendo Clara Inés la que se ocupó de su cuidado cuando sufrió un derrame cerebral y quien se encargó de todos los trámites de exequias, pese a estar desacomodado.

Y aunque es cierto lo afirmado por la UGPP respecto a que la afiliación de la demandante a la EPS Sanitas fue el 1.º de febrero de 2011, ello lo que hace es reafirmar la convivencia de la pareja, pero no es indicativa necesariamente de que esa convivencia inició en esa fecha o que la declaración de ambos compañeros el 31 de enero de 2011 solo servía para inscribir a la demandante en la EPS, como lo sostuvo la apoderada de la UGPP al sustentar su recurso de apelación. Tampoco es de recibo el argumento conforme al cual, le parecía extraño el hecho de que los testigos Gladys Walteros Ramírez y Germán Vergara Ruíz, nunca hubieran asistido a reuniones familiares, y que únicamente hubiesen tenido contacto con la pareja y no con otro miembro de la familia, pues ello en nada incide para demostrar la convivencia de la pareja, ni constituye motivo suficiente para descartarla y desacreditar sus dichos.

Respecto a que con las declaraciones rendidas por Odeilda Vega, Lucila Torres y Mónica Angarita Lagos, podía corroborarse que el señor Cecilio Angarita Tingelly vivía solo, debe decirse que la primera de ellas manifestó que sabía que el señor Angarita se hospedaba en Honda en donde los hermanos, porque él se lo había comentado; la segunda, dijo que el causante manejaba un taxi en Honda, por lo que había charlado con él, y que jamás lo había visitado en ese municipio, mientras que Mónica manifestó que lo visitaba muy tampoco, de manera que estas no podían corroborar con precisión las condiciones en las que el causante vivía. Ello, tampoco lo podía hacer el testigo Leonardo Ramírez Torres, puesto que también declaró que nunca visitó al pensionado fallecido en Honda - Tolima.

Así, sobre las declaraciones rendidas por los testigos Odeilda Vega, Lucila Torres, y Leonardo Ramírez Torres, debe decirse que no merecen credibilidad a esta Sala, en tanto que su versión no emerge de lo que ellos mismos pudieron constatar, sino de lo que dicen que le escucharon decir al causante.

Y sobre la declaración juramentada por el causante y Ana Luz García Lagos el 26 de marzo de 2007, rendida ante el Notario Catorce del Círculo de Bogotá, debe decirse que la misma, a lo sumo, podría ser indicativa de una convivencia entre Cecilio y Ana Luz por el lapso allí indicado, pero es cierto, como lo dice la *a quo*, que de ahí en adelante no hay ninguna prueba que acredite la convivencia requerida, y menos, que se diera hasta la muerte del pensionado, a pesar de que con anterioridad a la unión que declararon extraprocesalmente, esa pareja tuvo tres hijos, como dan cuenta los Registros Civiles de Nacimiento obrantes de f.º 168 a 170.

Así mismo, descarta la convivencia legalmente requerida lo confesado en el interrogatorio de parte por Ana Luz García Lago, al manifestar como lo resaltó la *a quo*, que no supo cuál fue la causa del fallecimiento de Cecilio, de donde emergen serias dudas de la aducida convivencia en la época de la muerte del pensionado.

Es así, que la valoración de las pruebas antes referidas, conforme a las reglas de la sana crítica, según lo establecido en el artículo 61 del CPTSS, permite concluir, que en este caso, se acreditó la convivencia entre Clara Inés Sánchez Ramírez y el pensionado fallecido, en los términos requeridos por la normatividad y jurisprudencia aducidas, para ser considerada beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte de Cecilio Angarita Tingelly, a partir del 13 de diciembre de 2014, en el 100% de la prestación que percibía este para el momento de su fallecimiento con los respectivos reajustes legales.

Se aclara, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la UGPP, que a la actora le deberán ser reconocidas 13 mesadas anuales con los reajustes respectivos, por cuanto en el caso objeto de estudio, la expedición del Acto Legislativo n.º 01 de 2005, afectó el pago de la mesada 14. Ello, teniendo en cuenta que la pensión se causa o nace a la vida jurídica en la fecha del deceso del pensionado, el 13 de diciembre de 2014, en vigencia del citado acto legislativo que el inciso 8º de su art. 1º previó "*Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento*", precisión con la que la ponente rectifica su criterio, a partir de esta decisión.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia apelada y consultada, **adicionando** que la prestación deberá ser pagada en un total de 13 mesadas en el año, las ordinarias y la adicional de diciembre de cada anualidad.

Sin costas en la instancia, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

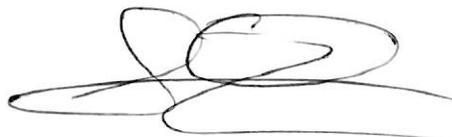
**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 25 de marzo de 2021, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá DC, **ADICIONÁNDOLA**, en cuanto a que deberá pagarse en un total de 13 mesadas pensionales en el año, esto es, la adicional de diciembre de cada anualidad, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**TERCERO:** Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Magistrada ponente



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

Magistrado





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Segunda de Decisión Laboral

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**Magistrada Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **TERESA DUSSÁN CALDERÓN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PROTECCIÓN SA**

**EXP. 11001 31 05 038 2020 00300 01.**

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 28 de marzo de 2022, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

## **I. ANTECEDENTES**

Pretende la demandante que se declare la nulidad del traslado a Protección realizado en febrero de 2001; en subsidio, que la afiliación a esa administradora de Fondos de Pensiones tuvo vigencia hasta marzo de 2009; que se ordene a Protección el traslado de los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, y a esta entidad a recibirlos.

Como fundamento relevante de sus pretensiones manifestó que nació el 29 de abril de 1962, cotizó en el extinto ISS un total de 683 semanas, desde el 31 de enero de 1984 hasta el 1° de abril de 2001, cuando se afilió a Protección,

registrando cotización allí desde el periodo de febrero de 2001; que la AFP demandada no le brindó información acerca de los dos regímenes pensionales que le posibilitara tomar una decisión informada; y que, el 28 de noviembre de 2019 solicitó a Protección el cambio de régimen, y el día siguiente a Colpensiones, obteniendo respuesta negativa (archivo 01).

## **II. TRÁMITE PROCESAL**

La demanda se admitió el 20 de noviembre de 2020, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (archivo 02), quienes dieron respuesta oportunamente.

**Protección SA** se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Admitió la edad de la demandante, la solicitud de cambio de régimen presentada y su negativa, la afiliación a esa AFP a partir del 14 de febrero de 2001; los demás hechos dijo no constarle. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones (carpeta 04, archivo 1, páginas 1 a 22).

**Colpensiones** presentó oposición a todas y cada una de las pretensiones. Admitió la edad de la demandante, la solicitud presentada ante la entidad y su negativa; los demás dijo no constarle. En su defensa propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas (carpeta 05, archivo 01).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 06).

## **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 28 de marzo de 2022, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda y condenó en costas a la demandada (Archivo 15 y Archivo 16).

Consideró que de conformidad con el art 112 de la Ley 100 de 1993, la

demandante no podía ser rechazada por el RAIS, que la AFP tenía obligación de recibirla, como aconteció, salvo respecto de personas excluidas del RAIS en los términos del art. 61 de la Ley 100 de 1993, o por efectos de la restricción temporal de movilidad y traslado, circunstancias en las que no se enmarca la situación de la demandante; que luego del traslado la afiliada tuvo posibilidad de retornar al RPMPD, hasta antes de arribar a los 47 años de edad, lo que no aconteció; que en ese contexto, no encontraba que se dieran los presupuestos para declarar la nulidad o una eventual ineficacia de la afiliación.

De lo dispuesto en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, advirtió que implica una valoración sobre la presencia de error, fuerza o dolo, para derivar la ineficacia de la vinculación; que en el informativo no se aduce ningún supuesto fáctico que permita establecerlo, ni se acredita su ocurrencia; que hasta el momento del traslado la accionante cotizaba como independiente sobre un SMLMV, y ni ella, ni quien la acompañó en la afiliación, tenían certeza de que después de los 47 años de edad podía acceder a ingresos como independiente, en cuantía representativa, que podían incrementar su ingreso base de cotización, y en ese contexto, atendiendo a esas condiciones particulares, lo más conveniente era el RAIS, por la garantía de pensión mínima con 1150 semanas de cotización, no con 1300 que se exigen en el régimen de prima media con prestación definida; que no puede predicarse la presencia de dolo o engaño, ni interés malicioso en la vinculación; que el error de derecho no vicia el consentimiento, que no puede aducirse que se desconocen las características de los regímenes que están establecidas en la ley; que el error de hecho no podía deducirse.

Respecto a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, de ineficacia del traslado por falta al deber de información de las AFP, expresó que ello ha sido en la medida en que ese incumplimiento genera la falta de consentimiento informado, que requiere una valoración de la presencia de vicios del consentimiento, pues hay casos en que pese a la falta de consentimiento informado la afiliación es ineficaz, como en reciente pronunciamiento tratándose de pensionados, por lo que no es una ineficacia de pleno derecho, ante la falta de acreditación de la información que se dio previo al traslado, que debe analizarse cada caso en particular; que las circunstancias fácticas y probatorias en el asunto, conducen a deducir que la afiliación de la demandante no cumple los presupuestos para ser declarada ineficaz por incumplimiento del deber de información; y que, aun ante la ausencia de formulario, puesto que aduce la demandante que no recuerda haberlo suscritos, las constantes cotizaciones al

RAIS denotan su intención de permanecer en él.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

**La parte demandante** argumento que no se está en el caso de un pensionado, por lo que no es aplicable la jurisprudencia citada; que no existe una declaración libre y voluntaria, no se allegó el formulario, empero, el mismo no es suficiente para acreditar que la AFP demandada le brindó una información clara y suficiente sobre los efectos del traslado de régimen pensional y las características de cada régimen.

#### **V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 13 de mayo de 2022 se admitió el recurso interpuesto; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Los apoderados de la demandante y de Colpensiones presentaron sus alegaciones, reiterando los argumentos expuestos en cada caso, en la demanda y su respuesta, así como en el recurso interpuesto.

#### **VI. ACLARACIÓN PREVIA**

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y

practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto que fue varias veces reiterado, se acatará en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

## VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 29 de abril de 1962 (carpeta 01, archivo 01, Página 8); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 23 de abril de 1990 hasta el 31 de mayo de 1997, 361,43 semanas (carpeta 05, archivo GRP-SCH-HL); **iii)** que el 14 de febrero de 2001 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA, con fecha de efectividad desde 1º de abril de 2001, administradora a la que se encuentra actualmente afiliada con un total de 1441.71 semanas cotizadas al sistema pensional, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral (carpeta 04, pág. 39, 41 a 65).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y

causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

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

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

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

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección SA, el 14 de febrero de 2001, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada, según historial de vinculaciones de Asofondos y Siafp, por cuanto no se allegó por ninguna de las partes el formulario de vinculación en los términos previstos en el art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, y pese a que en el interrogatorio de parte la demandante informó que se reunió con asesores de la administradora de fondos de pensiones,

quienes le suministraron alguna información, no se acreditó de manera fehaciente que Protección, previo al traslado, le haya suministrado la información suficiente, oportuna y veraz, necesaria para un consentimiento informado en la celebración de ese acto jurídico, carga probatoria que le correspondía, todo ello en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

En consecuencia, al no acreditarse por parte de la AFP Protección SA, que hubiese suministrado la información completa, oportuna, veraz y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y en ese sentido, se **revocará** la decisión apelada, para en su lugar, declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 14 de febrero de 2001, con su afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, si los hubo, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

En consecuencia, se **condenará** a la AFP Protección, a la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, y a Colpensiones, a recibirlos y reactivar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida, actualizando la respectiva historia laboral con la totalidad de aportes efectuados al Sistema Pensional.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, “(...) pues, *recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*<sup>1</sup>, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Las demás excepciones quedan implícitamente resueltas. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL 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 proferida el 28 de marzo de 2022, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar, **DECLARAR** la INEFICACIA DEL TRASLADO de régimen pensional realizado el 14 de febrero de 2001 por Teresa Dussán Calderón, identificada con la CC n.º 36.169.075, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión de la vinculación de la demandante, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, valores descontados por concepto de primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus

---

<sup>1</sup> CSJ SL1688-2019.

propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

**TERCERO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a recibir a los sumas objeto de traslado con el correspondiente detalle ordenado, y reactivar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida, actualizando la respectiva historia laboral con la totalidad de aportes efectuados al Sistema Pensional, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

**CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, acorde con lo expuesto en la motivación anterior.

**QUINTO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**SEXTO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Magistrada ponente



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

Magistrado

(\*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado: [https://etbcsj-my.sharepoint.com/personal/des15sltsbta\\_cendoj\\_ramajudicial\\_gov\\_co/\\_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fdes15sltsbta%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FANAQUEL%2FREPARTO%20VIRTUAL%2FJuzg%2E%2038%20Lab%2E%20Cto%20Bt%C3%A1%2F038%202020%2000300%2001](https://etbcsj-my.sharepoint.com/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fdes15sltsbta%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FANAQUEL%2FREPARTO%20VIRTUAL%2FJuzg%2E%2038%20Lab%2E%20Cto%20Bt%C3%A1%2F038%202020%2000300%2001)



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Segunda de Decisión Laboral

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**Magistrada Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **MARTA DORIS CARDONA ISAZA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.**

**EXP. 11001 31 05 022 2020 00143 01**

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 17 de febrero de 2022, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

## **I. ANTECEDENTES**

Pretende la demandante, que se declare la nulidad del traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) administrado por el ISS hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual (RAIS) con Porvenir; en consecuencia, se ordene a Porvenir el traslado de los aportes realizados a Colpensiones; y a esta última entidad aceptar la vinculación (f.º 3).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 24 de mayo de 1959; realizó aportes en el extinto ISS desde el 14 de abril de 1981 hasta el 31 de mayo de 2000, con un total de 555 semanas cotizadas; que el 1º de junio de 2000 se trasladó al fondo privado de pensiones Porvenir, como consecuencia de falsas expectativas de supuestas ventajas que le ofrecían respecto del ISS; que realizó reclamación administrativa el 28 de junio de 2019 ante las demandadas, solicitando la nulidad del traslado, negada por Colpensiones mediante comunicación de la misma fecha, y sin respuesta del fondo privado; que Porvenir no le suministró información real de las consecuencias del traslado, la indujo a engaño al señalarle ventajas que el RAIS no posee, que la mesada pensional que percibiría sería superior, faltó al deber de información, no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que percibiría en el ISS, hoy Colpensiones, ni elaboró una proyección financiera sobre su mesada, ni realizó parámetro comparativo entre los regímenes, que le permitiera tomara una decisión consciente de las consecuencias; (f.º 2).

## II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se inadmitió el 2 de septiembre de 2020 (f.º 31), oportunamente subsanada (f.º 32), fue admitida el 24 de marzo de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 33), quienes dieron respuesta en término oportuno.

**Colpensiones** se opuso a todas y cada una de las pretensiones. De los hechos, aceptó la fecha de la nacimiento de la demandante, su afiliación y cotizaciones al extinto ISS, la reclamación administrativa y su respuesta; y los demás, dijo no constarle. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 37-54).

**Porvenir** se opuso también a todo lo pretendido. De los hechos, admitió la fecha de nacimiento, negó lo afirmado respecto a la asesoría para el momento del traslado, señalando que la realizó conforme al deber de información exigido para la época, que el traslado fue libre y voluntario, que las ventajas y desventajas de los regímenes se encontraban en la ley, que no afectó ningún derecho pensional de la actora, y no podía realizar un cálculo de la pensión faltándole más de 20 años de cotización. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (f.º 58-68).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 71).

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia del 17 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual, del 10 de abril del año 2000; declaró que para todos los efectos legales siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; condenó Porvenir SA, a trasladar a Colpensiones los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega; declaró que Colpensiones puede obtener por vía judicial el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante; y, ordenó a Colpensiones recibir los dineros provenientes de Porvenir SA, y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y condenó en costas a Porvenir S.A. (Archivo 017 demanda, pág. 2-3).

El *a quo* hizo un recuento del marco normativo pertinente, mencionando el literal b art. 13, 114 y 279 Ley 100 de 1993, Decreto 663 de 1993, art. 4 Decreto 656 de 1994, art. 12 del Decreto 720 de 1994, art. 1604 del CC, así como las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL3719-2021, conforme a lo cual el deber de información incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que

conlleve a dar a conocer la existencia del régimen de transición, ventajas y desventajas, la conveniencia y perjuicio al afiliado, sin que importe si el afiliado tiene o no una expectativa legítima, y se invierte la carga de la prueba, correspondiéndole al fondo demostrar suficientemente si cumplió con el deber de informar y asesorar suficientemente para la validez del traslado de régimen pensional; y que, la sostenibilidad del sistema no se ve afectada porque los aportes son devueltos con su rendimientos.

Consideró que en el caso concreto, fue demostrado el cambio del régimen de prima media al de ahorro individual, el 10 de abril de 2000; y de las allegadas concluyó que la AFP incumplió el deber impuesto por el art. 167 del CGP, pues no demostró haber brindado a la demandante al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna acerca de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos, y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse en su situación personal; que ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte, y la suscripción del formulario de afiliación no acredita el deber de información pues a lo sumo prueba un consentimiento libre de vicios pero no informado.

En consecuencia, advirtió que se configura una violación del deber de información, que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras. De la prescripción, adujo que si la ineficacia conlleva una controversia de índole pensional, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo. Y, que Colpensiones puede reclamar por la vía judicial los perjuicios que se le ocasionen al asumir la obligación pensional de la demandante, sin reservas para ello, por la omisión del fondo.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

**Colpensiones** argumentó que debía analizarse si la presunta falta de información produce un efecto cierto y adverso, como lo es perder el régimen de transición pensional, o si se trata de una situación en la que el afiliado no puede trasladarse de régimen y por no estar de acuerdo con el valor de la mesada pensional busca obtener un beneficio indebido ignorando las normas que regulan el traslado entre regímenes, escenario que no es el objeto de protección y el alcance de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia; que una persona que no he estado afiliada al régimen de prima media por más de 19 años no puede

pretender beneficiarse de la solidaridad de ese régimen, y de aportes que no ha realizado, lo que pone en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones en el mismo.

Por último, afirmó que la demandante era consciente de la decisión que tomaba, y no decidió trasladarse nuevamente a Colpensiones antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional; que en gracia de discusión, desde el traslado contaba la afiliada con el término de 4 años para pedir la rescisión del traslado, y como no lo hizo se sana cualquier nulidad; que el declarar la ineficacia de traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, por lo tanto, pondría en peligro el derecho fundamental de la seguridad social de los demás afiliados como fue manifestado en la sentencia T489 del 2010 donde se declara que no se puede permitir la descapitalización del fondo pensional.

**Porvenir S.A.** solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, argumentando que se debían analizar las particularidades del caso, que Porvenir le entregó a la demandante la información necesaria, clara y suficiente, de manera verbal respecto de las características del régimen, así mismo suscribió un formulario de afiliación aprobado por la superintendencia bancaria, que da plena fe de la voluntad de la demandante, y el acto fue libre y voluntario, sin mediar presión o coerción.

Aseveró que Porvenir no podría prevenir el desarrollo normativo y jurisprudencial que hay hoy en día, y le suministró a la demandante una debida asesoría totalmente válida para el momento de la suscripción del formulario de traslado. Por último, manifestó que la condena de reintegrar gastos de administración, rendimientos financieros, exclusivos del RAIS y seguros provisionales, no es procedente en la medida en que estos son descuentos legales que se generan en ambos regímenes, y funcionan como contraprestación por la administración realizada por las AFP y para asegurar los riesgos de vejez y muerte del afiliado, y han sido aprobados por la misma ley 100 de 1993.

## **V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 4 de abril de 2022 se admitieron los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 15 del

Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Las partes presentaron sus alegaciones reiterando los argumentos expuestos en demanda y contestaciones, así como en la sustentación de los recursos de apelación.

## **VI.ACLARACIÓN PREVIA**

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acatará en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

## V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 24 de mayo de 1959 (f.º 28); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 14 de abril de 1981 hasta el 31 de mayo de 2000, 555,86 semanas (f.º 14-19); **iii)** que el 10 de abril de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, con fecha de efectividad desde 1º de junio de 2000 (f.º 70; Archivo 09 demanda, pág. 97), administradora a la que actualmente se encuentra vinculada, en la que ha cotizado 990 semanas y registra un total de 1.554 semanas, según historia laboral consolidada (f.º 20-27).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

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

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

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

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante suscribió formulario de traslado y vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir SA, el 10 de abril de 2000 (f.º 70), AFP a la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese

incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 10 de abril de 2000, con su afiliación a la AFP Porvenir.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, si los hubo, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, “(...) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*<sup>1</sup>, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Es por ello que se **confirmará** en su integridad la sentencia apelada y consultada. Sin costas en la instancia.

---

<sup>1</sup> CSJ SL1688-2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL 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 el 17 de febrero de 2022, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**TERCERO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Magistrada ponente



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

Magistrado

