

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 19 2015 00763 02
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ANA MARIA COTE RESTREPO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 29 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Diecinueve laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por los apoderados de las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES

ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual realizado con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR S.A., que como consecuencia de lo anterior, se condene a esta demandada a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los ahorros que posea en su cuenta de ahorro individual, junto con sus



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2015 00763 02 Dte: ANA MARIA COTE
RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

rendimientos y demás dineros que posea. Que se ordene a la demandada COLPENSIONES que proceda a recibir la totalidad de lo ahorrado junto con sus rendimientos, los demás derecho que resulten probados en uso de las facultades extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl.- 7)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 29 de octubre de 1.961.
- Que inicio cotizaciones el 9 de diciembre de 1983.
- Que a principios del año 2006 funcionarios de PORVENIR S.A., la abordaron para que se cambiara de régimen pensional y se vinculara a dicho fondo, fecha para la cual ya contaba con 42 años de edad.
- Que no le indicaron de manera expresa que perdería el régimen de transición.
- Que la información incorrectamente suministrada no le permitió comparar las dos opciones que tenía la cuales eran de naturaleza diferentes.
- Que la vinculación a PORVENIR S.A., se produjo con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005.
- Que PORVENIR S.A. no cumplió con su deber de proporcionar una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones (fl.- 4 - 6)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 10, 20 y 23, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2015 00763 02 Dte: ANA MARIA COTE
RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa y la innominada o genérica. (fl. 228 - 236).

Por su parte la demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 3, 20, 22 y 23, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó el error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas. (fl. 289 - 302).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, declaró la nulidad de la afiliación que hiciera la demandante a PORVENIR S.A., declaró válidamente afiliada a la actora a COLPENSIONES y condenó a la demandada PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora. (fl. 359 - 360).

Fundamentó su decisión en síntesis el Juez de primer grado señalando que:

“El dilema jurídico aquí a resolver si es nulo el régimen de prima media con prestación definida por la aquí demandante señora Ana Maria Cote Restrepo, es si se deben trasladar los aportes que poseen en su cuenta de ahorro individual en el régimen de prima media con prestación definida administrada por el hoy Colpensiones, de las peticiones y las pruebas acudimos en los artículos 60 y 61 del Código Laboral de Seguridad Social los artículos 164, 165, 166, del Código General del Proceso, 357 del Código Civil, y aplicables como lo dispone el artículo 145 del Código Laboral de Seguridad Social, sobre lo que es la carga dinámica de la prueba, en lo que tiene que ver con la obligación que tiene los fondos de Pensiones de proporcionar a sus usuarios y afiliados una información completa se entre a colación la Sentencia de Sala de Casación de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, radicado 54814 de 14 de noviembre de 2018, con ponencia del magistrado Doctor Gerardo Botero Zuluaga, en lo también lo dicho en la sentencia 3189 de 9 de septiembre de 2018, con ponencia del Doctor Eduardo Lopez Villegas, ratificada por la misma corporación con el radicado 3381 del 29 de noviembre de 2011 con ponencia de la Doctora Elsy Maria Cuellar Calderon, en lo que se refiere en la necesidad de un hecho informado delegado a un sentimiento informado cuando es posible la afiliación se trae a colación la Sentencia de la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2015 00763 02 Dte: ANA MARIA COTE
RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Sala de Casación de la Corte de Justicia en radicado 68852 del año 2019, Magistrada Ponente Doctora Clara Cecilia Dueñas, en radicado 56864 del 03 de abril del 2019, Magistrado Ponente Doctor Gerardo Botero Zuluaga. En cuanto a la carga en relación con la diligencia en relación con el traslado de régimen pensional, se tiene en cuenta la sentencia 46292 de la corte suprema de justicia del 10 de septiembre de 2014, Magistrada Ponente Elsy Maria Cuellar Calderon y también las Sentencias de la Sala Laboral del Tribunal de Bogota, 201361401 del 20 de agosto de 2014, con ponencia del Doctor Luis Agustin Vega Carvajal, también se tiene en cuenta de la Sala Laboral del Tribunal de Bogota la Sentencia 201531501 del 02 de Junio de 2016, Magistrada Ponente Doctora Maria Dorian Alvarez, del cambio de traslado de fondos no solo al cambio de régimen individual al régimen de prima media, es decir que también reconoció la pension de los demandantes, en esos casos los cuales serviría de soporte en este caso para proferir nuestra decisión, de las premisas fácticas tenemos que decir que la señora Ana Maria Cote Restrepo, nació el 29 de octubre de 19661, tal como se verifica en el folio 13 del expediente, cotizo a Colpensiones un total de 396 semanas entre el 1 de noviembre de 1994, al 1 de enero de 2001, entiéndase al seguro social como consta en la historia laboral aportada en la parte demandada que obra en folio 311 que el día 10 de junio del 2005 solicito el traslado al RAIS, y fondos de pensiones obligatorias Porvenir, el 05 de junio de 2006, como consta en folios 237 y 238, en la diligencia de interrogatorio de parte tenemos que la señora Ana Maria Cote Restrepo no manifestó que unas personas que eran de Porvenir diciéndole que era necesario que pasara del régimen del ISS, por que se iba a acabar, y el gobierno le devolvería las semanas que espera cotizadas, eso le genero miedo porque quería alcanzar su pensión y nunca le explicaron cómo quedaría su pensión en el futo, no se hizo un cuadro comparativo y que manifestó no conocer nada y que los asesores de Porvenir le insistían que se cambiara por que iba a perder lo cotizado si el ISS se acababa, tenemos que en el presente caso se analizara la nulidad que esta propuesta, los vicios del consentimiento libre, el engaño en el momento de efectuar la demandante al momento de efectuar la afiliación al régimen de ahorro individual administrado por el Fondo de cesantías Porvenir S.A por falta del conocimiento libre y voluntario e informado por parte de la demandada Porvenir.

Ante el estudio de la validez de la afiliación de ahorro individual, dispone el artículo 6 del código civil, que es nulo acto o contrato al que falte en alguno de los requisitos de la ley prescribe, para lo que es el valor del mismo acto o contrato, según su especie o calidad pactada por las partes y puede ser absoluta o relativa. Para que se presente la nulidad absoluta nos dice el artículo 645 del Código Civil, se produce cuando existe el objeto lícito y causa lícita falta de solemnidad y sus requisitos esenciales para la ley del acto contrato de acuerdo con la naturaleza y cuarto la capacidad absoluta.

Respecto a la capacidad como requisito indispensable para la validez de las obligaciones, es necesario de acuerdo con el artículo el 15 del Código Civil, que la persona sea legalmente capaz, consiente de dicho acto, declaración, y su conocimiento no adolezca de vicio que recae sobre objeto lícito y la tenga la causa lícita, los vicios que pueden adolecer constituyen la fuerza y el dolo, el



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2015 00763 02 Dte: ANA MARIA COTE
RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

artículo 1508 del Código Civil, dice sobre el cual se edifican la petición de la presente acción, el error se presenta cuando uno de los contratantes entiende que está celebrando una clase de contrato y o está pactando algo determinado cuando en la práctica es algo diferente lo que conviene o estipula, así lo dejó plasmado la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en la Sentencia de radicado 261775 del 30 de junio de 2004 Carlos Isaac Made, la fuerza según los artículos 1508,1513,1514, del Código Civil, basta que se haya empleado por cualquier persona con el objeto de tener su consentimiento, esa fuerza puede ser física, moral, debe conllevar a una decisión contraria a la autonomía a los intereses de quien por virtud de ella quede presionada a tomarla, el dolo implica que unas de las partes efectúa de manera que tenga un beneficio para sí, valiéndose de apariencias, o sagacidades malintencionadas para inducir a otro en la firma de un contrato y que se fije esa actuación a la parte contraria y no hubieses el celebrado un acuerdo, una vez se trae a colación mismas por las cuales se hace la validez del contrato se hace necesario al entrar al caso en concreto, teniendo en cuenta que en cuanto a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es determinante tratándose de traslado de regímenes pensionales, que las entidades que estén encargadas de la dirección y funcionamiento garanticen que existe una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma, consiente, objetiva y eficaz en el entendido que el afiliado conoce los riesgos del traslado, asumir los beneficios a aquel le reporta, de otra modo no se podría explicar el cambio de un régimen a otro, porque es obligación de las Administradoras de los fondos de pensiones dar cuenta de que documentaron de una forma clara y suficiente los efectos que acarrearían un cambio, bajo los parámetros de la libertad informada, so pena de declarar ineficaz ese tránsito, sentencia de 2014 del 14 de junio 2018 radicado 54818, Magistrado Ponente Dr. Gerardo Botero Zuluaga, sentencia del 3189 de 2008. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Lopez Villegas.

Si revisamos el expediente tenemos que la AFP Porvenir, únicamente hizo la afiliación sobre la validez de y la información y sobre el comportamiento de los sensores al comportamiento al I.S.S sobre la información a la aquí demandante, sin allegar la prueba de las cuales fueron las implicaciones del traslado, del régimen pensional y de las condiciones que otorgaron dicho traslado, sin la simulación de la proyección futura y en el cuadro comparativo de la pensión de vejez en un régimen o en el otro, por lo que se aduce que no cumple con el régimen legal de entregar la información de manera oportuna y veraz, de la situación que tenía la aquí demandante, para escoger y decidir lo mejor para adquirir su pensión, adicionalmente, lo afirmado por la apoderada, que presume que estuvieron suficientemente capacitados y brindaron la de forma verbal la orientación, en el asunto que nos ocupa del traslado del régimen y el objeto y causa lícita, toda vez que se encuentra amparado en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, que la demandante no tenía derecho adquirido que resultara en el caso renunciable, evidentemente tenía capacidad legal para ejercer los derechos y contraer obligaciones es una persona mayor de edad, dedicada a actividad laboral, al servicio de acuerdo a la solicitud de la AFP Porvenir, el consentimiento de la demandante no se ve afectado al momento de adquirir el traslado, pero si en el dolo con que actuó



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2015 00763 02 Dte: ANA MARIA COTE
RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

el Fondo de Pensiones y la actuación administrativa respecto que afecto de forma paulatina el querer de la afiliada y que el traslado se diera de manera ineficaz, como menciona la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Laboral, la carga de la prueba corresponde en estos casos a la demandada y por ello procede a examinar el despacho que: Lo dicho por los asesores que para la época en el que se dio el cambio de régimen del Fondo de Pensión a la demandante, de conformidad con las pruebas allegadas dentro del proceso, entre las partes no fue posible tener ese conocimiento, la asesoría prestada a la demandante en el momento de la afiliación al Fondo de Pensión y Cesantías Porvenir, le fue prestado y si fue adecuado o inadecuado, completo o incompleto, si no se presentaron las maniobras que hubieran recurrido en engaño, de la aquí demandante toda vez que se llevaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en donde se haya leído la asesoría de la aquí demandada, del traslado del régimen, en el cual fue ese funcionario del Fondo que en efecto la hizo, mucho menos cual fue la sensoria que recibió la demandante sobre lo que implica el cambio de régimen pensional, pues esta fue verbal si es que existió y no quedo prueba alguna, debe tenerse en cuenta si la demandante no puso su firma en los formatos pre impresos, que concierne la afiliación si se hace libre y voluntaria, en otros tipo de aseveración si esto es suficiente para dar demostrado el deber de información, acredita una cliente y que este sea informado, así las cosas, como quiera que la parte demandante no tiene el deber de la carga dinámica de la prueba, el despacho debe concluir que las demás demandadas faltaron al deber de información, y que la AFP Porvenir, no realizo el cambio del régimen de la aquí demandante, en cuanto los vicios de consentimiento para que se dieran en el deber de la favorabilidad, es necesario tener que la demandada habría demostrado que el asesor, no desplego la conducta dolosa y maliciosa, en el momento de inscribir el formulario del régimen de traslado y ahorro individual que para ese momento administrada por la AFP Porvenir, y mucho menos se demostró que cada asesor actúa con violencia obligando a la afilada a firmar, se tendría solamente el dicho de la demandante, como bien es cierto o se demostró por la parte demandada, lo que es la asesoría la capacidad de nivel académico que tenían sus empleados del fondo para ofrecer estos traslados, de fondos a los empleados de las entidad donde aparece afiliada la aquí demandante, si esos eran idóneos, en el manejo de las pensiones, tan es así que en la diligencia de interrogatorio de parte demandante declaro que el asesor solamente le manifestó "(...) Que el ISS se acabaría y por lo tanto pediría todo lo cotizado y sin nada de mis ahorros, eso me dio miedo y me cambie de régimen, pero yo siempre estaba cotizando en el ISS, Colpensiones (...)", se puede concluir que fue escaso el deber probatorio que apporto la parte demandada para controvertir los hechos de la presente demanda, razón por la cual se tendrá que condenar a todas y cada una de las suplicas de la demanda incluido lo que son los derechos Extra Petita, en consecuencia se declara de la NULIDAD de traslado de régimen pensional efectuado por la señora Ana Maria Cote Restrepo de cedula 51.618.233. a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, realizada el 2 de noviembre de 2005, como lo considerado en la parte motiva de esta decisión, se declara como aseguradora de la demandante para los riegos de invalidez de vejez, y muerte, la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, del 1 de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2015 00763 02 Dte: ANA MARIA COTE
RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

noviembre del 1994 hasta la actualidad, se ordena al Fondo de Pensiones Porvenir también AFP, quien actualmente administra los aportes a la demandante devolver la totalidad de los aportes, girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones y aportes adicionales de la afiliada Ana Maria Cote Restrepo, quien se identifica con la Cedula de Ciudadanía N. 51618233 de Barranquilla, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en la totalidad del rendimiento, de la excepción de prescripción, lo que tiene que ver con la decisión de prescripción propuesta por la demandada y se declaró no probada la excepción toda vez que no existe una norma que regule el regule la aplicación de lo que se refiera al tema a lo que se refiere a la aplicación de aportes pensionales, que permite Sistema General de Pensiones Colpensiones en el Estatuto de la Seguridad Social y de pensiones que consagra la Ley 100 del 1993, ni sus decretos reglamentarios indica torios en la aplicación alguna, la jurisprudencia ha sido reiterativa al indicar que el derecho a la pensión es imprescriptible y por ende los elementos que la conforman, en las excepciones encaminadas a reclamar dicho derecho, subsisten sin perjuicio de la eventual prescripción de las mesada pensionales que no es caso en este momento, porque el despacho esta ordenando la nulidad del traslado. En cuanto a las demás excepciones en este proceso se declara no probadas, frente a las costas sin costas en esta instancia, emitido en lo expuesto el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogota Distrito Capital de la Republica de Colombia, por mandato de la Ley:

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas interponen recurso de apelación, así:

PARTE DEMANDADA COLPENSIONES:

“Presento mi sustentación de Recurso de Apelación en tiempo dejándolo en el artículo 13 de la Ley 100 modificado por de articulo 2 la ley 797 de 2003, ya que la afiliación en fondo privado se efectuó en legítimo derecho que tenía la demandante en la libre escogencia del régimen pensional, igualmente en el decreto 696 de 1994 en su artículo 11, que establece que selección del régimen pensional no implica la aceptación de las condiciones propias de esta para acceder a las pretensiones de invalidez, vejez, o muerte, de esta forma deo sentado Apelación, solicito a los Honorables Magistrados que se Revoqué la Sentencia, de este este Despacho.”

APODERADA DE PORVENIR:

“Gracias Señora Juez, estando en la oportunidad interpongo Recurso de Apelación, para que los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá revoquen en su totalidad la sentencia, de primera instancia teniendo



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2015 00763 02 Dte: ANA MARIA COTE
RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

en consideración los siguientes argumentos: partiendo del artículo 230 de la Constitución en la cual dicen que los Jueces debe someterse al imperio de Ley y que la Jurisprudencia es un criterio auxiliar, partiendo de dicho precepto Constitucional es anotar Señores Magistrados que la sentencia que hace alusiva la de la Corte Suprema de Justicia, es decir desde la sentencia 31314 de 2008, es de anotar que en la parte considerativa de la sentencia de primera instancia se hace alusión a las mismas, solamente trayendo a colación la orden de dictar solamente acciones de derecho que trae lugar a los pronunciamientos de la Honorable Corte de Suprema, sin embargo para que se dé aplicación al sistema Colombiano, es decir que se tenga en cuenta como el entendido en el artículo 230 como criterio auxiliar de jurisprudencia, es de anotar que para la misma se hace necesario es la aplicación de la ratu decidendi, es decir esto, teniendo en consideración que no solamente se tiene que tener en cuenta las razones de derecho que van a ligar de estos pronunciamientos, sino que dichas razones de derecho se deben sustentar en el sustento fáctico, dado que es allí donde se debe traer a colación teniendo en cuenta lo antes dicho, al caso que aquí nos ocupa y es de observar Señor Magistrado que en los casos que ha hecho referencia la Honorable Corte Suprema de Justicia, se lee lamentablemente opuestos a los que aquí se exhiben, igualmente este teniendo en consideración que en Colombia lo que se constituye es la doctrina legal probable, es decir que los tres pronunciamientos en el mismo sentido y que la entidad fáctica la que lleva por criterio auxiliar aplicarla en dicho lugar y es de analizar de este precepto que del análisis legal, se puede observar que las acciones realizada por la demandante fue legal teniendo en cuanta los preceptos normativos de la Ley 100 de 1993, y aplicando sobre ellos una interpretación gramatical y sistemática y histórica de la misma ley 100 de 1993, en la cual en el literal B del artículo 13, preceptúa que el traslado de la escogencia del régimen deberá consagrarse por escrito siendo dichos medios interpretativos se puede deducir que se hace evidente del formulario que de manera posterior la Corte a partir del año 2008, hace razonamiento distinto, esto no afecta de manera directa para el momento del traslado la aplicación de esos criterios igualmente es de apreciar y se tiene en cuenta que se aplicó dicha sentencia es de analizar que la misma corte suprema de justicia hizo una distinción entre la figura de nulidad y la figura de la ineficacia en las sentencias SL 1421 del 2019 SL 1689 del 2019 SL1688 del 2019 la Corte Constitucional, deja sentado que cuando se trata de la figura de nulidad la misma debe probarse el vicio de consentimiento, esto por parte demandante que es cuando se trata de la ineficacia es decir de la aclaración de los hechos tiene lugar al traslado que invierte en dicha carga dinámica de la prueba es de analizar que en la parte considerativa se la Sentencia se hizo el análisis teniendo en consideración las pretensiones de la demanda y ese es el análisis fue la nulidad de traslado quiero decir que la parte demandante debió aprobar dicho consentimiento máximo cuando el sentenciador de primera instancia hace alusión de la figura del dolo y es de notar que dicho dolo de la manifestación debe ser probada por la parte demandante ahora es de tener en cuenta y esto que se invierte en la carga de la prueba para el Fondo es decir Porvenir sin embargo no se hace el análisis respectivo de las pruebas allegadas al proceso el formulario de vinculación se nota en el punto 7 y 7.1, se puede sustraer lo siguiente, luego



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2015 00763 02 Dte: ANA MARIA COTE
RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

debe haberse sido asesorada amplia y suficiente conozco las implicaciones legales sobre mi decisión se me ha informado respecto a mi régimen de transición y régimen pensionales y características del régimen igualmente en el punto 7.1 en el mismo dice, reitero haber sido asesorada sobre el régimen de transición, bonos pensionales, aspectos sobre este de régimen de ahorro individual formas de financiación de la misma, requisitos para acceder a una pensión, se le informó acerca del derecho de retracto, igualmente se le hace un comparativo de cómo podría adquirir esa pensión de régimen de ahorro individual esté teniendo en consideración que esta es un prueba documental allegada al proceso con el formulario de vinculación, ahora si bien es cierto la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que la ley fue impresa la voluntad no es suficiente, es de anotar que en los casos que la Corte hace referencia a dichos preceptos los formularios de afiliación totalmente diferentes en este momento claro que en la misma la corte dice que solamente los formularios de afiliación se expresa que la voluntad fue libre sin razón alguna, sin embargo dicha manifestación de voluntad no se tiene y en el caso que aquí nos ocupa es diferente al de acciones de la Corte, dado a que no solo se manifiesta que la voluntad es libre y voluntaria si no que viene acompañada la información por lo tanto se cumple a cabalidad como preceptuado la sentencia 47125 del 2017, 54814 de 2018, que la misma hace referencia a la libertad informada dado que el formulario de vinculación. No solamente se sustrae que fue voluntaria si no que la misma fue asesorada no sola una vez si no que se reitera la asesoría en dicho formulario de vinculación, ahora es de notar se hace alusión y es un reproche por parte de sentenciadora de primera instancia que no se le ve una proyección al momento del traslado es de analizar señores Magistrados que se analiza teniendo en cuenta la base de la sentencia de la jurisprudencia del Honorable Corte Suprema de Justicia se puede determinar el análisis de la sentencia SL 1452 del 2019, en la misma se hace referencia que el deber de información desde la misma creación de la ley 100 de 1993, es de información de carácter general y que fue de manera posterior con el paso del tiempo y que dicha información se ha fortalecido y se le ha impuesto las cargas a los Fondos del mismo dicho la corte que para el momento de traslado es decir que para el año 2005 la aquí demandante se trasladó de régimen no estaba obligada mi representada a realizar una proyección de acción pensional teniendo en consideración el punto segundo de esta sentencia.

En la cual lo enumera como el deber de accesoria en caso concreto el deber del año posterior del año 2009, 2010, 2014 y 2015, que exige una proyección pensional por parte del fondo, que se haga ese reproche haya dicha afiliación igualmente es de anotar como ya lo dije que tampoco se puede hablar de desventajas dado como lo dice el formulario de vinculación de la aplicación legal que le conllevaría a su traslado del régimen, ahora señores magistrados es de notar que la aquí demandante, en el traslado como se puede probar en prueba documental allegada en la contestación de la demanda esto quiere decir con el resumen de historia validez para aportes pensionales para el momento de traslado reporta 319 semanas lo que quiere decir que al momento del traslado la demandante le falta 381 semanas para constituir su derecho pensional esté teniendo en consideración que aquí la demandante dijo se



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2015 00763 02 Dte: ANA MARIA COTE
RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

había ofrecido una mesada Pensional mejor esto lo se puede constituir un error dado que a partir de del ahorro que haya hecho la parte demandante es que la misma puede cumplir dicho precepto dado a que esté teniendo en consideración el Tiempo si no también el monto de las cotizaciones que realiza el sistema, igualmente es de anotar que si bien es cierto con la presentación de la demanda se puede desvirtuar que dicha afiliación se ha hecho con violencia dado que la misma se puede sustraer que sea de manera libre y voluntaria y que en la misma

Recaía sobre los hechos de información y que la información quedó suministrada en el presente proceso teniendo en consideración el análisis que anteriormente se dice, y es de anotar que la aquí demandante si se encuentra en curso de una pensión legal en el artículo 2 de la Ley 797 de 2013, teniendo en consideración que dicho precepto es que por parte de mi representado al momento de ella realizar una solicitud de traslado no se le hizo por dado a qué se encontraba en curso dicha revisión legal, es así su señora queda presentado mi Recurso de Apelación.”

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos por las demandadas en sus recursos de apelación, procede la Sala al estudio de la nulidad del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora ANA MARIA COTE RESTREPO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada PORVENIR S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2015 00763 02 Dte: ANA MARIA COTE
RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definatorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2015 00763 02 Dte: ANA MARIA COTE
RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Es así como para estos casos, contrario a lo que señala la apoderada de PORVENIR en su recurso, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo 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; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por el juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2015 00763 02 Dte: ANA MARIA COTE
RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión en este sentido, proferida por la Juez de conocimiento.

No obstante lo anterior, se habrá de modificar dicha decisión, en el sentido de declarar la **ineficacia** del traslado de régimen, efecto aplicado en estos casos por la Corte Suprema de Justicia (ver SL 1452 de 2019). Por ello se modificará la decisión dictada por la juez de primera instancia en cuanto declaró la nulidad de la afiliación, pues el acto jurídico de traslado no pudo perfeccionarse dado el incumplimiento de la AFP de las normas en materia de información.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA.

Consideran los restantes Magistrados que conforman la Sala que es necesario autorizar a COLPENSIONES para que obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada en cuanto declaró la nulidad de la afiliación de la actora en el RAIS, para **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional de ANA MARIA COTE RESTREPO a la AFP PORVENIR S.A.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2015 00763 02 Dte: ANA MARIA COTE
RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

SEGUNDO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de alzada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

(salva voto parcial respecto de la autorización dada a Colpensiones para que inicie acción judicial)

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2015 00763 02 Dte: ANA MARIA COTE
RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Me aparto parcialmente de lo resuelto por la mayoría de La Sala en sentencia compartida en lo que tiene que ver con la autorización a COLPENSIONES para iniciar acciones en caso de sufrir perjuicios ya que este es un asunto que no le compete al Juez, es de la autonomía de las entidades determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder e iniciar o no las acciones pertinentes.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'MARLENY RUEDA OLARTE', written in a cursive style.

MARLENY RUEDA OLARTE

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 18-2017-781-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JOSÉ JACINTO DUARTE
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Laura Elizabeth Gutiérrez, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer de recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido el 4 de septiembre de 2019 por el Juzgado 18 Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se receptionaron vía correo electrónico las de la entidad demandada y parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ JACINTO DUARTE por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que entre

Palmeras de Alamosa SAS y él, existió un contrato de trabajo, que dicha sociedad no realizó aportes pensionales a su nombre entre el 1 de marzo de 1986 al 13 de agosto de 1991, que tiene derecho a que Colpensiones le reconozca y pague pensión de vejez a partir del 11 de noviembre de 2009, junto con incrementos de ley, retroactivo, mesadas adicionales, indexación y se le ordene a esta entidad a realizar cálculo actuarial, por la cotizaciones no realizadas por Palmeras de Alamosa SAS, entre el 1 de marzo de 1986 al 13 de agosto de 1991, y a esta última a efectuar el pago de dicho cálculo. (fls. 2 y 3)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 11 de noviembre de 1949, que entre él y Palmeras de Alamosa S.A.S., existió un contrato de trabajo que inició el 1 de marzo de 1986, que dicha sociedad lo afilió al sistema de seguridad social en pensiones sólo hasta el 14 de agosto de 1991, que dicho contrato terminó el 15 de noviembre de 1996, y el 31 de julio de 2017, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de pensión de vejez, entidad que mediante acto administrativo SUB 204011 de septiembre de ese año, negó su solicitud. (fl.2).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada Colpensiones en debida forma, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en los numerales 1, 4, 6 y 7 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación, ni intereses moratorios, pago, carencia de causa para demandar y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social. (fl. 44).

La demandada Palmeras de Alamosa S.A.S., igualmente se opuso a las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en numerales 1, 2 y 5 a 7, propuso las excepciones de mérito de pago y prescripción. (fl. 68)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió declarar que entre el demandante y la demandada Palmeras de Alamosa S.A.S, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de marzo de 1986 y el 15 de noviembre de 1996, condenó a dicha sociedad a realizar los aportes al sistema de seguridad social, previo cálculo actuarial elaborado y actualizado por Colpensiones, correspondiente al 1 de marzo de 1986 al 13 de agosto de 1991, teniendo como IBC el SMLV, ordenó a Colpensiones a realizar el cálculo actuarial por el periodo señalado y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones, declarando no probada la excepción de prescripción. (fl.143)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando:

(i) De la obligación de realizar aportes al sistema general de seguridad social

Al respecto y sobre este punto, el Despacho debe señalar que la parte demandante solicita dentro de este trámite que se condene a la entidad demandada a la empresa Palmeras de Alamosa S.A.S. a realizar el cálculo actuarial ante Colpensiones, con el fin de que cubra el periodo laborado entre el 1 de marzo de 1986 al 15 de noviembre de 1996, el cual se realizó mediante contrato de trabajo a término indefinido y se expidió una certificación a su nombre, esto es a nombre del demandante, certificando dichos tiempos.

A su turno, la demandada, la empresa Palmeras de Alamosa S.A.S. señala que durante todo el tiempo en el cual estuvo afiliado el demandante, la entidad realizó siempre los aportes al sistema general de seguridad social y que se debe tener en cuenta como fecha de inicio de la relación laboral no el 1 de marzo de 1986, sino a partir del 1 de marzo de 1987, dice el apoderado, teniendo en cuenta el contrato de trabajo que aporta como prueba, (ver oposición al hecho No. 4 de la contestación de la demanda por parte del apoderado de la empresa demandada la empresa Palmeras de Alamosa S.A.S.). Sobre este particular el Despacho deberá y procede a verificar el acervo probatorio recaudado a lo largo de este itinerario procesal, encontrando en primera medida que dentro de las diligencias, obra a folio 70 del expediente, contrato individual de trabajo a término indefinido aportado por la entidad demandada la empresa Palmeras de Alamosa S.A.S., en la cual señala que el demandante ingresó a laborar a partir del día 9 de marzo de 1987. (Ver folio 70 del expediente).

Obra también como prueba, a folio 6 del expediente, la certificación emitida por la empresa demandada por la empresa Palmeras de Alamosa, en ese momento Ltda, en la cual hace referencia que el demandante laboró para dicha entidad desde el 1 de marzo de 1986 hasta el 15 de noviembre de 1996, en el cargo de celaduría en plantación y durante todo ese tiempo observó buena conducta y comportamiento, así se desprende de dicha certificación. En este punto, es evidente que al parecer existe una contradicción entre la certificación emitida por la entidad demandada y el contrato de trabajo aportado por la misma. No obstante, el Despacho considera y le dará pleno valor probatorio a la certificación emitida por la entidad demandada la empresa Palmeras de Alamosa S.A.S. folio 6 del expediente, como quiera que dicha certificación es “reciente” como quiera que se emitió el día 24 de octubre de 1997, mientras que la copia del contrato de trabajo data del año de 1986. No obstante lo anterior, la parte demandada no se opuso frente al documento visible a folio 6 del expediente, esto es, frente a la falsedad ideológica o material de dicho documento y si bien aportó el contrato de trabajo, lo cierto es que dentro de este trámite, el Despacho a pesar de haber requerido a la parte demandada no solamente para que asista a un interrogatorio de parte a fin de aclarar tal situación, lo cierto es que la misma no compareció a estas diligencias.

Aunado a lo anterior, y a pesar de haber sido emitido un oficio correspondiente a la entidad demandada, el mismo fue contestado por el apoderado, el cual a juicio de este Despacho no le genera ningún tipo de certeza como quiera que no proviene directamente del demandado sino a través de su apoderado y este último no tiene la capacidad de confesar ni comprometer, en ese punto, a la entidad demandada.

De la misma manera, el Despacho debe señalar que a pesar de que se resolvió el interrogatorio de parte al demandante, por parte del apoderado de la parte pasiva, en audiencia celebrada en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar el día 4 de marzo de 2019, folios 135 y 136 del expediente, lo cierto es que la parte demandada, la parte interesada, esto es, el apoderado de la empresa Palmeras de Alamosa S.A.S. no le indagó al demandante respecto de la fecha de inicio de su contrato, como quiera que solamente formuló preguntas, las cuales se encuentran a folio 129 del expediente, las cuales no tienen relación respecto de los hechos que hoy son materia de controversia.

Así las cosas, y teniendo en cuenta entonces que la documental visible a folio 6 del expediente no fue derruida por la parte pasiva, y siendo que a pesar de que existe un contrato de trabajo suscrito en el año de 1987, según el folio ya referenciado anteriormente, lo cierto es que el Despacho le dará plena certificación o plena credibilidad a la certificación visible a folio 6 del expediente y declarada dentro de este trámite, que el demandante laboró para la empresa Palmeras de Alamosa S.A.S. entre el 1 de marzo de 1986 hasta el día 15 de noviembre de 1996, de acuerdo con la certificación ya señalada en precedencia. Así las cosas, el Despacho entonces verifica en este punto, y dado que se concretó los extremos iniciales y finales de la relación laboral, procede entonces a verificar si hay lugar o no a los aportes realizados o que debió realizar la parte demandada.

Al respecto, el Despacho se debe remitir entonces a la Resolución emitida por Colpensiones la SUB 204011 del 25 de septiembre de 2017, en el cual encuentra este Despacho que en dicho acto administrativo Colpensiones reporta varios períodos cotizados por el demandante siendo su empleador la empresa Palmeras de Alamosa S.A.S. desde el día 14 de agosto de 1991 hasta el día 8 de noviembre de 1996, evidenciando el Despacho entonces que no existe cotización entre el 1 de marzo de 1986 al 13 de agosto de 1991, situación está que debe ser solventada y debe ser declarada en esta providencia a fin de que la empresa Palmeras de Alamosa S.A.S. proceda a realizar el correspondiente cálculo actuarial a favor de Colpensiones, lo anterior si se tiene en cuenta que a pesar de que el ISS solamente en el sector privado y más exactamente en los municipios diferentes a la ciudad de Bogotá, solamente tuvo cobertura a partir del 1 de diciembre del año de 1992, lo cierto es que bajo los derroteros inicialmente señalados por la Corte Suprema de Justicia, esa Corte ha definido la siguiente postura, en primera medida, en Sentencia de 9 de junio del año 2000, con Rad 13347 con ponencia del Magistrado Fernando Vásquez Botero respecto de los aportes a los trabajadores que prestaban servicios en los cuales no existía cobertura por parte del Seguro Social.

Bajo ese entendido, el Despacho entonces debe señalar, en este punto, que si bien es cierto dentro del trámite procesal la entidad demandada la empresa Palmeras de Alamosa S.A.S. realizó los períodos de cotización ya referenciados anteriormente, no es menos que dentro de este trámite no se ha acreditado la realización de aportes por los períodos señalados por la parte actora, esto es, desde el 1 de marzo de 1986 al 13 de agosto de 1991, y teniendo en cuenta la posición señalada por la H. Corte Suprema de Justicia en el sentido en que tal afectación no puede ver frustrado el derecho a la parte demandante a acceder a la pensión de vejez, el Despacho deberá condenar a la empresa demandada, esto es, a la empresa Palmeras de Alamosa S.A.S. a realizar los aportes al Sistema General de Seguridad Social por el período comprendido entre el 1 de marzo de 1986 al 13 de agosto de 1991, previo cálculo actuarial que realice la entidad demandada Colpensiones con el fin de cubrir el período de cotización laborado por el demandante, a fin de que este pueda acceder a su pensión de vejez. Importa resaltar en este punto que dentro de ese trámite a pesar de existir certificación por parte de la empresa demandada, folio 6 del expediente, y contrato de trabajo de la misma aportado por la parte pasiva, no es menos que dentro de esos períodos no se logra certificar mes a mes los salarios correspondientes, con lo cual el Despacho entonces ante la orfandad probatoria deberá suplir esa deficiencia con el smmlv, por lo tanto, al momento de realizar el cálculo actuarial se tomará como IBC para cada uno

de los periodos señalados en precedencia, el smmlv urbano de acuerdo con lo señalado por el CST y así se ordenará en esta sentencia.

(ii) Del reconocimiento pensional

Solicita de otro lado la parte demandante se condene a la entidad demandada Colpensiones a conceder la pensión de vejez a favor del demandante, a partir del año 2009, más exactamente desde el 11 de noviembre de dicha anualidad como quiera que en esa fecha dice la parte actora el demandante ha cumplido con todos y cada uno de los requisitos señalados por la ley para hacerse merecedor de tal prestación.

Al respecto, el Despacho entonces deberá señalar en este punto que conforme el art 36 de la Ley 100 del 93, el Despacho entonces procede a verificar si el demandante se hace o no acreedor al régimen de transición, previsto en el art 36 de la Ley 100 del 93, con el fin de identificar la norma aplicable a efectos de establecer su reconocimiento pensional y, en este punto, el Despacho echa de menos el registro civil de nacimiento del demandante, prueba ad substantiam actus, la cual es necesaria y única para demostrar la edad de la parte actora. No obstante, y en aras de no ver frustrado el derecho de la parte actora, el Despacho deberá remitirse al folio 5 de expediente, respecto de la copia simple de su cédula de ciudadanía y en él se logra evidenciar que el demandante nació el 11 de noviembre de 1949, en el municipio de Orocué, (Casanare), con lo cual fácil le resulta concluir a este Despacho que el demandante para la época de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía más de 40 años de edad, con lo cual puede considerarse, en primera medida, que se encuentra inmerso en el régimen de transición.

Ahora, este régimen de transición sufrió una modificación bajo la expedición del Acto Legislativo 01 del año 2005, que exigió haber cotizado antes de la entrada de su vigencia 750 semanas, para conservar el mismo; así las cosas, el Despacho entonces entra a verificar dentro de ese trámite el número de semanas de cotización presentadas por la parte demandante y en él se logra evidenciar que el demandante cotizó por la empresa Palmeras de Alamosa S.A.S. desde el 14 de agosto de 1991 hasta el 8 de noviembre del año de 1996, posteriormente volvió a realizar cotización hasta el año 2006, en adelante, tal como se vislumbra en la Resolución SUB 204011 del 25 de septiembre de 2017, folio 7 del expediente.

De la misma manera, el Despacho como ya se mencionó anteriormente, ha ordenado en esta providencia tener como tiempo cotizado por el demandante el laborado con la empresa Palmeras de Alamosa S.A.S., esto es, entre el día 1 de marzo de 1986 al 13 de agosto de 1991, pues bien, realizados entonces la sumatoria de todos los tiempos de servicio del demandante, esto es, desde el 1 de marzo de 1986 hasta el 22 de julio del año 2005, el demandante logra realizar cotizaciones por 3.836 días, lo que equivale a 548 semanas de cotización, siendo esta suma de semanas inferior a las señaladas por el Acto Legislativo 01 del año 2005, pues se insiste dicho Acto exige que el demandante tenga cotizadas al 31 de julio del año 2005, 750 semanas de cotización y como se señaló en precedencia el demandante no alcanza a completar dichas semanas. Por lo tanto, la consecuencia de ello es que el demandante pierde el régimen de transición.

Debe también evidenciar el Despacho que dentro de este trámite no se logran tampoco evidenciar tiempos de servicio cotizados por el demandante a otras empresas o de forma independiente entre el año de 1996 al año 2006, pues la Resolución SUB 204011 del 25 de septiembre de 2017, folio 7 lado reverso, el demandante suspende su cotización el 8 de noviembre de 1996, y luego nuevamente asume la cotización a partir del 1 de septiembre de 2006, con lo cual el Despacho insiste no logra el demandante completar los requisitos mínimos para hacerse acreedor al régimen de transición, luego entonces la pensión que reclama el demandante no es otra que la establecida por los arts. 33 y 34 de la Ley 100 del 93, modificado a su vez por los arts. 9 y 10 de la Ley 797 del año 2003, en el cual exige que el demandante deba cumplir 60 años de edad y el mismo los cumpliría para el año 2009, y para dicha época de acuerdo con la modificación introducida por la Ley 797 del año 2003, el demandante debía cumplir un mínimo de cotización de 1.150 semanas, tal como lo prevé el art 9 de la Ley 797 del año 2003. Así, realizado el conteo de semanas a favor de la parte actora, el mismo tan solo logra cotizar un total de 1.093 semanas de cotización, semanas insuficientes a efectos de hacerse acreedor al derecho a la pensión que hoy reclama, insiste el Despacho que ese número de 1.093 semanas surge del total reportado por

Colpensiones según la historia laboral visible a folios 11 y siguientes del expediente y las adicionales concedidas por este Despacho de acuerdo con lo señalado en precedencia.

Por lo anterior entonces el Despacho y dado el que el demandante no alcanza a cotizar el número mínimo de semanas exigidos por la Ley 797 del año 2003, deberá absolver a la parte demandada Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

(iii) De la excepción de prescripción

Solicita la parte demandada, el apoderado de la empresa Palmeras de Alamosa S.A.S. que se acceda a la prescripción fundamentada la misma en los arts. 488, 489 del CST y 151 del CPT y la SS.

El Despacho desde ya deberá declarar no probada tal excepción, como quiera ha sido reiterativa y pacífica la H. Corte Suprema de Justicia en señalar que cuando se realiza un cálculo actuarial para reconocimiento de pensión, dichos cálculos tienen la connotación de ser imprescriptibles. Así lo señaló la Sentencia SL 792 de 2013, emitida por la H. Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL 7851 de 2015, Sentencia SL 1272 de 2016, Sentencia 2444 de 2016, Sentencia SL 16856 de 2016, y en Sentencia SL 738 de 2018, Rad 33330 proferida el 14 de marzo del año 2018, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** señaló:

Interpongo recurso de apelación en contra del fallo, en lo atinente a la absolución a la pensión de vejez solicitada en las pretensiones de la demanda, por cuanto, al demandante no le es aplicable la excepción consagrada en el Acto Legislativo No. 1 del 2005, por cuanto el señor José Jacinto Duarte Soler cumple con la edad y tiempo de servicios para acceder a la pensión de vejez al 11 de noviembre del año 2009, por lo cual no le es exigible las 750 semanas para que se le haga extensible el régimen de transición, el demandante incluyendo las semanas ordenadas mediante el pago de cálculo actuarial al 11 de noviembre del año 2009, reuniría las semanas exigidas por el Decreto 758 de 1990, por cuanto se le mantiene el régimen de transición independientemente a tener o no las 750 semanas exigidas en el Acto Legislativo No. 1 de 2005, por cuanto la edad para acceder a esta pretensión es 11 de noviembre del año 2009. Por consiguiente, del total de semanas cotizadas a pensión por el demandante 500 fueron cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida para pensionarse, es decir, del 11 de noviembre del año 1989 al 11 de noviembre del año 2009, por consiguiente es procedente reconocimiento y pago de la pensión según las pretensiones de la demanda y los fundamentos de derecho.

La demandada **Palmeras de Alamosa** señaló:

Su señoría parte de una extraordinaria sentencia con ponencia del Dr. Fernando Vásquez Botero de junio 2000, Expediente 13347, durante 14 años la Corte Suprema de Justicia dijo que no había ninguna obligación por parte de los empleadores de cotizar dichos valores, toda vez que no estaban obligados ya que de acuerdo con los decretos del Seguro Social de esa época, estaban determinados a determinados territorios de Bogotá y otras ciudades del país pero no en todas las demás ciudades y poblaciones del país, entonces esa situación fue exacta con esa sentencia y su reverencia que la ha traído a colación.

En segundo lugar, ya hace referencia su señoría, a que la Dra. Cuello Calderón con la Sentencia del 16 de julio de 2014, Expediente 14495 dijo que pobrecito el trabajador, como iba a quedarse solo sin que pudiera cotizarse, a sabiendas de que no se había hasta ese momento expedido ningún decreto que dijera las condiciones claras y precisas en que los empleadores deberían entrar a pagar esas circunstancias que no tenían ordenadas por el Seguro Social, entonces pues sería absurdo entrar a reconocer en forma retroactiva

unos pagos que se parte, señor Juez, de la buena fe no solo de mi empleador sino de todos los empleadores de Colombia, en que ellos no habían pagado nada porque efectivamente no existía legislación al respecto que dijera ustedes tienen que pagar en esta forma y resulta que no se dijo nada, y entonces pues por eso yo quiero que se vaya al Tribunal para que nuestro Tribunal Superior decida si efectivamente tenemos que aceptar la magnífica sentencia de Fernando Vásquez Botero o la de la Dra. Elsy Cuello Calderón, entonces esa es mi razón para apelar porque efectivamente creo que en nombre de todos los empleadores es la buena fe, que venga en forma retroactiva a pagarse lo que no estábamos obligados, pues por esa razón con todo respeto señor Juez voy para el Tribunal.

CONSIDERACIONES

Conforme los recursos de apelación interpuestos, se resolverá en primer lugar la procedencia de la condena de cálculo actuarial a cargo de la demandada Palmeras de Alamosa S.A.S., para posteriormente abordar el estudio de la prestación pensional petitionada, cuya absolución fue objeto de reproche.

Al respecto, sea lo primero señalar que no fue objeto de reparo la existencia de la relación laboral entre el demandante y la sociedad Palmeras de Alamosa S.A.S., que tuviera lugar entre el 1 de marzo de 1986 al 15 de noviembre de 1996, extremos temporales, que fuera extraídos de certificación expedida por la sociedad demandada visible a folio 6 del plenario; a su vez, tampoco ofreció reparo que entre el 1 de marzo de 1986 al 13 de agosto de 1991, dicha sociedad, no efectuó pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones a favor del actor, porque como lo señala el recurrente, Palmeras de Alamosa, en el lugar en que el actor prestaba sus servicios, no había cobertura del ISS, para la data en que inició la relación laboral, no estando llamada a afiliarse a sus trabajadores a dicho Instituto; frente a lo cual, procede señalar a esta parte que tal cuestión ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Alta Corporación, que en reciente pronunciamiento radicado 56537 del 18 de julio de 2018, reiteró criterio según el cual, en los casos de falta de afiliación a los riesgos de vejez, invalidez y muerte previa creación del Instituto de los Seguros Sociales, estaba en cabeza del empleador, asumir la reserva para el cubrimiento de los mismos y por ello el empleador debe efectuar el pago del cálculo actuarial a que haya lugar:

“Para dirimir la controversia, importa recordar que según la postura actual de la Sala de Casación Laboral, aun cuando no se trate de ausencia de afiliación por omisión, sino por falta de llamado a inscripción, el empleador tiene a su cargo el cálculo actuarial derivado del tiempo de servicios prestado sin cobertura del Instituto de Seguros

Sociales. Así se precisó en la sentencia CSJ SL17300-2014, en los siguientes términos:

Sin embargo, a juicio de esta Corte el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no traduce, como lo afirma la empresa, en la total ausencia de responsabilidades ni obligaciones por los períodos efectivamente trabajados por el empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la exégesis del 1613 del Código Civil, porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

El artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer (...); de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al empleador de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, relacionadas con las prestaciones del trabajador.

En efecto, el concepto de que no existía norma reguladora del pago de las cotizaciones en cabeza del patrono en el período en que no existió cobertura del I.S.S., equivale a trasladar al trabajador las consecuencias de la orfandad legislativa de la época, solución que no se compadece con el contexto de un ordenamiento jurídico que parte de reconocer un desequilibrio en la relación contractual laboral, en tanto esos períodos no cotizados tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional y en todo caso propiciaría un enriquecimiento sin causa al permitir un desequilibrio patrimonial, que carece de justificación.

Desde luego, el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, antes que existir aquel postulado, lo que se propicia es que quede desprovisto de la atención plena e integral, que se le debe por el trabajo desarrollado.

Estima la Sala que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, ésta sólo cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser desconocido; menos puede imponérsele al trabajador una carga que afecte su derecho a la pensión, sea porque se desconocieron esos períodos, ora porque el tránsito legislativo en vez de garantizarle el acceso a la prestación, como se lo propuso el nuevo esquema, se le frustre ese mismo derecho.

Por demás, la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede tener tan drástica repercusión frente a derechos sociales y, si bien podría oponerse la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador, principios y valores de orden superior deben prevalecer en casos como el presente.

Aunque las reflexiones transcritas se expresaron a la luz del literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993 - reiterado en el c) del artículo 9 de la Ley 797 de 2003- y bajo el supuesto de que la relación laboral se hallaba en ejecución cuando comenzó a regir el nuevo sistema integral de seguridad

social, no puede perderse de vista el carácter general y comprensivo de las reglas sentadas en esa oportunidad, que ahora sirven de apoyo para afirmar que en el caso bajo estudio, es irrelevante si los contratos de trabajo acreditados en el expediente subsistían o no al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues aún antes de esta, los empleadores tenían sobre sus hombros las cargas pensionales derivadas de los servicios prestados por sus trabajadores, como también lo entendió la Corte en sentencia CSJ SL2138-2016, así:

(...) ese presupuesto de vigencia del contrato de trabajo, en una época determinada, deviene innecesario y contrario a los postulados de la seguridad social que ya se han reseñado, pues la obligación de afiliación es permanente e incondicional, a la vez que encuentra su causa en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 30 Sep 2008, Rad. 33476), sin que en ello influya, en principio, la época en la que se mantuvo vigente la relación laboral.

Debe insistirse, de igual forma, en que la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa (CSJ SL14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, propósito para el cual no es relevante el hecho de que el contrato mantenga su vigencia en una determinada época, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones.

Lo expuesto, permite concluir que la razón no está del lado de la compañía recurrente, en tanto sus argumentos colisionan contra el principio de la protección integral de la seguridad social a favor del trabajador, sobre el cual también se ha pronunciado la Sala en el contexto del llamado postrero a afiliación del sector petrolero, como puede leerse en la Sentencia CSJ SL3892-2016:

Así fue como esta corporación reconoció el principio de la protección integral de la seguridad social al trabajador subordinado, la cual se logra a través de la entidad de la seguridad social respectiva, siempre y cuando se den las exigencias legales y reglamentarias a cargo del empleador, en cualquier evento en que él deba la atención de riesgos, esto es por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la seguridad social ante la falta de cobertura del ISS, o por la omisión del responsable ya sea en la afiliación o en el pago de las cotizaciones debidas, o porque, como sucede en el caso que ocupa la atención de la Sala, se trata de una empresa que pertenece al sector petrolero que fue llamado a afiliarse mucho después, a partir del 1º de octubre de 1993.

Y tales exigencias deben servir para garantizar que el empleador responda al ISS por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo por su cuenta, pues solo en ese evento él puede liberarse de la carga que le correspondía; sobre todo porque no puede imponérsele al trabajador que, ante la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por el nuevo ente de seguridad social, los cuales estaban en cabeza del empleador al momento de la subrogación, pierda el derecho adquirido, con base en el artículo 260 del CST, a que sus tiempos de prestación del servicio como trabajador subordinado sean computados para obtener la pensión y tenga que comenzar de cero ante el nuevo sistema, y quedar como si no hubiese estado aplicando para

conseguir una pensión, a causa de la implementación del nuevo régimen de ese entonces, el cual justamente fundamenta la adquisición de este derecho vitalicio en la suma de cotizaciones al sistema, con independencia de si prestó sus servicios o no ante un mismo empleador.

Queda claro, entonces, que el cambio legislativo que dio lugar a la subrogación de las obligaciones en materia pensional, que se encontraban en cabeza de los empleadores, no conduce a que el trabajador deba recomenzar los esfuerzos adelantados hasta ese momento con su labor diaria, con miras a asegurar su retiro en condiciones dignas; la postura contraria, sostenida por la censura, conllevaría desconocer derechos adquiridos o en vía de consolidación bajo una expectativa legítima”.

Conforme criterio jurisprudencial en cita, estaba en cabeza del empleador asumir el riesgo pensional de sus trabajadores, cuando no estaba llamado a efectuar cotizaciones en favor de estos a entidad de seguridad social alguna, no quedando otro camino que el cubrimiento de la contingencia de vejez a su cargo, mediante cálculo actuarial, pues quedó claro en el presente que la sociedad empleadora, no realizó la reserva a que estaba obligado, para trasladarla una vez, el ISS entrara a subrogar los riesgos de naturaleza pensional, no pudiéndose desconocer la prestación del servicio del demandante de la que deriva la obligación de salvaguardar su derecho a adquirir prestación pensional, por lo que en este punto le asiste razón al juzgador de instancia, pues contrario a lo manifestado por la sociedad recurrente, es su deber realizar el pago de cálculo actuarial al que fuera condenada, a órdenes de Colpensiones y previa solicitud a esta entidad para que proceda a elaborar el mismo como lo indica en sus alegaciones.

Pensión de vejez

Señala la parte demandante en su recurso como en sus alegaciones, que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues arribó a la edad de 60 años el 11 de noviembre de 2009, data para la cual, contaba con 828 semanas a las que sumadas las que fueran objeto de condena a través de cálculo actuarial, completaría 1108 semanas, de las cuales, 520 fueron cotizadas durante los 20 años previos a cumplir los 60 años de edad, no siéndole aplicable las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005, por haber alcanzado la edad requerida en el año 2009.

Conforme lo señalado en precedencia, se analizará si el actor, es beneficiario del régimen de transición y por ende puede adquirir derecho pensional bajo las prerrogativas del Acuerdo 049 de 1990.

La documental obrante a folio 5 del plenario, contentiva de copia de documento de identificación del actor, da cuenta de que nació el 11 de noviembre de 1949, circunstancia que permite concluir que a 1 de abril de 1994, tenía 44 años de edad, siendo en principio, beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 como requisitos para que los hombres, accedan a adquirir derecho pensional bajo tal normatividad; alcanzar los 60 o más años de edad y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Las anteriores exigencias conforme a lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia debían cumplirse antes del 31 de julio de 2010 y en caso de que los afiliados que no hubieren a la anterior fecha cumplido requisitos para pensionarse, se les otorgaba la posibilidad de hacerlo y extenderseles el régimen de transición hasta diciembre del año 2014, siempre y cuando tuvieran cotizadas 750 semanas a 25 de julio de 2005.

Indica el recurrente que para la data en que el actor alcanzó los 60 años, esto es, el 11 de noviembre de 2009, había alcanzado las 500 semanas de cotización al sistema pensional; a este respecto, se observa de historia laboral expedida por Colpensiones y allegada en expediente administrativo (fl. CD 57), que entre el 11 de noviembre de 1989 al 11 de noviembre de 2009, interregno temporal que corresponde a los 20 años anteriores al cumplimiento del actor de los 60 años, este como bien lo señala el recurrente en sus alegatos y recurso, había cotizado un total de **520,39** semanas, cálculo para el cual se tuvo en cuenta las semanas correspondientes sobre las cuales pesa el cálculo actuarial objeto de condena a la persona jurídica demandada, de tal manera, como bien lo señala el recurrente, al actor no le era aplicable la exigencia prevista en el Acto Legislativo 01 de 2005, pues antes del 31 de julio de 2010, cumplía con los requisitos de edad y semanas de cotización exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, esto es, ya contaba con 60 años de edad y había alcanzado 500 semanas durante los 20 años previos a cumplir dicha edad.

Por lo anterior, se **revocará el numeral CUARTO** de sentencia de primera instancia, en cuanto absolvió a la demandada Colpensiones de las demás pretensiones, para en su lugar ordenar a esta reconocer y pagar pensión de vejez al actor, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, previo pago de cálculo actuarial por parte de la persona jurídica demandada y a partir del retiro del sistema pensional, retiro que no se logra establecer si ya ocurrió, pues conforme historia laboral a la que se aludió, para la fecha de presentación de la demanda, 2017 el demandante, continuaba cotizando y para la data en que Colpensiones contestó la demanda, año 2018, seguía efectuando cotizaciones, pues la última cotización reflejada en dicha historia, data de febrero de 2018, no siendo posible efectuar reconocimiento pensional a partir de su causación, pues conforme lo previsto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, para el disfrute de la pensión de vejez, **será necesaria la desafiliación del régimen pensional**, debiendo la demandada liquidar la prestación conforme las previsiones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Aunado a lo anterior, la prestación pensional a que se condenará a Colpensiones, deberá ser pagada en 14 mesadas pensionales anuales, de conformidad con lo previsto en el párrafo transitorio 6 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión aquí reconocida, se causó el 11 de noviembre de 2009, esto es, antes del 31 de julio de 2011.

Indexación

Sobre esta pretensión, como quiera que el reconocimiento pensional, opera a partir del que el actor acredite su retiro del sistema pensional, no hay lugar a imponer condena por este concepto.

Prescripción

Conforme a la señalada fecha de reconocimiento pensional, que opera una vez, el actor acredite su retiro del sistema pensional, en el presente, no transcurrió el término prescriptivo.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral **CUARTO** de sentencia recurrida, en cuanto absolvió a Colpensiones de las pretensiones invocadas en su contra por el demandante, para en su lugar **CONDENAR** a esta entidad a reconocer y pagar pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 a favor del actor, previo pago de cálculo actuarial por parte de la persona jurídica demandada y a partir de que este acredite el retiro del sistema pensional, en 14 mesadas pensionales anuales, conforme lo expuesto en la parte pertinente de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE

MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

MAGISTRADO



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY

MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No.17 2018 238 01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE: JAIME BECERRA MEDINA
DEMANDADO: COLPENSIONES

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE

DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

Se reconoce personarías a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, como apoderada de la demandada COLPENSIONES, en los términos de la sustitución, allegada vía correo electrónico.

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), se reunió la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, con el fin de resolver el recurso de apelación contra la sentencia proferida dentro del presente proceso ordinario laboral. La Magistrada Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, se constituyeron en ella y la declararon abierta.

Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Revisa la Sala el fallo proferido por el Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el día 16 de septiembre de 2019, dado el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior, para presentar alegaciones, se recepcionaron por vía correo electrónico, los de las partes.

P R E T E N S I O N E S

El señor JAIME BECERRA MEDINA, actuando en nombre propio y en su condición de abogado, demandó a COLPENSIONES con el fin de que se ordene a la entidad demandada reliquidar su pensión, tomando como base las normas establecidas en el Decreto 758 de 1990, sobre el promedio de las últimas 100 semanas de cotización y una tasa de reemplazo del 90% sobre la base pensional, a partir del 21 de febrero de 2012, debidamente indexada, junto con las costas del proceso. (fls 1-2 y 42-43))

Como fundamento de las pretensiones afirma en síntesis:

- Que laboró durante 28 años tanto al sector público y privado.
- Que cotizó al sector público 496 semanas y al sector privado 955,29 semanas, para un total de 1.451,29 semanas.
- Que el día 25 de junio de 2014, la demandada expidió la resolución No. GNR 237524, mediante la cual le reconoció la pensión de vejez, dando aplicación al régimen de transición, pero tomó una base de cotización errónea.

- Que COLPENSIONES no le liquidó su mesada pensional teniendo en cuenta las 100 últimas semanas de cotización y tampoco le tuvo en cuenta una tasa de reemplazo del 90%. (fl.- 2-6)

Una vez notificada la demandada, ésta procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1, 6, 7, 9, 11, y 13, 14 y 18 A, para las demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepciones las que denominó inexistencia del derecho, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, intereses moratorios, carencia de causa para demandar, compensación y no procedencia al pago de las costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (fl.- 50 - 66)

Tramitada la primera instancia, el Juez 17 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el 16 de marzo de 2019, en la que resolvió ABSOLVER a la demandada de la totalidad de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante. (fls.- 92).

Para apoyar su decisión, el Juez de primer grado, señaló que el problema jurídico consiste en esencia en determinar si las normas que la entidad aplicó para el reconocimiento de la pensión del demandante fueron las adecuadas y así establecer si le resultan aplicables las normas del acuerdo 049 aprobado por Decreto 758 ambos de 1990; la procedencia de la reliquidación de su pensión con base en estas normas de propias del instituto de seguro social por ello y en aras de avanzar, la respuesta al problema jurídico tenemos que son hechos debidamente demostrados y que no generan discusiones, es que el demandante se encuentra pensionado por la entidad demandada a través de resolución No. 277524 del 25 de junio de 2014. a través de la cual se le reconoció una pensión de vejez en cuantía inicial de \$1.213.273.

Se observa además que el reconocimiento se hizo a partir del 1 de julio de 2014; que posteriormente al demandante le fue reliquidada su prestación pensional en resolución mediante resolución No. 450093 del 31 de diciembre de 2014 y se ajustó su valor a \$1.190.184, reconocimiento que se ordenó a partir del 21 de febrero de 2012.

Se observa además que el demandante fue reconocido como beneficiario del régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993, artículo 36 y que para reconocer la pensión al demandante se le aplicó el artículo 7° del decreto de la ley 71 de 1988, es decir que se le reconoció la denominada pensión de jubilación por aportes de acuerdo con lo previsto y contemplado en la resolución que obra a folios 35 a 38 el expediente lo anterior entonces para resaltar que acuerdo con las normas que aplicó la entidad al demandante se le tuvieron en cuenta la sumatoria de tiempos como servidor público y de tiempos cotizados como trabajador del sector privado, de ahí entonces que se le aplicó la norma referida.

No obstante lo anterior y como se indicó al plantear el problema jurídico el demandante pretende que la prestación pensional a su favor sea reconocida aplicando el acuerdo 049 de 1990 a través del cual se expidió el denominado reglamento general de invalidez vejez y muerte emanado del entonces Consejo Nacional de los Seguros Sociales Obligatorios, que fue expedida el 1 de febrero de 1990 y aprobado ese mismo año a través del decreto 758 de 1990.

Entonces tenemos que en la entidad accionada mediante resolución No. en la resolución No. 237524 emitida el 25 de junio de 2014, luego de ubicar al demandante como beneficiario del régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993 concluyó entonces que el demandante cumplía con la exigencia de edad 60 años y los 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo tanto como servidor público como trabajador privado desde el 21 de febrero de 2012; la liquidación del

ingreso base obtenido teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas por el demandante durante toda su vida laboral por ser más favorable, según lo indicado por la entidad accionada.

La anterior información se logra extraer al revisar la resolución que obra folios 35 a 38 el expediente, no obstante lo anterior, insiste el demandante reclamando su calidad de beneficiario del régimen de transición, y pretende el reconocimiento de la pensión se haga aplicando el acuerdo 049 aprobado por decreto 758 del mismo año, el cual si le es aplicable al actor dada su calidad de beneficiario del régimen de transición.

Establece dicho acuerdo en su Artículo 12 lo siguiente *“tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos en el caso de los hombres 60 años de edad y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas Durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad”*

En el caso que nos ocupa tenemos que el demandante cumplió 60 años el 21 de febrero de 2012, sin embargo revisa la historia laboral que obra a folio 12 del expediente se advierte entrada que no alcanza demostrar el requisito a las 500 semanas cotizadas en los últimos veinte años antes de cumplir los 60 años es decir entre el 21 de febrero de 1992 y el 21 de febrero de 2012, pues el reporte da cuenta sólo de 415 semanas y en relación con las 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo de acuerdo con el consolidado total de semanas cotizadas se observa que en toda su vida laboral el demandante cotizó al régimen de Colpensiones para un solo 955,29 semanas lo que significa que no alcanza a cumplir las 1000 semanas exigidas por ese acuerdo.

En cuanto a los aportes realizados como servidor público que representan 9 años de cotizaciones tal y como se corrobora con la resolución que obra folios 31 - 34, debe advertirse que ese tiempo

cotizado a la unidad de gestión pensional y contribuciones parafiscales no le resultan válidos para acceder a la pensión con base en el acuerdo 049 aprobado por decreto 758 de 1990, toda vez que esa norma no permite las cotizaciones diferentes a las realizadas a colpensiones en calidad de trabajador oficial, por lo que no es dable el estudio de su prestación a la luz de lo normado en el acuerdo 049 de 1990.

Ahora bien pretende el actor que se disponga que su monto pensional sea el resultado de obtener desde haberse obtenido el número de el ingreso base de liquidación con base lo cotizado en las últimas semanas que es lo que dice prevé el acuerdo el acuerdo 049 de 1990, no obstante cabe anotar que la Liquidación para determinar el derecho pensional del demandante corresponde al inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993 Norma que señala la manera de liquidar el IBL, resaltando que al actor le hacían falta más de 10 años para adquirir el derecho pensional pues recordemos que nació el 21 de febrero de 1952 contando por el 1° de abril de 1994 con 41 años y cumplió sus 60 años el 21 de febrero de 2012, lo anterior para denotar entonces que la Norma que le resulta aplicable al demandante para establecer el ingreso base de liquidación de su pensión corresponde a la parte final del inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993, norma que expresamente señala que las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley y lo que significa que debemos acudir al artículo 21 del citado estatuto.

Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley el promedio los salarios o renta sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo si esté fuera inferior para los casos de pensiones de invalidez y sobrevivencia actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, agrega que cuando el promedio del ingreso base ajustado por inflación calculado sobre los

ingresos de toda la vida laboral del trabajador resulta superior al previsto en el inciso anterior el afiliado podrá optar por este sistema siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

Así es pertinente resaltar simplemente que no es posible acudir al acuerdo 049 en el aspecto de la conformación del derecho pensionario del monto el derecho pensional para establecer entonces la cuantía de la mesada pensional pues para el efecto debe acudirse se insiste en el caso que nos ocupa al artículo 21 de la ley 100 de 1993, por lo se absuelve a la demandada de la totalidad de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

APELACIÓN PARTE ACTORA

Inconforme con la decisión, la parte actora, interpuso recurso de apelación en los siguientes términos: *“la sustentó señalando que no se tuvieron en cuenta la norma aplicable a mi caso particular en el fallo si aparece que no reúna los requisitos del acuerdo 758 del 90, pero además en la misma contestación de la demanda la parte demandada COLPENSIONES argumento que se había liquidado mi pensión con base en el artículo 7 de la ley 71 del 88 que se denomina pensión de jubilación por aportes, efectivamente el señor juez hace mención en su fallo a qué tengo derecho a la aplicación de dicha norma y que esa fue la que se aplicó sin embargo nuevamente señor pues Consideró que lo que solicite a la demandada, es que se tuvieran en cuenta derechos Ultra y extra petita, el señor juez debería haber verificado si el artículo 7 de la ley 71 y toda la ley que viene al caso se aplicó en debida forma por cuanto el mismo articulado la misma ley 71 del 88 establece Precisamente en Artículo 7° efectivamente el derecho a la pensión como quiera que se trata de tiempos públicos y privados sin embargo esta ley en su artículo 11 determina que se deberá mencionar la persona con base en el último salario devengado, disculpe es el artículo noveno, que dice que las personas pensionadas con derecho a pensión del sector público entonces me corresponde tomando*

como base el promedio último año, esta ley 71 del 88, permite que las personas del sector público, yo trabajé únicamente 9 años con el sector público sin embargo consideró que únicamente COLPENSIONES tuvo en cuenta las semanas cotizadas exclusivamente al Seguro Social entonces Yo me pregunto señor juez Qué pasó con mis hermanos del sector Público de 9 años, como usted ha referido en su fallo no sé me reconocieron, es decir que la ley favorable al actor en este caso al trabajador se está desconociendo la ley son los derechos adquiridos que están reconocidos como derechos fundamentales en la Constitución nacional Consideró que se me envió lado y por ello argumentar el recurso en debida forma ante el honorable tribunal superior de Bogotá.

CONSIDERACIONES

Lo primero que debe precisar la Sala de Decisión es que en este asunto no es materia de discusión: (i) Que el actor es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, (ii) Que mediante resolución GNR 237524 del 25 de junio de 2014 se le reconoció la pensión de vejez a la luz de lo normado en la ley 71 de 1988, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 75% y un IBL correspondiente a toda la vida laboral (fl.- 31 - 34).

En relación con la reliquidación pretendida, esto es, que se estudie su derecho pensional a la luz de lo normado en el acuerdo 49 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, esta Colegiatura encuentra que tal y como lo señaló el Juez de Primer Grado, dicho pedimento no tiene visos de prosperidad.

Lo anterior se afirma, como quiera que para el estudio de la prestación pensional, con base en el acuerdo 049 de 1990, únicamente se pueden tener en cuenta los aportes realizados al ISS hoy COLPENSIONES, los cuales de conformidad con el resumen de semanas cotizadas por el actor, visible a folio 12, **ascienden en total a 955,29 semanas**, de las

cuales solamente **415 semanas**, fueron cotizadas dentro de los 20 años inmediatamente anteriores al cumplimiento de la edad, por lo que claramente no cumple con los requisitos del art. 12 del acuerdo en mención, el cual exige un total de 1000 semanas de cotización realizadas en cualquier tiempo o 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida (60 años en el caso de los hombres), reiterando que dichas cotizaciones deben ser exclusivas al ISS.

Ahora bien, revisadas las resoluciones emanadas del ISS hoy COLPENSIONES, esta Colegiatura encuentra que le asiste razón a la parte demandada en sus alegatos de conclusión, ya que las mismas se encuentran ajustadas a derecho, como quiera que se reconoció el derecho pensional el actor, con sujeción a lo normado en la Ley 71 de 1988, norma ésta, que **si** permite el cómputo de tiempos o cotizaciones realizadas tanto en el sector público como en el sector privado y de esta manera, tener en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas por el actor.

Ahora en cuanto al IBL, pretendido por el actor, bastaría con señalar que este, está contenido en el acuerdo 049 de 1990, norma que como ya se indicó no le es aplicable al actor, por cuanto no cumple con los requisitos establecidos en la misma para acceder a la prestación que reclama.

Así las cosas, no es dable acceder a lo solicitado al demandante en su recursos y reiterado en sus alegatos de conclusión, siendo necesario señalar que la demandada dio una correcta aplicación a la norma ya que tal y como lo señaló *a quo*, el ingreso base de liquidación pensional se rige por lo previsto por el legislador en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone que *“el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio*

de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

Sobre la aplicación del inciso citado, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias en las de fecha 11 de marzo de 2009, Radicado No. 34292 con ponencia del H. Magistrado Dr. Luis Javier Osorio López y 43614 del 10 de agosto de 2010 en las que se ha manifestado que la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión, y el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, por el inciso 3° del artículo 36 ya citado.

Así las cosas, no es posible acceder a lo pedido por el actor en su demanda, debiéndose confirmar la ABSOLUCIÓN impartida por el Juez de primer Grado.

Sin costas en esta Instancia.

Por lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero: confirmar la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2.019, de conformidad con lo antes expuesto.

Segundo: Sin costas en la alzada.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 17 2017 780 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: AMPARO RINCON ALVAREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

Se reconoce personería a la Dra. **LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ**, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - en adelante COLPENSIONES, de conformidad con el poder de sustitución allegado por correo electrónico.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 16 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Diecisiete laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la apoderada de la demandada COLPENSIONES y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta misma.

ALEGACIONES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2017 780 01 Dte: AMPARO RINCON
ALVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior, para presentar alegaciones, se recibieron por vía correo electrónico, los alegatos de la parte actora y de la demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora se declare que PROTECCIÓN S.A. faltó a su deber de información, que como consecuencia de lo anterior se declare la ineficacia del traslado realizado a dicha entidad y se condene al traslado de los aportes cotizados a COLPENSIONES sin solución de continuidad desde el 1 de febrero de 1979 y al pago de las costas y agencias en derecho. (fl.- 5-6)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES, el día 1 de febrero de 1.979, hasta el 18 de abril de 1994, fecha en la que se afilió a PROTECCIÓN S.A.
- Que el asesor de la demandada PROTECCIÓN, no le informó que el monto de su pensión sería inferior al que devengaría si continuaba en el ISS.
- Que la demandada no le elaboró una proyección completa sobre el valor de su mesada pensional teniendo en cuenta el bono pensional.
- Que el asesor le informó que de continuar en el ISS no se iba a pensionar, ya que el ISS se iba a acabar.
- Que no le informaron sobre las desventajas de trasladarse, así como tampoco le informaron que no podía retornar después de los 47 años de edad.
- Que la información que se le suministró fue sesgada y parcializada con el fin de concretar su traslado y recibirla comisión correspondiente.
- Que actualmente cuenta con más de 1.800,14 semanas de cotización.
- Que el día 2 de junio de 2017 elevó derecho de petición a PROTECCIÓN, solicitando la invalidación de su afiliación y ante



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2017 780 01 Dte: AMPARO RINCON
ALVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

COLPENSIONES se elevó formulario e traslado el día 7 de junio de 2017. (fl.- 6-8)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 3, 5, 18 y 19, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (fl. 53 -69).

Al contestar la demanda **PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 4, 5, 7, 13 y 15 a 17, para los demás señaló que no lo son o que no le constan, propuso las excepciones que denominó declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, y prescripción. (fl. 89 - 94).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, declaró la ineficacia de la afiliación que hiciera la demandante a PROTECCIÓN S.A. Así mismo ordenó a esta a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de este, con todos sus frutos e intereses y a esta última a reactivar la afiliación de la actora. (fl. 150 – 151)

Fundamentó su decisión en síntesis el Juez de primer grado señalando que:

“Procede el despacho a cumplir el objeto de esta audiencia, y para el efecto se recuerda que la audiencia celebrada el pasado 12 de abril de 2019, se dispuso que a clausurar debate probatorio y se concedió el uso de la palabra a los apoderados de las partes, para que expusieran sus alegatos de cierre por lo que solamente está pendiente dictarse sentencia.”



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2017 780 01 Dte: AMPARO RINCON
ALVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Antecedente, la señora Amparo Rincón Álvarez, actuando por conducto de apoderado judicial instauro demanda ordinaria en contra de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad Protección S.A, persona jurídica derecho privado constituida como sociedad anónima con domicilio principal y Medellín, y representar legalmente por su presidente o quien haga sus veces, y de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, entidad financiera carácter especial del orden nacional, vehiculada al Ministerio de Trabajo representar legalmente por su presidente en la actualidad doctor Juan Miguel Villalora o quien haga sus veces; pretende la demandante, que previo a los tramites de un Proceso Ordinario de la Seguridad de primera Instancia, se profieran las siguientes declaraciones y condenas según el acápite de su demanda a folio 5 a 6 que se declare la ineficacia de su traslado realizado Protecciones S.A, como administradora del régimen y ahorro individual con solidaridad, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información, veraz ,completa, y oportuna, acerca de las ventanas, y las ventajas del cambio de régimen.

Que como consecuencia de lo anterior, se condene Protección S.A, a la ineficacia de del traslado al régimen de ahorro individual y a su vez se condene a Colpensiones, a aceptar los aportes de la demandante declarándose que su vinculación a esa entidad no tuvo solución de continuidad desde el 1 de febrero de 1979, y además que se condene en costas a las demandadas y expone como fundamentos fácticos relevantes que se puede revisar a folio, 6 a 8, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales, a partir del 1 de febrero de 1979, y que aportó al sistema 628.14 semanas, señalando que al momento en entrada en vigencia la 100 de 1993, se encontraba afiliada a esa entidad, dice además que con el funcionamiento de los Fondos Privados escogió Protecciones S.A., como el suyo desde el 18 de abril de 1994, Fondo al cual se encuentra vinculada en la actualidad, y señalando que al momento de efectuarse su cambio, el asesor omitió brindarle información entre otros aspectos acerca de posible valor de su mesa pensional, sin indicarle que sería inferior al que recibiría en el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensional, también dice que no se le elaboró una proyección matemática que le permitiera contar con una información completa sobre el valor de su mesada pensional, y que el asesor de Protección utilizó argumentos, como en la posible liquidación del Instituto de Seguros Sociales, señalándole además que se podía pensionar a cualquier edad y que no le informaron de las posibles ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, dice finalmente que cuenta con 1.800 semanas que el 2 de julio de 2017, solicitó se validaran a su afiliación a Protección S.A que el 7 de julio de 2017, radico formulario de traslado ante

Colpensiones, y que las peticiones que ha elevado tendiente a obtener su retorno a Colpensiones han sido negadas, como fundamento de derecho invoco las normas y razonamientos legales expuesto a folios 8 a16 del expediente.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2017 780 01 Dte: AMPARO RINCON
ALVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Trámite procesal la demanda se admitió por Auto de 31 enero de 2018, a folio 44 y en el mismo proveedor se expuso la notificación de traslado las demandadas para efectos de garantizar su derecho de contradicción y defensa y se ordenó vincular a la Agencia Defensa Jurídica, las demandas se notificaron el 22 de febrero y el 19 de julio de 2018, conforme actas de folios 45, 46 y 88, habiéndose notificado también a la Agencia Defensa Jurídica, las demandadas contestaron un y ambas se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, Colpensiones en escrito que se puede revisar a folios 53 a 69 acepto numerales 1 a 3, 5, 18 y 19, de hecho dijo que no le constaban los restantes, propuso a las excepciones inexistencia de derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida prescripción, caducidad, inexistencia causal de nulidad no procedencia del pago de costas y genérica.

Por su parte Protección S.A en sus escrito de folios 89 a 94, luego de aceptar los numerales 4, 5, 7, 13 y 15 a 17, de hechos propuso las excepciones de fondo que denominó declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de su afiliación a la AFP buena fe, prescripción y genérica, propuso con el carácter de previas también la excepción de falta integración de litis Consorcio necesario, petición que fue negada en la audiencia respectiva, la Agencia de Defensa Jurídica no intervino, posteriormente se agotaron las etapas de rigor y encontrándose al proceso tramitado en legal forma y al no advertirse causal de nulidad se procederá a dictar fallo previo de las siguientes consideraciones:

En primer lugar recordemos brevemente que el Gobierno Nacional a través del Decreto 2013 del 2012, dispuso la supresión y posterior liquidación del Instituto de Seguros Sociales, pero dejó a cargo de Colpensiones, el manejo de régimen de prima media con prestación definida, esta entidad recordemos fue creada por la ley 1151 de 2007 como una empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Nacional con personería jurídica, autonomía, administrativa y patrimonio independiente, luego a través del Decreto 4121 de 2011, se cambió su naturaleza jurídica y en adelante para estar organizada como entidad financiera el carácter especial vincular Ministerio de Trabajo y posteriormente mediante Decreto 2011 de 2012, se dispuso entrar en operación como nueva administradora de régimen de prima media con prestación definida, lo anterior se menciona para resaltar que el tenor de lo preceptuado en el artículo 6 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la demandante debió agotar la reclamación administrativas ante Colpensiones como requisito que en efectos se advierte cumplido conforme se corrobora con la documental de folio 40, sentado lo anterior entonces se procede a plantear el problema jurídico a que se contrae en la presente controversia que sin duda encaja dentro de los asuntos de la Seguridad Social y que consiste en esencia determinar la procedencia de declarar la ineficacia

de la vinculación de la demandante o la afiliación mejor a la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y su vinculación Fondo actual Protección S.A y tener como única afiliación válida la correspondiente al régimen de prima media con prestación definida hoy a cargo de Colpensiones.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2017 780 01 Dte: AMPARO RINCON
ALVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

En síntesis entonces para efecto de dar respuesta problema jurídico empeceamos por señalar en síntesis que: la demandante aduce que al momento de gestionarse su cambio de régimen pensional, el asesor que efectuó el traslado no le advirtió de las ventajas o desventajas del sistema, ni tampoco le brindó una información completa, adecuada, oportuna y verás acerca de las implicaciones de ese cambio de régimen, apoyada entonces en esa manifestación solicitar el síntesis que se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS, petición a la que se opusieron las demandadas al considerar que la demandante no cumple con las exigencias que ha previsto la ley para permitirse su retorno en cualquier momento y recuperar posibles beneficios y además porque asegura por parte de Protección S.A, que se le brindó a la afiliada toda la información suficiente, y necesaria de manera que se cumplió cabalmente con la asesoría suficiente, sin que se le puedan ahora reclamar actividades diferentes a las que se ejercitaron en ese momento en procura de lograr la afiliación de la demandante.

Así entonces y aras que avanzar en la respuesta al problema planteado, tenemos que nos remitirnos en primer lugar al documento que obra a folio 74, del cual se puede constatar que el efecto demandante, estaba vinculada al Instituto de Seguros Sociales, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, de esa entidad y que efectuó cotizaciones y en ese sistema desde el 1 de febrero de 1979, conforme documento 74, se observa además que el 14 de septiembre de 1994, decidió cambiarse de régimen pensional, y se afilió a través de Da vivir S.A, entidad que luego fue absorbida por Protección S.A., por lo que tenemos entonces que Protección asumió las obligaciones que el momento determinado tuvo a su cargo la entidad a Da vivir S.A, liquidada por absorción. Ahora bien recordemos brevemente como antecedente de este tipo de controversias que debido a numerosas acciones de tutelas instauradas por ciudadanos, que se habían trasladado de los regímenes del Insntituto de Seguros Sociales o de Cajanal, por ejemplo al régimen de ahorro individual con solidaridad, es decir al régimen encargado a los fondos de pensiones privados, creados en Colombia en virtud de la ley 100 de 1993, y esperando los ciudadanos que a través de este mecanismo excepcional pudiesen retornar en cualquier tiempo a Colpensiones, la Honorable Corte Constitucional, profirió una sentencia de unificación, a través de la cual sentó y reitero sus criterios de unificación SU 789-2002 y la 1024 de 2004, que fijaban la reglas que permitía el denominado retorno al régimen de prima media, en esas oportunidades la Corte Constitucional, en su Sentencia Unificación 062. de 2010, señaló en síntesis que son las personas que fuesen beneficiarios del régimen de transición, por tiempo de servicios cotizados al 1 de abril de 1994, es decir aquellas personas que contarán con 15 años de servicios para esa fecha, podría trasladarse en cualquier tiempo al régimen de prima media y recuperar el régimen de transición aunque les faltara menos de menos de 10 años para cumplir la edad requerida para acceder al derecho a la pensión, y en esa providencia me refiero a la SU. 062 de 2010, se

fijaron a manera de reglas generales las siguientes para permitirse ese traslado si a los afiliados le faltaran menos de 10 años, para cumplir la edad



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2017 780 01 Dte: AMPARO RINCON
ALVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

de pensión, solo podría regresar al régimen de prima media, si para el 1 de abril de 1994 contaban con 15 años de servicios que equivalen a 750 semanas cotizadas, de igual manera solo las personas que tuvieran en esos 15 años de servicio al 1 de abril de 1994, podría recuperar el beneficio del régimen de transición. En tercer lugar si el afiliado es beneficiarios régimen de transición, solo por edad no podría recuperar el beneficio del régimen de transición aun cuando le faltare más de 10 años para cumplir edad de pensión, o se haya trasladado con anterioridad y finalmente en relación con los afiliados que le faltaban más de 10 años para pensionarse, se precisó que podrían trasladarse de régimen pensional por una sola vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial. Lo anterior simplemente para demostrar que no se pueden confundir los requisitos para ser beneficiarios de régimen de transición que puede ser dado para trasladarse en cualquier tiempo y recuperar el régimen de transición que corresponde solo al requisito de tiempo de servicios, debiéndose tener en cuenta en todo caso que se debe trasladar la totalidad ahorros del régimen de ahorro individual, al de prima media, y que el valor debe ser igual al monto total de la porte legal en caso de que el afiliado hubiese permanecido en el régimen de prima media hoy a cargo de Colpensiones, si no se cumple con tales exigencias el afiliado deberá permanecer en el fondo de ahorro individual, hasta reunir el capital suficiente para financiar su derecho pensional, o en su defecto solicitar la devolución de aportes de saldos a ese sistema. De la anteriores circunstancias se mencionan entonces en todo caso para resaltar al demandante dadas las circunstancias y las pruebas que obran dentro el expediente, no alcanzo a demostrar que cumplan los requisitos para permitirse ese retorno automático, al cual hice alusión pues para el 1 de abril de 1994, no contaba con 15 años de servicios cotizados, conforme se puede extraer del certificado información laboral del cual se advierte que cotizó es el 1 de febrero de 1979 y que para el 1 de abril de 1994 demostraba 12 años cotizados, es decir no alcanzo a demostrar los 15 años.

Lo anterior para demostrar entonces, o para resaltar que el demandante no tenían en todo caso la calidad beneficiario del régimen de transición ,previsto en la ley 100 de 1993, lo que significa que para el momento en que decidió cambiarse régimen pensional ,no tenía una expectativa cierta so pena de alcanzar un derecho pensional, con base en las normas propias del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones en la actualidad, y tampoco se podía beneficiar del régimen de transición, y esto lo menciono, simplemente para resaltar que en todo caso el demandante no puede haber esgrimido como excusa del desconocimiento de las omisión del deber de información la circunstancias relativas al régimen de transición, pues en todo caso ese beneficio no lo cobijaba, sin embargo como ya se admitió el demandante reprocha en general al Fondo Administrador que gestiono su cambio de régimen la omisión o el silencio acerca de las consecuencias o implicaciones que tendría ese cambio de régimen pensional pues dice no le fue suministrada una información, adecuada, completa veraz, oportuna y suficiente, acerca del cambio de régimen pensional y no fue asesorado en debida forma a cerca de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2017 780 01 Dte: AMPARO RINCON
ALVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

las diferencias concretas que exhibía cada uno de los regímenes personales, sus posibles

beneficios y también sus posibles desventajas, por esa razón entonces nos remitimos al documento que da cuenta al traslado de régimen pensional y encontramos entonces que en el presente caso se hecha de menos ese documento, como para poder tratar de establecer cuál fue la información vertida consignada en ese documento, para tratar de establecer de esa manera si para el momento de gestionarse el cambio se advirtió por lo menos que el demandante había cotizado al Instituto de Seguros Sociales, por lo menos 12 años de cotizaciones equivalente a semanas, lo que de todos modos implicaba en su caso particular se hiciese la advertencia necesaria acerca del cumplimiento de esa densidad de semanas que registraba al momento de ese cambio de régimen pensional.

No obstante en el expedientes observa que dicho documento no fue aportado como para poder entonces tener claras la información, que se le pudo haber brindado al demandante en ese momento, seguramente y eso no lo duda este sentenciador, para ese momento la gestión del asesor de Davivir S.A , el cambio de régimen Pensional tuvo como único propósito plantear unas posibles ventajas de ahorro individual con solidaridad, sin ahondar en todo caso los aspectos técnicos relacionados con la forma, por ejemplo de cuantificar un derecho pensional, la necesidad de efectuar unos aportes voluntarios y modalidades de pensionales de régimen de ahorro individual con solidaridad sin haberme expuesto en todo caso, por lo menos no se estableció en el proceso unas posibles desventajas de ese cambio régimen, pues recordemos que para esa época que corresponde al inicio del desarrollo de la actividad mercantil de los fondos privados en nuestro país más que una gestión técnica, los asesores cumplían una labor precisamente comercial, que en principio solo tenía como propósito atraer y cautivar a los afiliados de nuestro sistema para tratar de engrosar la nómina de vinculados al régimen de ahorro individual, por esa razón, entonces en este proceso se echa de menos que se hubiese agotado en debida forma la etapa precontractual o previa a la aceptación del traslado, y que como bien sabemos implicaba para el Fondo Administrador de Pensiones, la obligación de desplegar toda una labor que asesoría incluyendo los pros y los contras que implicaban ese cambio de régimen actividad que en este caso se echa de menos, pues constituida carga probatoria que incumbía al ente suscitarlo al demandado demostrar que la celebración del contrato con el demandante concurrieron además de su manifestación libre y voluntaria, algo que no se discute las etapas propias del proceso que la jurisprudencia ha señalado, entre ellas la etapa final que correspondería a brindarle un información completa oportuna y verás acerca de las posibles condiciones para un disfrute de un derecho pensional y siendo en todo caso que no es de responsabilidad probatoria del afiliado demostrar que recibió toda esa información, pues esa actividad vuestra responsabilidad probatoria le incumbe únicamente a la entidad Administradora que tenían un momento dado la obligación de percatarse de la situación particular del demandante para comparar los pros y los contras



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2017 780 01 Dte: AMPARO RINCON
ALVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

de aceptar ese traslado, ello además teniendo en cuenta las importantes diferencias sustanciales que presentan los dos regímenes pensionales comparados, es decir mientras al régimen de prima media con prestación definida, corresponde a un modelo preestablecido, donde el afiliado debe reunir una edad que sabe cuál es la edad desde el principio y una

densidad de cotizaciones que también conoce el número en el de ahorro individual, la prestación pensional queda sujeta a la constitución de un capital a unos de los rendimientos financieros que están dependiendo del vaivén del mercado financiero de ese capital algo que a veces para algunos afiliados resulta incierto por los vaivenes del mercado por las frustraciones propias del mercado financiero, por esa razón entonces lo que se echa en estos procesos que precisamente a los afiliados no se les hubiese advertido acerca de las condiciones de ese cambio de régimen pensional, para poder así determinar que la decisión obedeció más que una decisión autonómica y consiente que obedeció al haber recibido la información completa que contenía las ventajas y las posibles desventajas de ese cambio de régimen, siendo esa una información que tenía el fondo una obligación de manera prudente con la prudencia de quién sabe el valor que implica y orientada al futuro afiliado o de quien ya lo está acerca de las implicaciones de ese cambio de régimen. Ese simple deber de Información, como también se ha dicho por la jurisprudencia surge como una obligación, y como una emanación propia del reglamento de la Seguridad Social teniendo la Administradora en todo caso la obligación del deber del buen consejo, que implica desplegar esa información de manera suficiente, dando a conocer las diferentes alternativas los posibles beneficios e inconvenientes aún riesgo de llegar a desanimar al futuro afiliado, el deber de información y asesoría pensional que se atribuyen las entidades administradoras integrantes del sistema financiero y que se requiere por los derechos y expectativas personales que implica. con lo anterior entonces, debe concluirse que en el presente caso el efecto se estableció esa omisión en el deber de información legal la cual resulta atribuible en Protección S.A. finalmente como entidad que asumió las obligaciones en su momento su momento de Davivir S.A, por esa razón entonces la consecuencia que se desprende de esas omisiones que se encuentran dentro del expediente es declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante a ese régimen pensional, recordemos finalmente para abundar en razones para declarar a la ineficacia que ese deber de información de las entidades administradoras de Fondo de Pensiones, fue consagrado o ha sido consagrado desde normas como el Estatuto Orgánico del sistema financiero, Decreto 663 de 1993, norma que resulta aplicable a estas entidades como integrantes del sistema de su calidad de instituciones financieras privadas previsional encargadas de administrar los Fondos y planes de pensión con solidaridad y de los fondos de cesantías en Colombia a través de las fiduciarias ella se encargaba. El Estatuto a que me refiero Decreto 663 de 1993, se estableció en esa de poca en el artículo 93 la obligación de las entidades vigiladas de suministrar los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria en aras de lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizan, de suerte que indico la norma que les permita a los usuarios contar con una información



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2017 780 01 Dte: AMPARO RINCON
ALVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

cierta, suficiente, clara y oportuna que les permita construir elementos de juicios claros y objetivos que les permita optar por las mejores posibilidades del mercado, por esa razón entonces y habiéndose establecido que finalmente que no se cumplió con ese deber legal de informar en debida forma al demandante surge entonces la ineficacia a esa afiliación al régimen que en concreto es lo que persigue el demandante, por esa razón entonces como lo vengo

indicando habrá de declararse la ineficacia de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, que efectuó o en el cual pertenece en la actualidad a través de Protección S.A, lo que con lleve entonces a declarar sin efecto su afiliación. Como consecuencia de lo anterior y teniendo presente que la consecuencia jurídica del volver las cosas al estado en que se encontraban deberá disponerse entonces que el demandante tenga como única afiliación válida correspondiente Colpensiones como administradora de Régimen de prima media con prestación definida y como debiéndose señalar que para todos los efectos legales la vinculación del demandante al RAIS no produjo ningún efecto jurídico, criterio que precisamente fue aceptado por nuestro Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en Sentencia dictada el día 2 de abril de 2018, oportunidad en la cual se modifica una Sentencia que había sido dictada por este Juzgado dentro el Proceso de radicado 2016 – 0441, Magistrado Ponente Doctor Diego Roberto Montoya Millan, y oportunidad cuál el Tribunal precisó que las consecuencias de la omisión en el deber de información derivada de un traslado ineficaz ,según también lo había fijado como criterio de la Corte Suprema de Justicia un Sentencia 12136 de 2014, Por ello se declarar entonces la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, se ordenará a su AFP Protección S.A, a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotización, sumas adicionales de la aseguradora traslado de dinero de las otras administradoras de pensiones si allí hubiere lugar todo con su frutos e intereses, conforme lo prevé en la artículo 1746 del Código Civil, es decir con los rendimientos que subieren causado, de esa manera entonces se analizan si se acogen las pretensiones de la demandante y para referirme en este momento las consideraciones a los argumentos expuestos en los alegatos, basta señalar que de acuerdo con las consideraciones anteriores se acoge sus argumentos las pretensiones de la demandante, y para refirme en este momento las consideraciones, se acoge en sus argumentos básicamente en la omisión en el deber de la información que echa de menos o reprocha mejor la demandante al Fondo Administrador de Pensiones, argumentos que quedaron finalmente mostrados de acuerdo con el material de pruebas que obran en el expediente, ello nos lleva a decir que en materia de excepciones se declararan no probadas las de inexistencia del derecho, tampoco se prospera la prescripción teniendo en cuenta que el derecho pensional mientras está en etapa de conformarse resulta imprescriptible por lo cual debe cobijar ese mismo principio el régimen legal por el que se ocupará el derecho pensional, por lo que no podemos acoger el criterio en el sentido de aplicarse la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2017 780 01 Dte: AMPARO RINCON
ALVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

prescripción de 3 años, como lo invocan las entidades demandadas, por esa razón no se declarará la prescripción del derecho.”

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, señalando:

“Gracias su señoría, en este estado de la diligencia, me permito interponer Recurso de Apelación contra el fallo proferido, toda vez que la demandante, la señora Amparo Rincón Álvarez, como lo manifestó aquí en su interrogatorio de parte, ha trabajado para Davivienda desde pues según lo manifestado ella desde que inició su vida laboral, en un cargo administrativo de tal forma que pues por haberse afiliado ella a Davivir S.A ,tenía todas las herramientas e información a su alcance respecto de pues el mismo producto que ellos estaban vendiendo, en la entidad financiera por tratarse pues de una entidad y vinculadas entre Davivienda y Davivir S.A, por otro lado su señoría y Honorables Magistrados, solicito que se tengan en cuenta mis argumentos toda vez que en el expediente, ni pensional ni en el expediente procesal, se evidenció que a la demandante se lo hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información por parte de la AFP, que tampoco está en presencia de algún vicio de consentimiento, error, fuerza o dolo, así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes de pues del expediente obrantes en el expediente, nota de protesta o anotación alguna que permitiese inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, y pues que al contrario se observa que las según los documentales estás encuentran sujetas a derecho y que pues el traslado los realizó la demandante de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimiento opresiones indebidas, igualmente pues como su señoría lo manifestó que no se evidencia que la demandante, alcanzara a cumplir con los requisitos pues que se establecía en la en la Sentencia SU 062 de 2010, y pues para finalizar de manera subsidiaria solicito respetuosamente al Honorable Tribunal que se absuelva si no se atiende a las pretensiones principales, pues que se absuelva a mi representada de la condena en costas aquí impuesta, en vista que es claro que la demandante acudió a Colpensiones solamente hasta el año 2017, pues para solicitar la nulidad del traslado o que se aceptara en el régimen de prima media, sin embargo es claro que esta solicitud o que acudió únicamente para agotar un requisito de procedibilidad para iniciar la presente acción y no se evidenció su diligencia por lo contrario pues se nota la negligencia de parte de la demandante, en vista que ella tuvo todas las herramientas tanto como su empleador para adquirir la información suficiente si es que la información principal no se le dió en debida forma, y también pudo haber acudido en su momento al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, de esta manera dejo sustentado mi Recurso Apelación.”



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2017 780 01 Dte: AMPARO RINCON
ALVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos por esta demandada en su recurso de apelación, procede la Sala al estudio de del presente proceso.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora AMPARO RINCON ALVAREZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada PROTECCIÓN S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2017 780 01 Dte: AMPARO RINCON
ALVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definatorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Es así como para estos casos y contrario a lo que señala la recurrente, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2017 780 01 Dte: AMPARO RINCON
ALVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

de engaño, el que no sólo 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; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información, sí como tampoco se requiere la verificación de vicios del consentimiento, como erradamente sostiene la recurrente.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por el juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión en este sentido, proferida por la Juez de conocimiento.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2017 780 01 Dte: AMPARO RINCON
ALVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Consideran los restantes Magistrados que conforman la Sala que se debe autorizar a COLPENSIONES para que obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

(salva voto parcial respecto de la autorización dada a Colpensiones para que inicie acción judicial)



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2017 780 01 Dte: AMPARO RINCON
ALVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2017 780 01 Dte: AMPARO RINCON
ALVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Me aparto parcialmente de lo resuelto por la mayoría de La Sala en sentencia compartida en lo que tiene que ver con la autorización a COLPENSIONES para iniciar acciones en caso de sufrir perjuicios ya que este es un asunto que no le compete al Juez, es de la autonomía de las entidades determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder e iniciar o no las acciones pertinentes.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'R' followed by a horizontal line and a small flourish.

MARLENY RUEDA OLARTE

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 14-2015-275-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA BEATRIZ VARGAS
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Luz Sthepanie Díaz, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el 27 de mayo de 2019, proferido por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la parte demandada.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA BEATRIZ VARGAS, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral a fin de que se DECLARE que la entidad demandada, es responsable del reconocimiento y pago a su favor del 100% de

sustitución pensional a partir del 17 de abril de 2013, junto con indexación y mesadas adicionales, en su condición de compañera permanente del señor Israel Cruz Cano. (fl. 11)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el señor Israel Cruz, estuvo afiliado a Colpensiones, para los riesgos de IVM, que a través de resolución 20070 de 1996, el entonces ISS le reconoció pensión de vejez, que el entonces pensionado, incluyó como beneficiaria a la señora María Beatriz Vargas en su condición de compañera permanente desde el año 1995, que la pareja, vivía en unión marital de hecho desde 1981 y el 22 de noviembre de 2002, en la Notaría 19 del Círculo de Bogotá, protocolizaron dicha unión marital, manifestando que la misma existía desde 1981.

Afirma que el señor Israel Cruz, falleció el 16 de abril de 2013, por lo que solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de sustitución pensional. (fls. 8 y 9).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Colpensiones, se opuso a las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en No. 1, 2 y 4 a 7 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y no pago de intereses moratorios. (fl. 29).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró que los sucesores procesales de la señora Guadalupe Gómez, tampoco acreditaron la convivencia de esta con el causante y condenó en costas a la demandante. (fl.103)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando textualmente:

“Mediante resolución número 270 de 1996, se reconoció al asegurado Israel Cruz Cano por el extinto ISS una pensión de vejez a partir del 1 de octubre del año 96 en una cuantía inicial de \$201.518 pesos, sentado lo anterior imperativo es remitirnos al registro civil de defunción visible en el expediente administrativo que incorporó como prueba Colpensiones y que da cuenta que el señor Cruz Cano falleció el día 16 de abril de 2013 por lo que la norma vigente y aplicable a las condiciones de la pensión de sobrevivencia es la vigente para dicha data tal y como lo ha indicado la jurisprudencia de la máxima corporación del trabajo entre otras en sentencia 21 de marzo de 2012 con radicación 43.572, por tanto se remite el juzgado al artículo 47 de la ley 100 del 93, con la modificación que le introdujo la ley 797 de 2003 que frente a los beneficiarios de las pensiones de sobrevivientes estableció, que lo eran el cónyuge o compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario a la fecha de fallecimiento del causante tenga 30 años o más de edad en caso que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado la cónyuge, compañera o compañero permanente, supérstite deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte, por su parte el literal **b.** establece que si respecto a un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a y b, del presente artículo dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, en caso de convivencia simultánea en los últimos 5 años antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o beneficiario de la pensión de sobrevivientes será la esposa o el esposo, sin embargo, este última parte fue declarado condicionalmente exequible por la corte constitucional, mediante la sentencia C1035 de 2008, en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellas en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, regla de decisión que la jurisprudencia por razones lógicas ha extendido a los casos que se demuestre una convivencia simultánea entre dos compañeras permanentes con un mismo pensionado durante los 5 años anteriores a ocurrir el deceso, así en sentencia SLC 402 de 2013 reiterada en sentencia SLC 18102 de 2016 la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia puntualizo que “si bien es cierto la concurrencia de dos o más compañeras permanentes es un punto no regulado expresamente en nuestra legislación, lo cierto es que conforme a los criterios jurisprudenciales que se han trazado sobre el punto, es dable que una persona haya mantenido por separado pero simultáneamente una convivencia o vida marital con dos personas de manera que frente a este vacío normativo, la solución lógica no es de negar el derecho a quienes al mismo tiempo cumplieron con los requisitos exigidos en las normas aplicables, criterio jurisprudencial que se trae a colación en tanto que está demostrado que reclamaron la pensión de sobrevivencia ante Colpensiones la señora María Beatriz Vargas y la señora Guadalupe Gómez, las dos en calidad de compañeras permanentes.

En ese orden de ideas, lo primero que debe señalar este juzgado, es que, en lo que hace al derecho de la interviniente ad excludendum, se tiene que sus sucesores procesales no allegaron ninguna prueba para acreditar la convivencia de 5 años con anterioridad a ocurrido el deceso del causante para acceder a la prestación de sobrevivientes, de tal manera que en esta providencia solo se limitara el juzgado a decidir si la señora María Beatriz Vargas, demostró los cinco años de convivencia que exige la norma para acceder a la prestación, en ese orden de ideas, se debe precisar en primer término que la señora Vargas de Guaqueta alude a una convivencia ininterrumpida y exclusiva con el señor Cruz Cano desde 1981 y si bien ningún hecho de la demanda refiere que la misma se hubiere extendido al momento de producirse su muerte en 2013 lo cierto es que por aducirse la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en condición de compañera permanente supérstite asume el juzgado que la convivencia delegada perduró hasta que ocurre la muerte del causante, pues de otra manera no podría acceder a la prestación la compañera permanente, por manera que el estudio se reduce a establecer si la señora Vargas acredito en este juicio la convivencia con Israel Cruz Cano dentro de los 5 años anteriores a producirse su muerte.

En esa orientación la señora Vargas allego a folio 7 copia simple de declaración juramentada rendida por Israel Cruz Cano el día 25 de agosto 1995 ante el alcalde local de ciudad Bolívar allí entro de otras cosas expuso habitar en el barrio Lucero Medio, además declaro que convivía con la demandante hacia 18 años se asume entonces, por la fecha en que vertió esa declaración que iniciaron una convivencia desde 1977, a folio 8 obra igualmente declaración juramentada vertida por el causante en la notaria 19 en el círculo de Bogotá el día 22 de noviembre de 2002 en donde indicó el mismo sitio de

residencia y declaró convivencia con la demandante desde hacía 21 años esto es desde 1981, si se atiende la fecha en que la rindió, se allego el testimonio de Edgar Orlando Pulido Ballesteros que adujo conocer a la demandante aproximadamente en el año 85 o 86 refirió que vivieron en la misma casa como 6 años hasta 2004 o 2005 cuando él se fue a prestar el servicio militar, seguidamente manifiesta que se fue a prestar el servicio militar en 1990 y que para ese momento habitaba en el inquilinato que la demandante junto con el causante llegaron a vivir en ese inmueble por ahí en el año 91 o 92, no obstante y de manera contradictoria luego afirma que cuando se fue a prestar el servicio militar eso es 1990 la pareja ya habitaba en el primer piso, indica luego que duro viviendo en el inquilinato como 10 o 12 años como hasta el año 2007 aclarando posteriormente que fueron como 7 o 8 años que vivió allí, lo que aún mas incongruente resulta en tanto que para 1990 año en que prestó servicio militar vivía en el inmueble en donde también habito la pareja Cruz Vargas y su tiempo de residencia en esta casa fue aceptándose de 10 a 12 años se asume que tan solo vivió hasta el año 2000 o 2002 y no hasta el año 2007 como inicialmente lo refiere, manifestó ese testigo también que una vez se mudó del inquilinato se fue a vivir a la vuelta y ya se veían muy poco con la pareja y con los hijos de la señora María Beatriz quienes eran sus amigos, enterándose después que se habían ido a vivir al barrio Lucero sitio donde nunca los visito teniendo noticias de ellos muy esporádicamente finalmente señalo que se enteró de la muerte de don Israel como un año después de ocurrida esta.

Declaró de otro lado José Efraín Pulido hermano del anterior testigo manifestó conocer a la demandante desde que tiene uso de razón, narró que nació 1984 y que dada las visitas que le hacía a su hermano que habitaba en la misma casa en donde aquella residía la conoció, señaló que su hermano vivió en ese inmueble cerca de 4 o 5 años que durante este tiempo convivía con don Israel, señalo que posteriormente la pareja se muda al barrio Lucero que sus encuentros con la pareja se verifican entonces en reuniones familiares y almuerzos, sin embargo que cuando este empieza una relación marital se aleja y muy de vez en cuando ve a doña María Beatriz Vargas, aclara que empieza hacer vida marital con su esposa hace 17 años, de lo que se infiere dejo de frecuentar a la demandante desde el año 2002, no obstante asegura que conoce que doña Beatriz convivio hasta el día de la muerte con don Israel porque su mamá que se hizo amiga de Beatriz se lo conto, indicó finalmente que se enteró de la muerte de don Israel porque, su mamá quien asistió a las honras fúnebres se lo contó, que sin embargo, el no pudo asistir a las honras fúnebres porque él no estaba en Bogotá.

Del análisis entonces en conjunto de la prueba testimonial reseñada, no puede más que este juzgado inferir su falta de coherencia y consistencia en sus relatos además de concluir que no resultaron útiles ni idóneos para demostrar el supuesto de la convivencia de la pareja durante los cinco años anteriores a ocurrir la muerte del causante esto es entre abril del 2008 y abril del 2013, nótese por ejemplo como el primero de los citados este es el testigo Edgar Orlando Pulido, aduce en primer lugar que conoció en la relación en pareja que sostuvieron la demandante e Israel Cruz por haber vivido en el mismo inmueble, sin embargo, inicialmente afirma que ello acaeció en 1985 o 1986 posteriormente tomando como referente el año en que se fue a prestar servicio militar que lo fue en 1990, indica que en 1991 o 1992 llegaron a vivir en dicho inquilinato para después señalar que cuando se fue a la milicia en 1990 ellos ya vivían en ese inmueble aduce que en esa casa de inquilinato donde conoció la pareja Cruz Vargas convivía como pareja duro aproximadamente 6 años, luego sostiene que vivió allí hasta 2004 o 2005, posteriormente afirma que vivió como 10 o 12 años como hasta el año 2007, luego que si se toma como referente el año 1990 que dicese fue a prestar el servicio militar año para el cual vivía en el inquilinato ninguna de sus respuestas frente al número años que permaneció residiendo en el inquilinato donde dijo haber percibido directamente la cohabitación de la pareja es concordante con el año hasta el cual afirma allí permaneció, de manera que esas inconsistencias le restan credibilidad a su exposición pero en gracia de discusión y haciendo caso omiso de la reiterada confusión del testigo frete a los años que afirma conoció a la pareja, lo cierto es que su testimonio si deja entre ver que ningún conocimiento tuvo frente a la convivencia durante los últimos cinco años de vida del causante después de abril del 2008 a abril del 2013, pues admitiéndose que hasta 2002 los vio conviviendo como se infiere en una de sus respuestas porque después supo que se habían ido a vivir al barrio Lucero, nótese que sostuvo que a partir de allí ya no volvió a tener ningún contacto con ellos pues dijo "nunca fui a la casa de ellos ni nada", ahora el testigo José Efraín Pulido fue enfático en señalar que a partir que empieza su vida marital se alejó de la señora María Beatriz hecho que ubico hace 17 años lo que quiere decir cerca del año 2002 dejó de percibir directamente los actos propios de la relación afectiva y de convivencia entre la pareja Cruz Vargas y si bien afirma que esta convivio desde 1990

hasta que muere don Israel Cruz lo cierto es que esta información la conoció por lo que según él le conto su mamá de quien dijo era amiga de Beatriz lo que resulta poco creible en tanto que no se explica el juzgado si como lo sostiene este testigo su madre por virtud de la amistad que mantuvo con la demandante fue al sepelio de don Israel como su hermano Edgar Orlando Pulido quien declaro también en el juicio afirmo no haberse enterado del fallecimiento sino como un año después de ocurrido pese a que toda la familia padre, madre y hermano vivían en el mismo barrio, en ese orden, a ninguno de los testigos arrimados les consta directamente la convivencia de la pareja en el lapso comprendido entre 16 de abril del 2008 y 16 de abril de 2013 como tampoco se puede deducir este supuesto de las documentales que allegó la demandante, pues la declaración rendida por el causante en la Alcaldía local de Ciudad Bolívar data de 1995 y de otorgársele mérito probatorio de folio 8 eso es a la invertida notaria 19 circulo de Bogotá pues téngase en cuenta que no tiene firma de notario, nótese que data del año 2002 luego dichas declaraciones solo darían cuenta de la convivencia que bien pudieron tener pero hasta esa calendas 1995 y 2002, en ese orden de ideas no existe o de los elementos probatorios allegados ninguna certeza otorgan a este despacho de la convivencia que exige el literal a, del artículo 47 de la ley 100 del 1993, con la modificación que le introdujo el artículo 13 de la ley 797 de 2003, en tanto que ninguna resulto idónea para demostrar que la pareja Vargas Cruz convivio durante los cinco años anteriores a ocurrir el fallecimiento del causante de la presentación.

Conclusión necesaria entonces, es que, al no haberse demostrado por la compañera permanente aquí demandante esa convivencia que alegó en su escrito de demanda, repito esto es la padecida durante los cinco años anteriores a producirse la muerte del señor Cruz Cano, la conclusión necesaria es que, ha de absolverse a Colpensiones del pago de la prestación de sobrevivencia aquí reclamada.”.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **apeló la parte demandante**, señalando:

“Téngase en cuenta señora juez que de manera en el transcurso de la solicitud que se hizo directamente ante Colpensiones mi poderdante allegó los respectivos soportes documentales que exigió la misma demandada hoy nótese que el expediente se acreditó las declaraciones extra juicio las cuales fueron rendidas por la señora Ballesteros y Luz Marina Vargas que se encuentran en el expediente y que también de igual manera como se pudo demostrar se acreditó y se tuvo en cuenta por su despacho por el despacho del juez 14 laboral del circuito para que se hubiese valorado en el plenario lo que pues no se pronunció con relación a estas pruebas téngase en cuenta su señoría y señores magistrados que el art 262 del CGP establece que cualquier prueba que se introduzca dentro del plenario y no se haga ningún tipo de contradicción será tenida en cuenta sin necesidad de la respectiva contradicción caso que nos ocupa en este momento con lo cual en el expediente obra como lo manifesté las declaraciones de Elvira Ballesteros y Luz Marina Vargas donde manifiestan que mi poderdante la señora Beatriz Vargas convivio en los últimos 5 años antes del fallecimiento del señor pensionado esto es antes del 16 de abril de 2013 como se puede observar en el expediente que se allegó por parte de Colpensiones y que se allego cuando se hizo la reclamación inicial en la reclamación administrativa que fue negada por cuanto existía otra persona en cuanto la misma reclamación téngase en cuenta señores Magistrados que el trámite que se logró dar en ninguna de las partes existió contradicción a las pruebas allegadas para la reclamación la pensión de sobrevivientes.”.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por la parte demandante, la sala determinará si las pruebas que señala el recurrente, no fueron tenidas en cuenta, logran demostrar la convivencia requerida en la normatividad legal aplicable de la demandante respecto del causante.

No fue objeto de reparo la fecha de defunción del señor Israel Cruz, que como quedó determinado en instancia, corresponde al 16 de abril de 2013, conforme registro civil de defunción traído por la parte demanda en CD (fl. 37), contenido de expediente administrativo del fallecido como tampoco que disfrutaba de pensión de vejez que le fuera concedida por el entonces ISS, a través de resolución 20070 de 1996, documental que fuera allegada igualmente por la demandada en expediente administrativo a que se alude.

Como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, esto es la Ley 797 de 2003, normatividad que exige en su artículo 13, un tiempo de convivencia de la cónyuge o compañera permanente de 5 años previo al fallecimiento del causante, señala la norma en cita:

ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** *exequibles*>

Artículo 47. *Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, **deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte**;*

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es beneficiar a las personas más cercanas que realmente compartían con el causante su vida, pues esta pensión sustitutiva busca impedir que quien haya convivido de manera permanente, responsable y efectiva y haya prestado apoyo a su pareja al momento de morir, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas materiales y morales que supone su deceso; de este modo, **se trata de amparar una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, en la cual la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que se consolide un hogar, excluyendo así una relación fugaz y pasajera.**

Respecto al **tiempo de convivencia** la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia había señalado en sentencia 32393 de 2008 que se exigía tanto a la

cónyuge como a la compañera permanente demostrar convivencia dentro de los cinco años precedentes al fallecimiento cuando el deceso hubiere ocurrido estando en vigor el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el anterior, y sin que se hiciera diferencia de si se trataba de la muerte de un afiliado o de un pensionado.

La anterior postura fue variada en la sentencia rad. 41637 de 2012 y 45038 del mismo año, en donde la Corte señaló que la prestación de supervivencia no podía ser negada al (la) cónyuge con vínculo matrimonial indemne, por la circunstancia de no tener sociedad conyugal vigente, concluyendo que la protección debía otorgarse mientras se demostrara vida en común entre los esposos por un lapso no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo.

Conforme lo señalado en precedencia, se observa que tanto la reclamante, como la interviniente ad excludendum, señora Guadalupe Gómez, esta última fallecida en el año 2014, como se observa de documental visible a folio 48, alegaron ante la demandada, ostentar la calidad de **compañeras permanentes**, siendo ineludible demostrar que convivieron con el pensionado fallecido durante los 5 años previos a su fallecimiento.

A este respecto, el Juez de primer grado señaló que tal convivencia, no se logró probar por la señora Beatriz, como tampoco por los herederos de la señora Guadalupe (q.e.p.d). Ahora bien, conforme el recurso planteado, el recurrente alega no haberse tenido en cuenta declaraciones que se allegaron al proceso de las señoras Elvira Ballesteros y Flor Marina Vargas; no obstante lo anterior, revisado el plenario y la totalidad de los archivos que se allegaron por la demandada en expediente administrativo (fl. CD 37), no se observa que tales declaraciones hayan sido allegadas, es así como la primera solicitud de sustitución pensional que elevara la demandante a través de su apoderado, fue recibida por Colpensiones el 8 de noviembre de 2013, en ella el apoderado relaciona las documentales que aporta con su solicitud y se componen de las mismas declaraciones extrajuicio obrantes a folios 7 y 8 del expediente rendidas por el pensionado fallecido en los años 1995 y 2002, las que se logran observar junto con dicha solicitud en expediente administrativo mencionado, sin que se itera obre prueba de su afirmación de haber allegado las declaraciones que echa de menos ante la demandada y en gracia de discusión de haberse aportado las mismas cuando se reclamó la prestación ante la

entidad de seguridad social, era deber del actor, aportarlas al trámite procesal a efectos de demostrar el supuesto de hecho que invoca y no imponer tal carga a la entidad demandada, por no corresponderle a esta.

De lo anteriormente expuesto, se observa que como lo señalara la decisión de primer grado y la demandada en sus alegaciones no se logra probar por la parte demandante el lapso de convivencia por espacio de 5 años, previos al deceso del señor Israel Cruz el 16 de abril de 2013, convivencia a que se alude, definida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 45779 del 25 de abril de 2018, M.P. Clara Cecilia Dueñas, como *“la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común”*, la que constituye presupuesto ineludible para acceder al derecho pensional de sobreviviente; razón por la cual, habrá de **confirmarse** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 13-2019-508-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: CARLOS ARTURO MENDOZA
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora María Elena Fierro, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el 19 de noviembre de 2019 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la parte demandante y demandada.

ANTECEDENTES

El señor CARLOS ARTURO MENDOZA, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin que se condene a la

demandada al reconocimiento y pago de mesada pensional No. 14, a partir del 1 de julio de 2010, fecha en que suspendió el pago de la misma, junto con intereses moratorios e indexación. (fl.2).

Fundamentó sus pretensiones señalando que laboró con el BCH, desde el 4 de noviembre de 1970 al 26 de junio de 1997, que su empleador le reconoció pensión de vejez a partir del 25 de junio de 1997, en cuantía inicial de \$723.239.77, que el BCH, procedió a conmutar las pensiones que tenía a su cargo al ISS, el que mediante resolución 00878 del 2010, asumió el pago de la pensión devengada por el actor que era pagada por el BCH, la que fue reconocida a partir del 1 de marzo de 2010, en cuantía de \$1.724.671, suspendiendo esta entidad el pago de la mesada 14, que venía devengando y la que percibió por aproximadamente 13 años.

Afirma que el 31 de marzo de 2017, solicitó ante la demandada reconocimiento y pago de la mesada 14, la que le fue negada a través de resolución SUB 101308. (fls.2 y 3).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 2, 5, 6 y 8 a 13 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe. (fl.37).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante y lo condenó en costas. (fl.54).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que no fue objeto de controversia que el BCH, le reconoció pensión de vejez al actor de carácter voluntario, que dicha prestación se reconoció de manera personal y temporal, pues el BCH, señaló en acuerdo conciliatorio, que pagaría dicha prestación hasta cuando el ISS, le reconociera dicho derecho al actor, señalando igualmente que en evento en que el ISS le reconociera una mesada pensional

inferior a la otorgada por el BCH, este último, no se obligaba a reconocer diferencia alguna, estando probado igualmente que en el 2003, el ISS, aceptó la conmutación pensional y dicha prestación no era de carácter compartido, que en el 2010, se reconoce el pago de la pensión de carácter legal al demandante, conforme las previsiones de la Ley 797 de 2003.

Señaló que era claro que la pensión de vejez reconocida por el BCH, era de carácter temporal y voluntario, sin que tuviera el carácter de compartida, por ende la pensión de vejez legal reconocida por el ISS, era completamente distinta a la que venía disfrutando gracias a su empleador, aspecto que determinaba que no había lugar a reconocer la mesada adicional petitionada, si el actor no cumplía los requisitos legales para el efecto, pues en la conciliación suscrita por el actor con el BCH, no se dispuso nada acerca del reconocimiento de la mesada adicional petitionada.

Que conforme el párrafo transitorio 6 del Acto Legislativo 01 de 2005, a partir de dicha anualidad, las pensiones se encuentran compuestas de 13 mesadas, excepto para quienes perciban pensiones en cuantía igual o inferior a 3 SMLV, si la misma se causó antes del año 2011, quienes recibirían 14 mesadas pensionales y para el caso del actor, su mesada pensional, superaba los 3 salarios mínimos para la época de reconocimiento pensional, no habiendo lugar al reconocimiento de la mesada 14.

APELACIÓN DEMANDANTE

Apeló esta parte, indicando que el ISS, se había comprometido a pagar la prestación que venía disfrutando el actor por parte del BCH, con todos sus emolumentos accesorios, siendo que el ISS, subrogó al BCH.

CONSIDERACIONES

Procede estudiar en apelación si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional No. 14.

No fue objeto de reparo que el actor disfrutaba de pensión concedida por el BCH, la que tenía el carácter de voluntario y temporal, como se observa de acta de conciliación visible a folio 13 del plenario, la que sería pagadera hasta

cuando el ISS asumiera el pago de la pensión legal de vejez, cuyo trámite estaba a cargo del actor, igualmente, como lo señaló el juez de primer grado, se previó en dicho acuerdo conciliatorio que en caso que el ISS, le reconociera una mesada pensional inferior, el Banco no se obligaba a reconocer diferencia alguna, debido al carácter voluntario de la prestación que estaría a su cargo de manera temporal.

Conforme lo anterior, contrario a lo manifestado por la parte recurrente en sus alegaciones, la prestación del BCH y la reconocida posteriormente por el ISS, no tienen el carácter de compartida, pues claramente quedó expresado en acta de conciliación a que se alude que la pensión voluntaria reconocida por el BCH, se pagaría **única y exclusivamente** hasta cuando el ISS, le reconociera pensión de vejez o invalidez, lo que ocurrió a través de resolución 0878 de 2010 (fl. 16), en la que el ISS, estudió los requisitos legales para acceder a pensión de vejez y determinó que el actor cumplía los mismos, razón por la cual, le concedió pensión de vejez a partir del 1 de marzo de 2010, no habiéndose obligado el BCH como manifiesta la recurrente al pago de la mesada 14, posterior a su reconocimiento por el ISS, en tal sentido se refirió la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 67759 del 24 de julio de 2019, M.P. Rigoberto Echeverri, oportunidad en que se refirió en un caso similar de la siguiente forma:

De igual forma, se precisa que tampoco se desconoció que el ISS, en virtud de la citada conmutación, pagó las mesadas que restaban de la pensión anticipada de vejez en los términos que el BCH la concedió, es decir, incluyendo la respectiva mesada catorce, pues nótese que el recurrente en el escrito inicial expresó que ese derecho accesorio solo le fue suspendido en octubre de 2008, una vez el ISS le otorgó la pensión legal de vejez y, por eso, es que incoa su pago a partir de esa fecha.

Ahora, es de anotar que cuestión distinta es la que atañe a la prestación otorgada por el ISS mediante la Resolución n° 049893 del 29 de octubre de 2008, modificada por la n° 006591 de 23 de febrero de 2009, pues, como se dijo, aquella es de orden legal y le fue concedida a la actora en atención al cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no en virtud de la conmutación pensional realizada con el BCH.

De esta manera, desacierta la censura al estimar que los derechos accesorios con que se reconoció el derecho pensional por parte del Banco tuviesen que mantenerse en la pensión legal de vejez del ISS, pues, se itera, esta última prestación se causó de manera posterior, independiente y bajo presupuestos normativos distintos a los derivados del acuerdo conciliatorio y a la conmutación pensional y, por tanto, aspectos como el relacionado con la mesada catorce debían regirse por

lo dispuesto para la época en que la demandante reunió los requisitos (octubre de 2008). En ese orden, tampoco erró el juez de apelaciones al referir que a la fecha en que la actora causó la pensión legal de vejez, el goce de la mesada catorce se había limitado, en razón a la reforma introducida por el A.L 01 de 2005, y solo las pensiones que no superaban los 3.s.m.l.m.v tenían derecho a percibirla, caso que no era el suyo. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme lo anterior, no era de resorte del ISS, seguir pagando al actor la mesada 14, en tanto este no tenía derecho a la misma conforme la normatividad bajo la cual se le reconoció pensión legal, como en efecto lo señala la demandada en sus alegaciones, no habiendo pacto alguno conforme el cual el BCH, se obligara a pagar al misma con posterioridad al reconocimiento de pensión legal por parte del ISS, razón por la cual, se **confirmará** la sentencia apelada.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de primera instancia, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



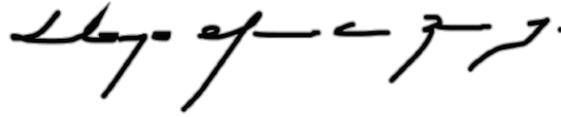
MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY

Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 13 2018 00711 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JUAN CARLOS OLMOS LEAL
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

Se reconoce personería adjetiva a la Dra. MARIA ELENA FIERRO GARCIA, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.024.463.217 de Bogotá, y T.P. No. 291785 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la demandada COLPENSIONES, en los términos de la sustitución conferida.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 15 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Trece laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la apoderada de la demandada PORVENIR S.A. y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES

ALEGACIONES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 711 01 Dte: JUAN CARLOS OLMOS
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior, para presentar alegaciones, se recibieron por vía correo electrónico, los alegatos de la parte actora y de la demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora se declare la nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones que el actor realizó a PORVENIR S.A. ya que faltó a su deber de información. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes incluidos los rendimientos generados y a esta última a que los acepte y al pago de las costas y agencias en derecho. (fl.- 4 - 5)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 15 de julio de 1.955 y en la actualidad cuenta con 62 años de edad.
- Que se encontraba afiliado al régimen de prima media con prestación definida desde el 22 de junio de 1.984 y fue trasladado a PORVENIR el día 10 de julio de 1995.
- Que PORVENIR S.A., al momento de la afiliación no le brindó la información adecuada y completa para proceder al cambio de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- Que le informaron las ventajas del traslado sin que le informaran las consecuencias adversas o negativas del mismo.
- Que el día 15 de marzo de 1996 elevó solicitud a la demandada PORVENIR solicitando su desafiliación e indicó que su deseo no fue trasladarse al RAIS, ya que la asesora que lo vinculó solo le indicó que le realizarían un estudio para constatar si era viable o no la afiliación.
- Que de dicha solicitud no obtuvo respuesta.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 711 01 Dte: JUAN CARLOS OLMOS
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

- Que el día 6 de noviembre de 2007 radicó ante el ISS formulario de afiliación y el 21 de febrero de 2018, elevó solicitud de reconocimiento pensional. (fl.- 5 - 6)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 2, 3, 5, 10 a 14, 17, 18 y 20, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fl. 67 - 70).

Por su parte la demandada **PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 32 a 36, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento SIN justa causa y la innominada o genérica. (fl. 83 - 90).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, declaró la nulidad de la afiliación que hiciera el demandante a PORVENIR S.A. Así mismo ordenó a esta última trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de este, con todos sus frutos e intereses y a esta última a reactivar la afiliación del actor. (fl. 145).

Fundamentó su decisión en síntesis el Juez de primer grado señalando que el señor Juan Carlos Olmos Leal presentó contra la administradora colombiana de pensiones Colpensiones y la sociedad ministradora de fondos de pensiones Porvenir para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral de primera instancia se hagan las siguientes declaraciones y condenas, en primer lugar que se declare la nulidad del traslado o de la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 711 01 Dte: JUAN CARLOS OLMOS
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

afiliación en pensiones el demandante con la sociedad PORVENIR por cuanto no existe una decisión informada verdaderamente autónoma y consciente al no conocer los riesgos del traslado y las consecuencias negativas de la decisión. Que como consecuencia de esa declaratoria de nulidad de traslado y de afiliación del demandante con la administradora PORVENIR se deben trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES actual administradora del régimen de prima media con prestación definida. Que Porvenir debe enviar a COLPENSIONES todos los aportes junto con sus rendimientos a Colpensiones. Igualmente que se debe activar la afiliación del actor en el régimen de prima media con prestación definida que maneja COLPENSIONES y a está a recibir el traslado de todos los aportes del demandante.

Luego de realizar un recuento de los hechos de la acción y de las contestaciones efectuadas por las demandadas indicó que el actor se encontraba afiliado al régimen de prima media administrado por CAJANAL; que fue trasladado a la AFP PORVENIR el 10 de julio del año 1995, que ese fondo no le brindó información adecuada y completa para proceder al cambio de régimen, que le informó sobre las ventajas del RAIS pero no sobre las desventajas del mismo, señala que el día 15 de marzo de 1996 solicitó a ese fondo privado que lo desafiliara de ese régimen y que le fueron devueltos sus aportes al régimen de prima media con prestación definida, petición que no fue respondida; igualmente informa que el 6 de noviembre del 2007 radicó ante COLPENSIONES formulario de afiliación para trasladarse y que solicitó su pensión de vejez a COLPENSIONES la cual le manifestó que no estaba afiliado, indica que solicitó la nulidad de la afiliación a COLPENSIONES la cual también fue negada.

Posteriormente reseñó el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tal como lo tiene adoctrinado, en la sentencia del 22 de noviembre del año 2011 bajo el radicado 33083 que al estudiar la nulidad del traslado del sistema de prima media con prestación definida administrado por ISS hoy COLPENSIONES y estableció que sólo opera



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 711 01 Dte: JUAN CARLOS OLMOS
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

cuando se presenta error en cuanto a la información que se le dé al afiliado y las expectativas erradas que le generan al momento de aceptar el traslado al fondo pensional, esa misma corporación dentro de esa misma providencia que señala debían proporcionar y aún así lo sostiene deben proporcionar al potencial afiliado una suficiente completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

Ahora esa misma providencia en lo atinente al deber de información y las consecuencias del traslado de régimen indicó que la ley radica en ellas, en las administradoras de pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias de la formalización de la afiliación a la administradora la doctrina, según la Corte ha elaborado todo un conjunto de obligaciones especiales entre ellas el deber de información, desde las etapas previas a la afiliación.

Indicó que como lo dijo la H. Corte, a la administradora de fondos de pensiones le corresponde la carga de la prueba tendiente a demostrar que al momento de la afiliación le proporcionó al actor una información suficiente completa y clara información sobre las reales implicaciones que conllevaría a dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras diligencias actuaciones que brillan por su ausencia en este proceso pues sí bien se allega un certificado de afiliación ni siquiera la filiación es la que se ha incorporado a folio 91 en la que se indica por parte del fondo que el actor está afiliado a ese fondo de pensiones desde el primero de julio del 95, no se aporta el formulario que se suscribió en esa oportunidad para tal efecto sólo aportó el formulario de vinculación que suscribió la accionada el accionante el 29 de junio del año 95 al fondo de pensiones Horizonte del fondo pensiones Horizonte que se fusionó con Porvenir S.A del año 2001 cuando se realizó el traslado a Horizonte.

Posteriormente trajo a colación sentencias como la SL del 8 de septiembre del año 2008 con radicación 31989 que ratificó la sentencia 46 292



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 711 01 Dte: JUAN CARLOS OLMOS
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

componencial doctor Fernando Castilla Cadena, en este devenir también oportuno resuelta recordar que la H. Corte en sentencia con radicación 47 125 del 2017 teniendo como ponente al Doctor Gerardo Botero Zuluaga estableció, evocando precisamente los artículos 97 y posteriores del estatuto financiero, para recordar la obligatoriedad de las administradoras de pensiones de obrar de buena fe.

Según se extrae la historia laboral consolidada expedida PORVENIR a folio 50 y teniéndose que conforme a la proyección pensional que aportó la accionante y que fue la efectuada por Porvenir a folios 43 a 46 se observa de tal manera una desmejora evidente en la mesada pensional del demandante a lo que se suma la inconformidad que manifestó el actor al fondo de pensiones demandado Porvenir en el año 96 cuando le solicitó la cancelación de la afiliación pues la asesora únicamente le dijo que le iba a realizar un estudio a fin de verificar la conveniencia del traslado resultando finalmente afiliado a la AFP sin suscribir documento alguno siendo asaltado en su buena fe aspecto que fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda indicando que en el año 2018 le dio respuesta y la circunstancia también que no aparezca ese primer formulario de vinculación o de traslado no aparece por ninguna parte una cosa es que se acepte la vinculación y otra cosa es en qué condiciones fue traslado

Señaló que el deber de información no cesa ni se convalida con un nuevo traslado a otro u otros fondos de mismo régimen como en este caso ocurrió frente al fondo de pensiones Horizonte hoy PORVENIR por cuanto allí lo que ocurrió fue la figura de absorción así las cosas el juzgado ha de acceder a las pretensiones del proceso y en consecuencia declara nulo el traslado efectuado por el actor y se ordenará el traslado de todos los aportes realizados por él y sus respectivos rendimientos a COLPENSIONES entidad que deberán seguir recibiendo los mismos y activar la afiliación del actor ha dicha administradora teniendo que para todos los efectos legales comunica fin de acción válida del accionante al sistema general de pensiones ser efectuado con dicha entidad con el agravante que él hasta último momento le certificaron que estaba afiliado a COLPENSIONES y siempre estuvo



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 711 01 Dte: JUAN CARLOS OLMOS
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

convencido de dicho error hasta cuando finalmente le dijeron que no tenía filiación .

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada e PORVENIR, interpuso recurso de apelación señalando:

“interpongo recurso de apelación todo vez que no hay lugar a prosperar ninguna de las pretensiones incoadas contra mi representada por las siguientes consideraciones: primero se evidencia que no se encuentra afectado el acto voluntario y libre del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el demandante porque con el traslado no se incurrió en ninguna prohibición legal que lo impidiera. Segundo al momento en que el demandante efectuó el traslado no había adquirido derecho alguno y su consentimiento fue voluntario y libre de apremio máxime cuando no era beneficiario del régimen de transición. Tercero en cuanto a la voluntad permanente de permanencia en el régimen de ahorro individual se reafirma con el número de semanas cotizadas con posterioridad a su afiliación en este sentido se evidencia en el movimiento de aportes que la última cotización se hizo en abril del 2019, así mismo el traslado entre AFP's, como quiera que inicialmente se dio en PORVENIR, luego en Horizonte ahora Porvenir, por otro lado respecto a los vicios del consentimiento alegados por el demandante al suscribir su traslado por error inducido, no aportó del actor pruebas pertinentes porque tenía la carga procesal de hacerlo, es la parte demandante según lo dispone el artículo 167 del código general del proceso y no simplemente como lo hiciera alegando una eventual falta al deber de información. Así las cosas las consecuencias del traslado del régimen las define la ley 100 del 93 y por ello cualquier duda interpretativa de la norma constituye un error de derecho que en los términos del artículo 1509 del código civil no tiene alcance para viciar el consentimiento”

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos por la demandada PORVENIR S.A. en su recurso de apelación, procede la Sala al estudio de la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 711 01 Dte: JUAN CARLOS OLMOS
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

nulidad del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor JUAN CARLOS OLMOS LEAL, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada PORVENIR S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 711 01 Dte: JUAN CARLOS OLMOS
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo 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; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 711 01 Dte: JUAN CARLOS OLMOS
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Aunado a lo anterior, en el presente proceso, la parte demandada ni siquiera allegó el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año 1995, no obstante aunque el mismo obrara en el plenario, de conformidad con lo anterior, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por el Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión en este sentido, proferida por la Juez de conocimiento.

Por ello, se confirmara la decisión tomada en primera instancia en cuanto dispuso la reactivación de la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y ordenó el traslado a esa entidad de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Igualmente se considera, que se debe declarar la **ineficacia** del traslado de régimen, efecto aplicado en estos casos por la Corte Suprema de Justicia



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 711 01 Dte: JUAN CARLOS OLMOS
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

(ver SL 1452 de 2019). Por ello se modificará la decisión dictada por la juez de primera instancia en cuanto declaró la nulidad de la afiliación, pues el acto jurídico de traslado no pudo perfeccionarse dado el incumplimiento de la AFP de las normas en materia de información.

**HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES DEL PROYECTO APROBADO
UNÁNIMEMENTE POR LA SALA.**

A juicio de los demás Magistrados, se autorizará a COLPENSIONES para que obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia objeto de estudio, en cuanto declaró la nulidad de la afiliación del actor en el RAIS, para **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por el señor JUAN CARLOS OLMOS LEAL.

SEGUNDO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de alzada.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 711 01 Dte: JUAN CARLOS OLMOS
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

(salva voto parcial respecto de la autorización dada a Colpensiones para que inicie acción judicial)

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 711 01 Dte: JUAN CARLOS OLMOS
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Me aparto parcialmente de lo resuelto por la mayoría de La Sala en sentencia compartida en lo que tiene que ver con la autorización a COLPENSIONES para iniciar acciones en caso de sufrir perjuicios ya que este es un asunto que no le compete al Juez, es de la autonomía de las entidades determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder e iniciar o no las acciones pertinentes.



MARLENY RUEDA OLARTE

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 13 2018 00331 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARTHA LUCIA CORREA ARDILA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 3 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Trece laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por el apoderado de la demandada PORVENIR S.A. y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior, para presentar alegaciones, se recepcionaron por vía correo electrónico, los de las partes.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 331 01 Dte: MARTHA LUCIA
CORREA ARDILA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Solicitó la parte actora se declare que OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. faltó a su deber de información y buen consejo al no proporcionar la información de ilustración suficiente dando a conocer a la actora los beneficios y perjuicios que le acarrearía el traslado de régimen pensional.

Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a anular la afiliación efectuada por la actora el día 15 de octubre de 1997 y en consecuencia la realizada a PORVENIR S.A. el día 13 de febrero de 2014 nulidad el traslado efectuado por el actor el día 8 de julio de 2002, con el fondo privado de pensiones y cesantías Santander hoy AFP PROTECCIÓN S.A. toda vez que en la etapa precontractual no se brindó información veraz, completa y oportuna, acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante.

Que se condene a las demandadas a efectuar el traslado del 100% de los aportes por ella efectuados a COLPENSIONES, incluidos los rendimientos generados y a esta última a que los acepte y al pagos de las costas y agencias en derecho. (fl.- 5-6)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 3 de febrero de 1.962.
- Que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES, el día 1 de enero de 1981.
- Que la asesora comercial de la demandada OLD MUTUAL se limitó a realizar un ofrecimiento de la afiliación, sin informar a la actora que el valor que recibiría sería significativamente inferior a la que recibiría con el ISS.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 331 01 Dte: MARTHA LUCIA
CORREA ARDILA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

- Que la demandada de manera negligente omitió informar a la actora sobre los pormenores de su bono pensional y le proporcionaron información falsa, específicamente cuando señalaron que su pensión de vejez correría riesgos si continuaba en el ISS.
- Que la asesora no contaba con el conocimiento ni la capacitación adecuada para dar asesoría pensional.
- Que las situaciones descritas dejan en evidencia que para la suscripción del traslado la asesora incurrió en engaños al ocultar y no proporcionar la información sobre el monto de su futura mesada pensional.
- Que el 13 de febrero de 2014 se trasladó a PORVENIR S.A. quien también ocultó información relevante para la toma de la decisión de cambio de fondo (fl.- 6-11)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 3, 39, 55 a 57, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fl. 129-133).

Al contestar la demanda **OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, aceptó el contenido en el No. 43, para los demás señaló que no lo son o que no le constan, propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido, buena fe y compensación. (fl. 161 – 179).

Por su parte la demandada **PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 32 a 36, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 331 01 Dte: MARTHA LUCIA
CORREA ARDILA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento son justa causa y la innominada o genérica. (fl. 220 – 230).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, declaró la ineficacia de la afiliación que hiciera la demandante a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y en consecuencia el cambio de fondo realizado a PORVENIR S.A. Así mismo ordenó a esta última trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de este, con todos sus frutos e intereses y a esta última a reactivar la afiliación del actor. (fl. 274).

Fundamentó su decisión en síntesis el Juez de primer grado señalando que es un hecho probado y aceptado por las partes que la actora se encontraba afiliada al ISS hoy COLPENSIONES, y posteriormente se afilió al Régimen de Ahorro Individual Administrado por la AFP OLD MUTUAL.

Posteriormente, trajo a colación varios pronunciamientos emitidos por la H. Corte Suprema de Justicia, en los que se indica que solo opera la nulidad del traslado cuando las AFP omiten el deber de información los potenciales afiliados, ya que éstos debían indicarle las reales implicaciones del cambio de régimen.

Indicó que es el Fondo de Pensiones el que tiene el deber de demostrar que la información que le fue brindada era la correcta y necesaria para la toma de la decisión, esto es, veraz y suficiente.

Posteriormente y luego de reseñarlas pruebas allegadas al proceso, señaló que la demandada OLD MUTUAL, no cumplió con su carga probatoria, ya que solo allegó el formulario de afiliación, del que no se desprende la información que le fue brindada a la actora.

Finalmente señaló que la falta de información no se sana con el cambio a otro fondo, en este caso PORVENIR, por lo que la única afiliación válida de la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 331 01 Dte: MARTHA LUCIA
CORREA ARDILA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

actora s la que realizó al ISS hoy COLPENSIONES, por lo que declaró la nulidad de la afiliación realizada por la actora y ordenó la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la actora y sus respectivos rendimientos a COLPENSIONES, quien deberá activar la afiliación de la actora.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada PORVENIR S.A. (29:48), interpuso recurso de apelación en el que solicita se revoque la sentencia antes proferida y en su lugar se absuelva a su representada de las pretensiones de la demanda.

Argumentó el recurrente que dentro de las consideraciones emitidas por el a quo se tiene de presente no se hace una cita jurisprudencial como los diferentes pronunciamientos de la H. Corte Suprema relativos a estos temas de la nulidad o ineficacia del traslado, los cuales si bien las mismas han trazado una línea jurisprudencial sobre aspectos facticos y jurídicos que dentro del criterio de ese apoderado no pueden encajarse en este proceso teniendo en cuenta que analizando los aspectos facticos de la demandante para el año 1997 no contaba con una expectativa legítima o un derecho adquirido para pensionarse y que obligara a OLD MUTUAL a pensar que si tomar ese decisión por parte de la demandante la misma clara mente la perjudicara.

Teniendo en cuenta que no se demostró un vicio del consentimiento sino una falta de información, señaló que las normas que regían para dicha data no exigían que la asesoría que se prestara se dejara por escrito una documental plasmando la asesoría, por lo que no puede concluirse que la misma no se otorgó.

Otro aspecto que no compartió el apoderado de la demandada fue lo relacionado con la prueba documental ya que considera que con la relación de aportes se constata que la parte actora los realizó de manera voluntaria.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 331 01 Dte: MARTHA LUCIA
CORREA ARDILA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos por la demandada PORVENIR S.A. en su recurso de apelación, procede la Sala al estudio de la nulidad del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora MARTHA LUCIA CORREA ARDILA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y consecuentemente el traslado efectuado a PORVENIR S.A. Para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 331 01 Dte: MARTHA LUCIA
CORREA ARDILA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia y la parte actora en su demanda y en los alegatos presentados, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 331 01 Dte: MARTHA LUCIA
CORREA ARDILA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el que no sólo 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; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por el juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión en este sentido, proferida por la Juez de conocimiento.

Igualmente se considera, que se debe declarar la **ineficacia** del traslado de régimen, efecto aplicado en estos casos por la Corte Suprema de Justicia



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 331 01 Dte: MARTHA LUCIA
CORREA ARDILA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

(ver SL 1452 de 2019). Por ello se modificará la decisión dictada por la juez de primera instancia en cuanto declaró la nulidad de la afiliación, pues el acto jurídico de traslado no pudo perfeccionarse dado el incumplimiento de la AFP de las normas en materia de información.

**HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES DEL PROYECTO APROBADO
UNÁNIMEMENTE POR LA SALA.**

A juicio de los demás magistrados, se autorizará a COLPENSIONES para que obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada en cuanto declaró la nulidad de la afiliación de la actora en el RAIS, para **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional de MARTHA LUCIA CORREA ARDILA a la AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

SEGUNDO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de alzada.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 331 01 Dte: MARTHA LUCIA
CORREA ARDILA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**(salva voto parcial respecto de la autorización dada a Colpensiones
para que inicie acción judicial)**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 13 2018 331 01 Dte: MARTHA LUCIA
CORREA ARDILA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Me aparto parcialmente de lo resuelto por la mayoría de La Sala en sentencia compartida en lo que tiene que ver con la autorización a COLPENSIONES para iniciar acciones en caso de sufrir perjuicios ya que este es un asunto que no le compete al Juez, es de la autonomía de las entidades determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder e iniciar o no las acciones pertinentes.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'R' followed by a horizontal line and a small flourish.

MARLENY RUEDA OLARTE