REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO EJECUTIVO No. 01-2012-1244-01

ASUNTO: APELACION DE AUTO

DEMANDANTE: COLFONDOS S.A.

DEMANDADO: MEYAN S.A.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los 11 días del mes de diciembre de 2020, la Magistrada Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, previa deliberación y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, procede a dictar el siguiente:

AUTO

ANTECEDENTES

La **ejecutada propuso las excepciones** de prescripción y cobro de lo no debido (fl.45)

En audiencia de fecha 14 de febrero de 2020 **el juez de primera instancia** declaró probada la excepción de cobro de lo no debido respecto de los señores Emiliano Zúñiga, Juan Carlos Cadena, José Rosbel Tabaco, Eideriv Gaviria y Billys Adel Bareno, ordenó continuar adelante con la ejecución frente a los señores Alfredo Díaz Vargas por el periodo de octubre de 2007, Bladimir Montero por noviembre y diciembre de 2011 y Pedro Pablo Ardila por septiembre a diciembre de 2011 y enero a marzo de 2012; además ordenó que las partes presentaran la liquidación del crédito (fl.875)

Como argumento de la decisión señaló que con las pruebas documentales obrantes a folio 59 en adelante del expediente, se acreditaba el pago de los aportes pensionales de los señores Emiliano Zúñiga, Juan Carlos Cadena,

José Rosbel Tabaco, Eideriv Gaviria y Billys Adel Bareno y que por tanto era procedente declarar probada la excepción de cobro de lo no debido; pero que como lo mismo no ocurría con los demás trabajadores de la ejecutada, debía continuarse la ejecución respecto de ellos.

En relación con la excepción de prescripción, dijo que la liquidación que aportes efectuada por Colfondos era del 4 de septiembre de 2012 y la demanda ejecutiva se había presentado el 20 de ese mismo mes y año, motivo por el cual no había transcurrido el término legal para que operar este fenómeno.

APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la ejecutada interpuso recurso de apelación, argumentando en síntesis que frente al señor Alfredo Díaz Vargas no se había apreciado correctamente el aporte de pago aportado al proceso, en la medida que el aporte aportado se especificaba el mismo periodo alegado por Colfondos de 2007 mes 10 y dentro de la planilla numeral 7 se apreciaba el nombre del trabajador Díaz.

Frente a Pedro Pablo Ardila Pinilla, señaló que ese trabajador para el periodo cobrado por Colfondos ya no trabajaba para MEYAN, pues se había retirado en enero de 2011 y los periodos de Colfondos cobrados eran distintos, 2011 mes 9 a 12 y 2012 mes 1 a 3. Agregó que para ello se había aportado un documento que hacía referencia a una certificación de la ARL, en donde constaba que el actor había sido desvinculado a esa entidad y por ende a las demás del Sistema.

Finalmente, en cuanto a Blademir Montero Jiménez, dijo que se había aportado Registro Único de Afiliados en donde se evidenciaba que se encontraba afiliado a Porvenir para el momento en que Colfondos alegaba que se le debían aportes.

Por ello solicitó que se declarar probada la excepción de cobro de lo no debido también para estos tres trabajadores.

CONSIDERACIONES

Lo primero que dirá la Sala es que el auto recurrido es apelable conforme lo dispone el numeral 9° del art. 65 del C.P.T. y de la S.S.

Ahora bien, en congruencia con el recurso de apelación interpuesto solicita la ejecutada se revoque la decisión y en su lugar se declare probada la excepción de cobro de lo no debido para Pedro Pablo Ardila Pinilla, Vladimir Montero Jiménez y Alfredo Díaz Vargas.

Para resolver se tiene que el artículo 5 del Decreto 2633 de 1994 prescribe:

> *"En desarrollo del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, las demás entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida del sector privado y del régimen de ahorro individual con solidaridad adelantarán su correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria, informando a la Superintendencia Bancaria con la periodicidad que ésta disponga, con carácter general, sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes, así como la estimulación de sus cuantías e interés moratorio, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones concordasteis.*
>
> *Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993."*

Con base en ello el título ejecutivo en este caso lo constituye la liquidación de aportes presentada por Colfondos a la ejecutada MEYAN S.A. y fue por ello que el juez de primera instancia a través de auto de fecha 4 de marzo de 2014 (fl.21) libró mandamiento de pago por los siguientes conceptos:

> *"LIBRAR MADAMIENTO POR LA VIA EJECUTIVA LABORAL A FAVOR DE COLFONDOS S.A. en contra de MEYAN S.A. por las siguientes sumas de dinero:*
>
> *a) $4.245.621 por concepto de capital de la obligación a cargo del empleador por los aportes a pensión obligatoria.*
> *b) Por los intereses moratorios desde que se hizo exigible la obligación y hasta que se verifique el pago total de la obligación, a la tasa máxima legal permitida…"*

Al revisar las pruebas aportadas a folios 59 a 79 del expediente y que fueron allegadas con el escrito de excepciones, encuentra la Sala lo siguiente:

En cuanto al señor **Alfredo Díaz Vargas** se tiene que Colfondos cobra el periodo octubre de 2007 y a folio 79 milita Consulta de Envío de Autoliquidación de Aportes, en donde consta que el día 19 de noviembre de 2011 se pagó a Horizonte el periodo de octubre de 2007 al trabajador en mención, así se desprende del numeral 7° de dicho documento; empero ello no significa que MEYAN no deba ese periodo pensional a Colfondos, pues lo que debía acreditar era que el señor Díaz Vargas estaba afiliado a Horizonte, en ese entonces y no a Colfondos, pero con el documento de folio 79 y que menciona el apoderado en la apelación, tan sólo se prueba eso, un pago hecho a Horizonte por el periodo de octubre de 2007, pero no que a Colfondos no se le deba ese aporte pensional.

Frente a **Pedro Pablo Ardila Pinilla** los periodos cobrados son septiembre de 2011 a marzo de 2012 y a folio 77 Histórico de Coberturas del Trabajador en mención expedido por la ARL SURA y allí se observa que la fecha de inicio de la cobertura data del 23 de diciembre de 2010 y finaliza su vigencia el 17 de enero de 2011, pero en riesgos laborales, empero ello no quiere decir per sé que en pensiones también hubiere existido retiro; debió aportar el recurrente una certificación en el mismo sentido pero en lo que hace referencia apensión.

Finalmente, en cuanto a **Blademir Montero Jiménez**, Colfondos cobra los periodos de noviembre a diciembre de 2011 y al revisar la documental aportada al plenario, se tiene que ninguna prueba reposa respecto del pago que MEYAN S.A. hubiere hecho a Colfondos por los periodos cobrados, si bien a folio 63 del expediente se puede observar que este trabajador estuvo afiliado a Porvenir, no menos cierto es que la fecha de afiliación a esta AFP lo fue a partir del 1 de enero de 2012 y se reitera, el periodo cobrado por Colfondos data de noviembre a diciembre de 2011, es decir, antes de que este trabajador se afiliara a Porvenir S.A..

Así las cosas, encuentra la Sala que acertó el juez de primera instancia en continuar la ejecución respecto de los tres trabajadores mencionados anteriormente a falta de prueba del pago de aportes pensionales que la

empresa demandada hubiere efectuado a Colfondos, motivo por el cual se confirmará la decisión apelada.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión apelada por lo expuesto.

SEGUNDO: 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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 11 2018 402 01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: DAGMAR RAMIREZ CORDOBA

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 once (11) días del mes de diciembre 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

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 25 de noviembre de 2019, por la apelación presentada por la parte actora.

ANTECEDENTES

El señor DAGMAR RAMIREZ CORDOBA, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la ineficacia del traslado efectuado a la AFP COLMENA, ante el deber profesional de información; que como consecuencia se lo anterior, se ordene a PROTECCIÓN S.A. la devolución a COLPENSIONES, de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de

administración o cualquier otro rubro. Finalmente solicita se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho (fls. 6)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que se afilio al sistema general de pensiones el 10 de diciembre de 1984.
- Que realizó traslado de régimen pensional el día 1 de julio de 1999, a la sociedad administradora de fondos de cesantías y pensiones COLMENA AIG S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.
- Que al momento de la afiliación, se limitaron a firmar un formulario preestablecido por la AFP, sin entregarle información completa y veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliado.
- Que no le entregaron proyecciones.
- Que no le entregaron información sobre hasta qué edad debía cotizar a la AFP y con qué salarios para acceder a la pensión, o el capital que debía tener ahorrado.
- Que no le informaron que para pensionarse anticipadamente debía negociar su bono pensional.
- Que no le indicaron los riesgos o desventajas del traslado realizado.
- Que no se entregó una ilustración sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen
- Que no le informaron cuanto tenía que ahorrar o cumular para lograr la pensión de vejez en este régimen. (fl.- 3 – 6)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1 a 3, 17 y 18 y 24 a 26, para los demás

señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada e improcedencia al pago de las costas. (fl. 223 - 245)

Por su parte la demandada PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 3,20 y 26, para los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones las que denominó validez de la afiliación, buena fe, inexistencia del derecho y vicios del consentimiento y prescripción. (fl.- 255 - 264).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en audiencia de fecha 25 de noviembre de 2019, decidió: (fl.- 291)

1. *Absolver a las demandadas administradora colombiana de pensiones Colpensiones y la administradora de fondos de pensiones y cesantías protección, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la ciudadana Dagma Ramírez Córdoba, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.*
2. *Declarar probados los hechos sustento de las excepciones validez de la afiliación y buena fe propuestas por la AFP PROTECCIÓN S.A., las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de causal de nulidad propuestas por Colpensiones, de conformidad con lo esbozado en la parte considerativa de esta providencia.*
3. *Condenar en costas a la parte demandante, liquídense por secretaria, incluyéndose en ellas la suma de $300.000 como agencias en derecho, de conformidad con lo esbozado en la parte motiva de esta providencia.*
4. *Consultar esta decisión con la sala de decisión laboral del tribunal superior de distrito judicial de Bogotá en el evento de no ser apelada oportunamente por la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, la cual al haberse emitido de carácter oral, queda legalmente notificada a las partes en estrados, y acto seguido se le otorgara el uso de la palabra a los apoderados de las partes, por si a bien lo tienen, solicitar en primera medida adición aclaración a la misma o presentar los recursos de ley, iniciando por la parte demandante, apoderada tiene usted uso de la palabra.*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

"Problema jurídico. Tal y como quedó señalado en su debida etapa procesal, el mismo se suscribe para el caso bajo estudio en determinar si el traslado del aquí demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual es ineficaz por no haberse acreditado los requisitos para el mismo. En caso afirmativo si le asiste derecho a la demandante a que se ordene a la afp protección s.a. a la cual se encuentra afiliada, actualmente el consecuente traslado al régimen de prima media con prestación definida de los traslados que figuran en su cuenta de ahorro individual a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones; finalmente, el reconocimiento de costas y agencias procesales, indicándole a las partes que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad por los siguientes argumentos:
Ineficacia o nulidad del traslado. El traslado de régimen por vinculación a una afp es un acto jurídico que requiere, en primera medida adentrándonos, abordando un primer objeto de estudio de la nulidad, que el consentimiento esté exento de vicios, que el objeto y la causa sean licita, así como para que sea eficaz que se cumpla cabal cumplimiento en la forma solemne los actos o contratos que así lo exijan. Es de esta manera que dispone el artículo 1508 del código civil respecto a los vicios del consentimiento que son 3 el error, la fuerza y el dolo. Por su parte el 1509 de la norma sustancial ya citada nos indica que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. El 1510 que el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la identidad de la cosa especifica de que trata el acto. Y el 1512 que el dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, cuando además aparece claramente que sin el no se hubiera contratado. A su vez los artículos 1740 y siguientes de la norma sustancial referida, establecen que es nulo todo acto o contrato que carece de algún requisito que prescriba la ley para su valor; Así mismo que los vicios del consentimiento no producen nulidad relativa y que de derecho la rescisión del acto o contrato, así mismo que esta se puede sanear por ratificación de las partes y que la misma puede ser expresa o tácita. Teniéndose esta última como la ejecución voluntaria de la obligación contratada. De la validez del traslado de régimen pensional. Continuando con la dinámica plasmada en esta providencia, nos remitimos a la premisa normativa aplicable para resolución del mismo. Es de esta manera que el artículo 13 de la ley 100 de 1993 en su literal b estableció que la selección de uno o cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones era libre, voluntaria por parte del potencial afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. Por su parte el artículo 231 de la ley 100 de 1993 indicó que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos en instituciones del sistema general de seguridad social integral, esta afiliación quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente. El inciso 1 del artículo 114 de la norma ya referida, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos que por primera vez se trasladaran del régimen de prima

media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad que deberían entregar una comunicación escrita donde constara que la selección había sido libre, espontanea y sin presiones. El inciso penúltimo del artículo 11 del decreto reglamentario 692 de 1994 permitió que la citada manifestación estuviera preimpresa en el formulario de vinculación. Continuando con el estudio del caso, no puede pasar por alto este juzgador la jurisprudencia reiterada y pacífica de nuestro órgano de cierre que ha señalado el deber de las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad de brindar al potencial afiliado una información suficiente, amplia, oportuna, que le permita conocer las consecuencias, implicaciones y desventajas que le conllevaría el traslado de régimen. Criterio que ha sido expuesto en providencias tales con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, la cual ratificó lo señalado en la sentencia con radicado 31982 del 9 de septiembre de 2008, la sl4964 de 2018, los pronunciamientos que señaló la apoderada de apoderada de la parte demandante, sus alegatos de conclusión mas recientes sl1421 de esta anualidad y el 1688 del 8 de mayo de esta misma calenda. Donde la corte reitera la necesidad de que se brinde una información suficiente y veraz sobre las consecuencias de un traslado. Habiendo realizado las anteriores precisiones tanto de tipo normativo como jurisprudencial, se tiene el acerbo probatorio obrante el en plenario a folio 57 y 266, el formulario de afiliación de traslado diligenciado ante la afp colmena, en el recuadro denominado voluntad de afiliación encima de la firma del aquí demandante tiene preimpresa la respectiva manifestación: "hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado libre, espontanea y sin presiones. Manifiesto que he elegido a cesantías y pensiones colmena ig para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos." Es de esta manera que en primera medida puede concluirse que la manifestación de voluntad de la promotora de la presente acción para su traslado se efectuó de forma libre, espontanea y sin presiones, con cumplimiento en las solemnidades legales, por como lo es claro, se produjo los efectos de traslado válido del régimen de ahorro individual con solidaridad. Por lo tanto y es así que no se observa que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento fuera ineficaz, por haberse tratado de una decisión sin tener la suficiente información como lo afirma desde el líbelo introductorio, razón por la cual no se verifica ningún vicio en el cambio de administradora de pensiones. Al no haberse acreditado que la demandante al momento de celebrar el acto jurídico de traslado por vinculación al régimen de ahorro individual hubiese podido incurrir en el error de hecho alegado, verbi gratia que se encontraba celebrando acto jurídico distinto al de traslado de régimen, que se hubiera podido inducir a otro tipo de acto por la presunta omisión en el suministro de la información que se alega, y en caso de ser así se reitera, que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. Tampoco se pudo establecer en el presente trámite procesal en el debate probatorio la existencia de dolo consistente en artificios o engaños que indujeran al aquí demandante en un error para la afiliación; a su vez, nótese que la hoy demandante al momento de su traslado le restaban 19 años de edad para cumplir la edad para pensionarse, no era beneficiaria del régimen de transición, solo contaba con aportes de un poco mas de 314

semanas de cotización de conformidad con la historia allegada, folios 45 y 46, situaciones estas que no corroboran la existencia de un perjuicio irremediable o vicio del consentimiento por la falta de información alegada como se ha venido indicando. Pensar lo contrario sería prácticamente exigible al fondo de pensiones privado un imposible, que sería que a partir de supuestos para realizar una proyección indicara las ventajas y desventajas, pues dado que le restaban mas de 19 años para alcanzar el requisito de edad, lo que sumado al hecho que le resultaba imposible al fondo en su momento establecer la base de cotización que pudiera recibir la demandante hasta la fecha en que cumpliera la edad, que resultaba incierto para el fondo proceder en tal sentido, y es que advierte este despacho que el supuesto vicio del consentimiento o la ineficacia por omisión de la información solamente surge luego de estar cercana, acaecida, la edad que le impide el traslado y cercana a la edad pensional y que la misma se origina de una información que desconocía en su momento la afp, ante ello, imposible resulta señalar que haya existido una omisión al no realizarse la prementada proyección, cuando los elementos para realizarla no se conocían al momento en que se materializara el traslado de un régimen al otro. Lo anterior, al no tenerse plena certeza de la estabilidad laboral de la aquí demandante, que si llevara a tener un indicio acerca de los salarios devengados a futuro; es de esta manera que también se debe advertir que en providencia emitida por este despacho judicial, respecto de una funcionaria que tenía un cargo en propiedad y se tenía la certeza de los salarios que pudiera devengar hasta cumplir la edad, fue revocada por parte de la sala de decisión laboral del honorable tribunal superior del distrito judicial de Bogotá. Es de esta manera que se cuestiona este juzgador frente a cuáles fueron esas consecuencias como no advertidas a la acá demandante que configuraban la desventaja de trasladarse a un régimen si se insiste se contrae en plena formación el derecho pensional. Y el segundo cuestionamiento gira en torno a si sería prudente suponer que la aquí trabajadora que decidió su traslado siempre tendría el mismo ingreso o este hubiese sido superior; pues la respuesta a estos dos interrogantes es negativa, toda vez que fundamentar una providencia judicial basada en supuestos contraría la seguridad jurídica y el debido proceso. En cuanto al precedente jurisprudencial habrá de precisarse que si bien las providencias a que hace referencia la mencionada ineficacia de traslado que fueran señaladas en los alegatos de conclusión por la apoderada de la demandante, hace mención de este deber de información, indistintamente las condiciones que rodeen la situación pensional del afiliado, concretamente al régimen de transición, lo cierto es que los casos allí debatidos no son casos análogos al aquí analizado, comoquiera que en efecto, en aquellos casos se debatía el derecho en personas que gozaban de una expectativa legitima de pensionarse bajo el régimen anterior, por lo que exige la respectivas administradoras demandadas la necesidad de que fuese informado el particular de esas consecuencias no beneficiosas en materia del monto de su pensión al perder el régimen de transición, situación que para el presente caso, como se ha venido señalando, no se presenta, comoquiera que para el 1 de abril de 1994 la aquí demandante contaba con 33 años 3 meses y 12 días de edad, tal y como se desprende de su documento de identidad, folio 75, donde se

evidencia que su fecha de nacimiento lo fue el 19 de diciembre de 1960, tan solo contaba con 314 semanas de cotización, tal y como se observa en el reporte de semanas emitido por Colpensiones y que milita a folios 45 a 46, de ahí que al no gozar de los mismos supuestos fácticos, el despacho se aparte de aplicar el mentado precedente jurisprudencial. Razones anteriores resultan suficientes para concluir que al momento del traslado de fondo pensional no se presentó ninguna causa ineficaz, de ahí que se deberá absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones impetradas en su contra por parte de la ciudadana Dagma Ramírez Córdoba y así quedará expuesto en la parte resolutiva del presente proveído.
Excepciones. Por las razones expuestas se declararan probados los hechos sustento de las excepciones validez de la afiliación y buena fe propuestas por la afp protección, las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de causal de nulidad propuestas por Colpensiones. Costas. Por las resultas mismas del proceso y de conformidad con el acuerdo 10554 de agosto de 2016 emitido por el consejo superior de la judicatura, se señalan como agencias en derecho la suma de $300.000 por secretaría liquídense las mismas, teniendo en cuenta este valor de agencias. Del grado jurisdiccional de consulta, en el evento de no ser impugnada oportunamente por la parte demandante, teniendo en cuenta que todas las pretensiones fueron adversas en su contra de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del código procesal del trabajo y la seguridad social, envíense las presentes diligencias a la sala de decisión laboral del honorable tribunal superior del distrito judicial de Bogotá para que el mismo sea conocido. Decisión"

DE LOS RECURSOS

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante, indicó:

"Gracias su señoría, con todo respeto me permito manifestar que me aparto de la decisión adoptada el día de hoy y procedo a interponer recurso de apelación, desde ya le ruego a los honorables magistrados de la sala laboral del tribunal superior de Bogotá, revocar la sentencia en su totalidad proferida en esta instancia. Para lo pertinente, le ruego a los honorables magistrados que se tenga de presente la reiterada jurisprudencia de la honorable corte suprema de justicia, como ya lo mencioné en mis alegatos de conclusión, sentencias como la sl1452 del 3 de abril de 2019, 1421 del 10 de abril de 2019 y 1688 del 8 de mayo de la misma anualidad, en las que precisamente se abordó el tema de la anulación del traslado y para esta parte se encuentra que la afp no cumplió con los requisitos legales y jurisprudenciales para mantener la validez de la afiliación del traslado, incumpliendo con lo previsto en el numeral 1 del artículo 97 del decreto 663 de 1993 y lo dispuesto en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993, sobre la decisión libre y voluntaria al momento del traslado de régimen pensional, como ya lo manifesté para la honorable corte suprema de justicia, sala de casación laboral, la decisión libre y voluntaria que debe acompaña el acto de traslado de régimen, no se limita a una simple manifestación de la voluntad de quien

decide trasladarse de régimen, si no que la misma debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, y es por esto que no se comparte la decisión adoptada por el juez en instancia, ya que no se trata simplemente de adherirse a una cláusula genérica que venia preimpresa en un formulario de afiliación, si no de haber tenido unos elementos de juicio suficientes de que el fondo privado advirtiera la trascendencia que tenía este traslado de la afiliación y mas en un caso como el de hoy la demandante, una persona que al tener alrededor de 300-350 semanas de cotización al régimen de prima media cuando realizó su traslado, el bono pensional era un bono de un valor bajo lo que iba a incidir, iba a repercutir de forma directa en el momento en que ella llegara a adquirir su derecho pensional. Acá debe tenerse en cuenta que desde que ella se trasladó si se hubiera realizado una proyección o al menos un estimativo de lo que podría llegar a ser una mesada pensional, ya había una diferencia desde el momento en el que se trasladó y dicha diferencia se mantuvo a lo largo de toda la vida laboral, tanto así que ya en el momento de ella poder adquirir su derecho pensional, la afectación en el valor de la mesada va a ser muy alto, lo que está repercutiendo de forma directa en su calidad de vida, es un tema también de dignidad humana, y le afecta de forma directa el mínimo vital, por lo que ha de tenerse en cuenta esta jurisprudencia y revocarse la decisión adoptada en esta instancia. En estos términos, su señoría le ruego se me conceda el recurso de apelación"

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala al estudio de la nulidad o ineficacia del traslado deprecada por la parte actora, en los términos del recurso interpuesto.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor DAGMAR RAMIREZ CORDOBA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP COLMENAS.A. hoy PROTECCIÓN, el 1 de julio de 1999.

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 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, **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.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por la 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 la actora 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 **NO** coincide la Sala con lo decidido por la 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.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al

régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es por ello que no 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 y probar en el presente juicio dicha asesoría, todo lo anterior, lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto.

Por todo lo anterior, se impone **REVOCAR** la decisión proferida por el Juez de conocimiento, para en su lugar, declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** al RAIS que efectuara la demandante a través de formulario de afiliación suscrito con COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el 1 de julio de 1999, ordenando a esta demandada, efectuar el traslado de los aportes recaudados como consecuencia de tal afiliación, junto con sus rendimientos y gastos de administración a órdenes de la demandada COLPENSIONES, ya que así ha sido dispuesto por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Finalmente se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, 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, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que con la presente decisión, se recoge cualquier otra en contrario.

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia, quedarán a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A. y a favor del demandante.

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: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que la demandante efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 1 de julio de 1999, a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A., a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado el demandante DAGMAR RAMIREZ CORDOBA, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado del señor DAGMAR RAMIREZ CORDOBA al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: 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.

QUINTO: REVOCAR la condena en costas impuesta en primera instancia para que en su lugar queden a cargo de la demandada PROTECCIÓIN S.A., y en favor del demandante.

SEXTO: 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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 16 2018 376 01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: EZEQUIEL QUIGUA QUINTERO

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 once (11) días del mes de diciembre 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 30 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Dieciséis laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por las demandadas y dado 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

Solicitó la parte actora se declare la nulidad del traslado a **PORVENIR S.A.**, que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la devolver a la demandada, la totalidad de los dineros recibidos con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas a adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses legales a **COLPENSIONES**. Así mismo solicita se condene a la demandada COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 797 de 2003 y los demás derechos que resulten probados en uso de las facultades extra y ultra petita. (fl.- 41 - 42)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando, en síntesis:

- Que nació el 9 de junio de 1956.
- Que se afilió al sistema general de pensiones el 9 de marzo de 1983.
- Que en varias oportunidades los asesores de la demandada PORVENIR, se acercaron para persuadirlo de las ventajas, insistiendo en las ventajas de la afiliación y señalando que el ISS se iba a acabar.
- Que el señalaron que al trasladarse su pensión iba a ser mucho más beneficiosa.
- Que le mostraron una proyección pensional en la que claramente se veía que su pensión iba a ser superior.
- Que realizadas las proyecciones, se evidencia que la mesada pensional es inferior en la AFP y superior de haber continuado en COLPENSIONES. (fl.- 42 – 43)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, manifestó que son ciertos los enlistados en los numerales 1, 2, 11, 14 a 17 y 23, para los demás señaló que no lo son

o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe. (fl. 85 – 91).

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, 12, 18, 19, 21 y 22, 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 e inexistencia de algún vicio de consentimiento. (fl. 120 – 128).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia del 30 de enero de 2020, resolvió:

1. *Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional desde el régimen de prima media con prestación definida hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad que realizó el señor demandante Ezequiel Quigua Quintero, identificado con cédula de ciudadanía número 16.256.246, el día 20 de junio de 1996 y que tuvo efectividad desde el 1 de agosto del mismo año, de manera tal que se entienda y así se declara que el único régimen pensional al cual se ha encontrado afiliado el señor demandante es al de prima media con prestación definida que realizó desde el 9 de marzo de 1983, ante el instituto de los seguros sociales, hoy Colpensiones.*
2. *Condenar a la administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir s.a. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante hacia la administradora colombiana de pensiones Colpensiones junto con todos los frutos e intereses que hubiere producido tales sumas, esto es, respecto de todos los dineros que se hayan recibido, teniendo como causa las cotizaciones del demandante, esto en virtud de la ineficacia de traslado de régimen declarada.*
3. *Se condena a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones a recepcionar la totalidad de los recursos que le sean transferidos por porvenir s.a. como fruto de las condenas impuestas en esta sentencia y a reactivar así la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, reflejando en su historia laboral la totalidad de semanas de cotización que corresponde.*
4. *Se niegan las demás pretensiones de la demanda.*
5. *El juzgado condena en costas a las demandadas y en favor de la parte demandante, practíquese la liquidación por secretaria, incluyendo el monto de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de porvenir s.a. y de medio salario mínimo legal mensual vigente a cargo de Colpensiones. Así mismo se declaran no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

> *"Como es sabido la ley 100 de 1993 establece los regímenes pensionales excluyentes pero que coexisten como son el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, las características del sistema general de pensiones en el artículo 13 de la mencionada ley establece en su literal b que la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o el traslado, que el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hace acreedor a las sanciones del inciso 1 del artículo 271 de la presente ley. Otra de las normas a tener en cuenta en el mismo artículo el literal E según el cual en su texto original los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran, una vez efectuada la selección inicial estos solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada 3 años contados a partir contados a partir de la selección inicial, norma que fue modificada por la ley 797 de 2003, artículo 2, incrementando a 5 años ese término mínimo de permanencia y agregando la prohibición de traslado en el siguiente sentido, después de un año a la vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, edad regulada por la misma normativa en el artículo 33, es decir, y teniendo en cuenta también la modificación que hizo la ley 797 de 2003 artículo 9, a partir del 1 de enero de 2014 la edad de 62 años en el caso de los hombres y de 57 para las mujeres. Así las cosas y respecto de estos regímenes pensionales que coexisten la ley 100 de 1993 precisa sus lineamientos desde el artículo 31 en adelante en lo que tiene que ver con el régimen de prima media con prestación definida y desde el artículo 59 en el régimen de ahorro individual con solidaridad, lineamientos que hace referencia fundamentalmente a que en el régimen solidario de prima media con prestación definida las características definitorias del derecho pensional son conocidas desde el inicio de la afiliación, esto es, las edades ciertas que establece la ley y también el número de semanas que deben existir, las semanas de cotización, como los montos precisos y claros de la prestación, conforme al artículo 34 de la mencionada norma, en tanto que, fundamentalmente en el otro régimen ya mencionado y según lo que establece el artículo 64 de la ley 100 de 1993, los afiliados a ese régimen tienen derecho a una pensión de vejez a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precio al consumidor certificado por el dane y para el calculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional cuando a este hubiere lugar. Entonces basándose fundamentalmente este régimen en el ahorro y en los rendimientos de los ahorros que se tienen y con las variables que hacen referencias los rendimientos financieros al mercado financiero en los índice de precio al*

consumidor del dane y en el bono pensional cuando hay lugar al mismo y las normatividades que tiene que ver con los valores de ese bono y la negociación del mismo para completar el capital correspondiente en la cuenta de ahorro, una cuenta de ahorro individual de la cual es titular el afiliado y dependiendo del monto que allí exista efectuar el calculo de la mesada pensional y de la edad en la que, conforme a esos recursos, pueda acceder al derecho pensional. Pues bien lo que informa entonces los hechos de la demanda es que no se cumplió las exigencias del derecho y deber correlativo de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones para la explicación clara y precisa de las consecuencias del traslado de régimen pensional que realizó el demandante desde prima media con prestación definida hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad, las características de este nuevo régimen pensional y que no se le explicó en debida forma las posibilidades reales que pudieran existir teniendo en cuenta todos los factores concernientes a la individualidad del actor en el momento que se realizó ese traslado. Al paso que la demandada porvenir s.a., pues se opone a todas las pretensiones manifestando que no es cierto lo que se afirma frente a omisiones sobre todo de la administradora al abordar al actor para la asesoría correspondiente para el traslado de régimen. Básicamente dice que la demandada es una entidad seria, responsable y con sentido social, esto en la contestación al hecho 5, que es la afp número 1 dentro del gremio, siendo así las cosas no utilizaría lo que estos argumentos referidos con que se iba a tener finalización a liquidar el instituto de los seguros sociales; que los asesores comerciales que la representan están plenamente capacitados a fin de suministrar la información de manera clara y en un lenguaje sencillo para toda clase de personas, al momento de brindarle la información a la señora demandante le dieron a conocer todas y cada una de las características del rais, funcionamiento, modalidades de pensión, requisitos, ventajas y desventajas, como las posibles ampliaciones de trasladarse, dando así cumplimiento al mandato legal de la época." Hay que manifestar también que otra de las expresiones que se manifiestan en la contestación de la demanda como fundamentos hace referencia y teniendo en cuenta el pronunciamiento expreso sobre las pretensiones de la nulidad de la afiliación, dice que esa afiliación se realizó con el lleno de los requisitos establecidos por la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, como por las instrucciones impartidas por el ente vigilado y controlador, es decir la superintendencia financiera de Colombia. Aunado a lo anterior se tiene que no se acredita dentro del plenario prueba sumaria siquiera que conduzca a lo deprecado por la actora, es claro para la ley y para la jurisprudencia que en el caso especifico de obtener la declaratoria de nulidad del acto jurídico de la afiliación a una administradora de pensiones, se requiere demostrar que efectivamente la afp omitió su deber de información para conseguir la vinculación de la persona interesada, empero en el presente caso no se dan dichos presupuestos en medida que la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración del rais." Folio 122. Por esas razones fundamentalmente establece las excepciones que son alegadas en el presente asunto como son la de prescripción, la excepción de buena fe, la innominada o genérica, la de inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, la de debida asesoría del fondo, como excepciones de mérito que

presenta. Y aportó pruebas que dan cuenta y este asunto, o mas bien, descendiendo a terreno de las probanzas a las premisas fácticas, que dan cuenta efectivamente de el traslado que realizó el demandante a porvenir s.a., vigente desde el 1 de agosto de 1996 como aparece en la certificación de porvenir expedida el 20 de febrero de 2019, folio 95, y el historial de cotizaciones a partir de tal momento, se debe observar la relación histórica de movimientos porvenir desde el folio 96, periodo de pago julio de 1996 en adelante, este detalle aparece hasta el folio 103, y de ahí en adelante folio 104 en adelante aparece la relación de aportes propiamente dicha desde ese periodo de julio de 1996, folio 104 en adelante, hasta el folio 109 vuelto, último periodo de pago reportado el de diciembre de 2018. Es decir, dando cuenta clara de la afiliación ininterrumpida del demandante efectiva desde agosto de 1996 hasta la actualidad para el fondo de pensiones demandado. Así también da cuenta el certificado de Asofondos que trajo la demandada, folio 110 por ambas caras, de manera que es un hecho la demostración del traslado de régimen porque también se prueba con el formulario de afiliación que aportaron ambas partes, solicitud de vinculación que aportó la demandante en el folio 11 y la demandada en el folio 112, observándose ese formato de afiliación, folio 112, pues da cuenta efectivamente que fue el 20 de junio de 1996 cuando se realizó este diligenciamiento de traslado de régimen. Se puede observar en este formulario y que fundamenta básicamente las razones de defensa de la demandada que el formulario cumple las exigencias de ley vigentes para esa época, es decir, lo que hace referencia al artículo 11 del decreto 692 de 1994, lugar y fecha, nombre o razón social y nit del empleador, nombres y apellidos del afiliado, número de cédula o nit del afiliado, entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado y la leyenda o mas bien la normativa del literal F de ese artículo según la cual cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, el formulario puede contener la leyenda preimpresa en ese sentido, que es lo que se ve en el formulario, esa leyenda preimpresa y con la firma del trabajador en el sentido precisamente de la norma, que realizo de forma libre, espontanea y sin presiones, la escogencia al régimen al ahorro individual, así como la selección de la administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir para que sea la única que administre mis aportes pensionales, y también declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos. Formalmente entonces se encuentra diligenciado el formulario, como lo establece la norma a que hemos hecho referencia; y también está demostrado lo que hace alusión a que el actor estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida ante el instituto de los seguros sociales, hoy Colpensiones, y de eso nos da cuenta la historia de cotizaciones, reporte de semanas cotizadas en pensiones, que aportó la parte demandante, también Colpensiones allegó lo propio, esto es, que tal afiliación al instituto mencionado, pues efectivamente se presento desde el 9 de marzo de 1983 e hizo cotizaciones hasta el periodo de junio de 1996, para 682.43 semanas de cotizaciones antes del traslado de régimen. También está probado sobre la

edad del demandante aspecto que aceptaron las demandadas, además se prueba con el folio 3, la copia de la cédula de ciudadanía, el nació el 9 de julio de 1956, existe documento sobre simulaciones que se le hizo al demandante en el año 2009, folio 13, el 18 de febrero de 2009, las solicitudes que hizo de traslado de régimen al instituto de los seguros sociales y a porvenir en el año 2009 también, 10 de marzo de 2009, folio 15, la solicitud que hizo al instituto de los seguros sociales y el 11 de marzo de 2009 a porvenir, folio 18, con respuestas negativas a ambas solicitudes, también aparece una simulación de abril de 2018, donde se estiman unas mesadas para la edad de 61 años del demandante de $3.334.500, va una progresión para los años de ahí hasta los 64 años, a los 64 estaría en $4.013.300. Y se cuenta con las solicitudes de 30 de abril de 2018, solicitando lo que tiene que ver ya con las pretensiones de esta demanda, la petición de 30 de abril de 2018 donde se pedía la información brindada, es decir, que se allegara al actor las probanzas o la información que se brindó cuando hizo el traslado de régimen y el formulario de afiliación, la respuesta que se dio por porvenir y las solicitudes que se hizo a Colpensiones el 30 de abril de 2018 solicitando el traslado de régimen y el consecuente traslado de los aportes efectuados a ese fondo y al régimen de prima media con prestación definida, basándose en esta situación de la falta de información mencionada de falta de cumplimiento del deber de información, siendo negativas entonces las respuestas debido a la ley 100 de 1993 artículo 13 literal E ya mencionado sobre el tiempo que la norma establece para poder cambiar de régimen pensional, encontrándose a menos de 10 años entonces el demandante para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, fueron las razones por las cuales se negó esos traslados recientes que solicitó el demandante. Con base en todas estas probanzas el juzgado debe añadir antes de efectuar las conclusiones del análisis probatorio, añadir la fuente de derecho de la jurisprudencia, la corte suprema de justicia, sala de casación laboral que desde el año 2008 ha mantenido una línea de principio sobre estas temáticas de la nulidad y/o ineficacias en los traslados de regímenes pensionales desde prima media prestación definida hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad, esos pronunciamientos básicamente en lo que tiene que ver desde la sentencia número radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008 y que han sido expedidas en varias jurisprudencias que constituyen doctrina probable, mas de 3 decisiones sobre el mismo punto de derecho, han sido recopiladas o sintetizadas las reglas o las subreglas que la corte ha determinado para este tipo de litigios, entre otras en la sentencia de 8 de mayo de 2019, con radicado 68838, magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas, allí se hace acopio entonces de todas estas jurisprudencias desde el año 2008 se refiere a todas ellas y sintetiza esas reglas básicas que deben tenerse en cuenta en ese tipo de trámites: primero, que siempre ha existido el deber de información en las administradoras de fondos de pensiones, es decir, desde que empezó su funcionamiento, que en ese tipo de procesos la carga de la prueba le corresponde a esas entidades, es decir, demostrar en forma cabal y clara que cumplieron con ese deber de información, ha precisado también que no es una exigencia que la persona que hace el traslado de régimen estuviera incursa en el régimen de transición de la ley 100 de 1993 o que tuviese un derecho adquirido o una expectativa legitima con el régimen anterior para que se le predique igualmente todas las

exigencias y características del deber de información. Otra de las reglas que precisa esta fuente es que la firma del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el consentimiento debidamente informado, a lo sumo dice, acredita que hubo un consentimiento pero que no fue el que exige la ley y la constitución, es decir, debidamente informado. También precisa los contenidos del derecho a la información en sus diversas etapas, desde que tuvo lugar la expedición de la ley 100 de 1993, etapas acumulativas que dijo la corte suprema y que deben observarse según las fechas o los momentos en que se efectuaron los traslados de régimen, una primera etapa la del deber de información solamente que tiene como contenido mínimo y alcance la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual perdida de beneficios pensionales; una segunda etapa, que empieza desde la ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010, que suma al deber de información el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que mas le conviene y por tanto lo que podría perjudicarle, es decir, sumando la asesoría y el buen consejo. Y finalmente y desde la expedición de la ley 1748 de 2014 y artículo 3 del decreto 2071 de 2015, adicionando a lo anterior la doble asesoría, es decir, que junto con todo lo anterior de las etapas pretéritas, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. Prosiguiendo con estas reglas de la jurisprudencia se ha predicado que no puede aludirse que se configura la prescripción extintiva en este tipo de acción que tiene por objeto declarar la nulidad o la ineficacia de traslado de régimen pensional por falta de cumplimiento de los deberes legales y constitucionales del deber de información. Tampoco que por el mero paso del tiempo se pueda predicar el saneamiento de una ineficacia de tal índole y ya sobre los efectos de esta ausencia en el cumplimiento del deber de información, ha precisado que lo que se debe predicar es la ineficacia del traslado de régimen, que tiene como consecuencias que se predique que no surtió efecto alguno ese transito que se hizo, lo que manda entonces a restablecer las cosas a su estado anterior, debiendo en tales casos las administradoras de fondos de pensiones privadas, trasladar la totalidad de los recursos que se han recaudado, por objeto de la afiliación hacia la administradora de prima media con prestación definida, en este caso Colpensiones, con todos los rendimientos, frutos que haya producido, en general todo aquello, toda suma que se haya recibido con motivo de las cotizaciones de el afiliado. Con fundamento entonces en todas estas premisas jurídicas y según lo que ya se relató de las pruebas aquí recaudadas, a lo que hay que sumar pues también los interrogatorios que se surtieron al representante legal de porvenir, el interrogatorio al demandante que realizó porvenir y también Colpensiones y los testimonios de Edilberto Benítez González y Osvaldo Rodríguez Castiblanco, se efectúa la siguiente valoración probatoria. Como viene de decirse entonces, de explicarse, la demandada porvenir s.a. acepta el traslado de régimen que se realizó, sobre eso no hay discusión alguna, pero ya en concreto y sobre el punto álgido de la discusión, el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado, vemos

que las expresiones o los fundamentos tanto de hecho como de derecho de porvenir, se basan en predicamentos generales, fundamentalmente en que se ha cumplido toda la normativa en que se verificó los requisitos de ley, en que se realizó la asesoría de forma correcta, completa, ajustada a la ley, sobre la capacidad de los asesores comerciales, fundamentalmente con que la decisión fue libre, voluntaria, sin presiones y que se brindó toda la información, en la contestación al hecho 5 "le dieron a conocer todas y cada una de las características del rais, funcionamiento, modalidades de pensión, requisitos, ventajas y desventajas, como las posibles implicaciones de trasladarse, dando así cumplimiento al mandato legal de la época. Y ese es el caricie, el espíritu de la contestación de la demanda, y en que también pues se cumplió los requisitos del formulario de afiliación, conforme al decreto 692 de 1994, pero lo que se destaca, hay que decir con toda claridad, es la ausencia de pruebas sobre estas expresiones que hace porvenir, no aparece probanza alguna sobre ese cumplimiento que menciona que se le dio a conocer con esa claridad que menciona porvenir, características del régimen de ahorro individual, funcionamiento, las modalidades de la pensión, los requisitos, las ventajas, las desventajas, las posibles implicaciones de trasladarse, de eso no aparece prueba en el proceso de ese detalle que menciona porvenir en su contestación, como tampoco de lo que menciona que los asesores comerciales tienen plena capacitación a fin de suministrar la información de modo claro, veraz, en lenguaje sencillo para toda clase de personas, contestación al hecho 5, tampoco hay probanza sobre ese particular; no se menciona si quiera por porvenir quien fue el asesor que realizó o que brindó la información al demandante, cual su preparación, cual su capacitación, cual protocolos, si existiera alguno de las asesorías etc. De modo que la única prueba que aduce porvenir s.a. es el formulario de afiliación, en eso se basa fundamentalmente la probanza de porvenir porque pues se reitera, las demás afirmaciones que tiene que ver con los argumentos o con los sustentos de derecho y de hecho de porvenir, pues no se acompañan de pruebas. Lo único que tiene o sobre lo que hay prueba es el formulario de afiliación en el folio 112, que como ya se dijo cumple las exigencias formales del decreto 692 de 1994, pero que en modo alguno son suficientes como lo establece la jurisprudencia ya citada por este juzgado, no es suficiente para que se pruebe el consentimiento suficientemente informado la firma del afiliado que aparece pues efectivamente plasmada en el formulario. Esto, dice la fuente mencionada, a lo sumo demuestra que hubo un consentimiento, que se aceptó la firma o que se consintió la firma del formato, pero no que el consentimiento haya sido suficientemente informado, debe anotarse que entonces en la etapa que es la primera, la primera etapa del deber de información, según la fuente jurisprudencial mencionada, porque pues fue en junio de 1996 el traslado de régimen, el contenido mínimo se reitera era el siguiente, la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición, y la eventual perdida de beneficios pensionales, esto ultimo no aplica en el caso actual, pues el demandante no era beneficiario del régimen de transición; pero si lo primero y hay que mencionar que como se dijo por porvenir, da a entender o así contestan los hechos que aun fue mas profundo y mas detallada, incluso que las exigencias de ese momento del

deber de información, porque se reitera, contesta que se le dio a conocer todas y cada una de las características del rais, funcionamiento, modalidades de pensión, requisitos, ventajas, desventajas, implicaciones de trasladarse. Entonces, de una parte la jurisprudencia nos precisa esos contenidos mínimos y alcance del deber de información y de otro lado porvenir s.a. manifiesta que excedió incluso, excedió lo que la norma o lo que conforme a la ley, a la jurisprudencia y a la constitución, porque esta primera etapa se basa también en las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal, según la sentencia de la suprema corte ya citada, que aun entonces excedió en lo que debía ser informado. Sin embargo, pes hay que resaltar que de las pruebas documentales, ninguna probanza nos da cuenta del cumplimiento de esas exigencias, porque se centra básicamente en el formulario de afiliación, se reitera. Ahora bien, otras probanzas documentales como son las referidas a las simulaciones pensionales que se hicieron en el año 2009, en el año 2018, pues no pueden considerarse, para el juzgado, como una aquiescencia, una convalidación de alguna forma del demandante frente a su afiliación al régimen de ahorro individual, toda vez que esas simulaciones del año 2009 y del año 2018 claramente se hicieron cuando ya no había posibilidad legal de trasladarse de régimen, recordando que hasta el 9 de junio de 2008 tuvo la posibilidad el demandante, que fue la edad en la que cumplió 52 años de trasladarse de régimen pensional, entonces no puede tenerse en cuenta estas simulaciones de 2009 y de 2018 como una manifestación de la parte actora de alguna convalidación, de alguna forma de su afiliación al régimen o de una subsanación de las omisiones cometidas por el fondo de pensiones en el año de 1996. Existe otra probanza que sin embargo la misma no puede tenerse en cuenta, una simulación en el folio 10, realmente sin fecha, además teniendo en cuenta que tampoco coincide la fecha de traslado que allí dice, fecha de traslado 9 de febrero de 1996, pues el traslado fue en junio de 1996. Pero de todas formas y como ya se ha mencionado y teniendo en cuenta que la carga de la prueba de acreditar con suficiencia el cumplimiento del deber de información reposa en cabeza de la afp demandada porvenir s.a. pues hay que reiterar concretamente que esa carga probatoria no se cumplió por la demandada y hay que mencionar que también en la prueba de interrogatorio de parte, pues nuevamente se acude por la demandada a las manifestaciones genéricas de que, por ejemplo, todos sus asesores son capacitados sobre condiciones del régimen de ahorro individual y que se brinda la información suficiente y necesaria a los afiliados, es decir, todas las manifestaciones van en esta línea sin referirse en particular al caso del demandante y como fue en su evento o en su situación fáctica concreta que esa ilustración se dio. También hay que mencionar entonces que la representación legal de porvenir reafirma básicamente en su interrogatorio que no se cuenta con probanza distinta al formulario de afiliación porque en su decir o en su defensa es lo único que requería o exigía la ley para que el traslado se considere valido, que se cumplió con la firma del formulario de afiliación, con las exigencias que el formulario debía tener. En cuanto al interrogatorio del demandante, hay que mencionar por su desempeño, su profesión, su oficio en 1996 como tecnólogo químico y así mismo dieron razón los testigos que fueron compañeros de trabajo, los señores Edilberto Benítez González y Osvaldo Rodríguez

Castiblanco en la empresa maicena, en valle del cauca, pues no podemos deducir un conocimiento sobre finanzas, sobre fondos de pensiones, en economía, como para que pudiera entenderse que una asesoría general fuera suficiente para el ciudadano, en este caso el actor, para un entendimiento cabal de las consecuencias de traslado de régimen y no solo por su formación académica sino porque esto tendría que estar unido también a las labores que desempeñaba, que en este caso era analista de laboratorio, es decir, un trabajo técnico científico que no tenía ninguna injerencia en finanzas, en economía, que tuviera que ver con rendimientos financieros, mercado de valores, etc. Como para predicar que tuviera conocimiento especializado sobre el tema. De otro lado, pues tanto el como los testigos son coherentes en el asunto referido a la empresa a la cual laboraban acudieron los asesores de porvenir s.a. manifestando las situaciones de desmejora que podría ocurrir por la extinción del instituto de los seguros sociales, así mismo, habla de una simulación que se le hizo para que donde se le decía que a los 62 años tendría una mejor pensión que en el instituto de los seguros sociales, unas cifras que dijo son las que aportó con la demanda en la simulación mencionada y que eso lo llevó a trasladarse, fundamentalmente, ese comparativo que dice le fue realizado, una mejor mesada pensional y la situación referida a la extinción que se manifestaba sobre el seguro social, se habla de algunas reuniones grupales y otras individuales, esto por el demandante y también por los testigos sobre la afiliación y con el objetivo de persuadir sobre esta temática, sobre este acto de trasladarse de régimen. Bien, hay que tener en cuenta entonces que no se establece entonces una confesión de la parte actora en este asunto que nos pudiera dar cuenta de que fue ilustrado clara y precisamente de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, de cada uno de esos regímenes, como es la exigencia de, en esa primera etapa, del deber de información. Las alusiones que hizo el demandante a que se le mencionó que la pensión podía darse de manera anticipada a "cualquier edad", que el monto iba a ser mayor que en el instituto de los seguros sociales y que se podían hacer ahorros voluntarios, no cumple unas características de confesión porque esto que refiere son características generales que bien establece la ley 100 de 1993 pero precisamente eso es lo que en criterio de la alta corporación de justicia, la sala de casación laboral, pues no es suficiente para entender un consentimiento libre e informado, porque si fuera así, no tendría razón de ser ese tipo d debates, la ley pues establece esas características generales que refirió el señor demandante pero no es eso lo que se exige a los fondos de pensiones, sino ilustrar con claridad, con particularidad cada caso como operan esas características, como se debe operar para que la edad pueda ser anticipada a cualquier edad, es decir, no centrándose la explicación simplemente a que como lo dice la norma, sin mayor explicación, la edad pensional pueda ser cualquiera, sino como en el caso concreto, como en el evento de decidir el demandante pudiera operar es a cualquier edad, no hay explicación alguna de otro componente normativo del artículo 64 de la ley 100 que es donde se desglosa el condicionamiento para que esa cualquier edad pueda operar, entonces no hay realmente ilustración sobre ese tipo de situaciones o como es que los rendimientos y los posibles aportes voluntarios puedan incidir en una pensión y de qué forma, y como operaria en el régimen

de prima media con prestación definida, la claridad y el pormenor sobre esas características y condiciones en manera alguna puede predicarse como una confesión que haya hecho el demandante. Y tampoco los testigos quienes en similar manera se refirieron en el estilo del abordaje grupal y después individual de los asesores de porvenir y en esos caracteres generales que les dieron sobre las características del rais, que no del régimen de prima media, también hay que destacar. Entonces sin probanza en este asunto sobre el cumplimiento a cabalidad del deber de información que cumplía la afp privada, pues debe acogerse los efectos que se solicitan del traslado de todos los fondos del régimen de ahorro individual, de la cuenta de ahorro individual hacia la administradora colombiana de pensiones, previa declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen que se llevó a cabo en el caso del demandante el día 20 de junio de 1996 y tuvo efectividad desde el 1 de agosto de 1996 con la orden correspondiente de que se trasladen todos esos recursos con sus rendimientos e intereses que haya producido, es decir, todo aquellas sumas que fueron recibidas por motivo de las cotizaciones deben ser trasladadas a la administradora colombiana de pensiones y esta ultima a aceptar ese traslado, a reactivar la afiliación del demandante a prima media con prestación definida que ha de declararse como el único régimen al cual se ha encontrado afiliado el señor demandante desde el 9 de marzo de 1983.
En referencia a las pretensiones, el juzgado no considera procedente la condena a pensionar, es decir a que Colpensiones pensione al demandante a través de esta vía judicial porque el efecto de la decisión pues es que las cosas vuelvan a su estado anterior, la afiliación sea reactivada en Colpensiones y se pueda solicitar la pensión de vejez del demandante con el estudio sobre el particular que realizará Colpensiones, habida cuenta además que no se observa que se haya reclamado la pensión de vejez a Colpensiones, por esas razones entonces no se accederá a decidir sobre el derecho pensional en Colpensiones del demandante"

DEL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada PORVENIR, indicó:

"Su señoría, estando en la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación en contra del fallo, ante el honorable tribunal superior de Bogotá en los siguientes términos: el traslado de régimen pensional y la afiliación del demandante a porvenir, obedeció a una decisión libre, espontanea, sin presiones e informada, muestra de ello es la asesoría recibida de manera verbal en donde se le informó todas las características y condiciones propias del rais. Lo anterior fue ratificado por el demandante en el interrogatorio de parte igual que los demás testigos. Corroborando de esta manera la información recibida por el demandante en la señalada afiliación, no obstante lo anterior, en el presente fallo se desconoce la confesión realizada por el demandante y presupone la existencia de requisitos y condiciones respecto a soportes que no eran exigibles para la fecha de afiliación, ahora bien, la decisión tomada por el demandante se hizo de una forma consciente y espontanea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el

cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha que se produjo esta. Pues, en primer lugar se adoptó la decisión de trasladarse luego de haber recibido información suficiente y veraz sobre las implicaciones del traslado y las características generales de acuerdo a lo establecido por la fecha de afiliación. En segundo lugar, suscribió el formulario de vinculación de manera voluntaria. Y en tercer lugar se cumplió las demás exigencias legales en la solicitud de vinculación. Esta expresión no puede ser considerada como un menor requisito formal o una manifestación vacía y sin ninguna consecuencia, tal y como presupone el juez de primera instancia, en cuanto corresponde a una expresión normativa que por lo tanto no puede ser ignorada como tampoco puede ser desconocida los efectos que producen las circunstancias de que consta en el formulario previamente impreso no resalta la validez o la manifestación inequívoca del afiliado en realizar el traslado de régimen pensional, ya que corresponde a una expresión emanada de este. Adicionalmente no puede pasarse por alto el actuar del demandante durante su vida laboral, toda vez que este hecho ha sido reconocido por la jurisprudencia de la corte suprema de justicia, sala de casación laboral, como acto de relacionamiento mediante la sentencia SL43 de 2018, según la cual el pago de aportes, la solicitud de información, los traslados entre afp, cambio de clave, solicitud de proyecciones pensionales, entre otros actos generan manifestaciones inequívocas de la voluntad del afiliado en el sentido de mantenerse dentro de alguno de los regímenes pensionales. Lo anterior, de acuerdo a lo que se confesó por parte del demandante. Adicionalmente no resulta plausible que prospere la alegación respecto a la nulidad, toda vez que el actor recibió toda la asesoría e información debida en el traslado inicial con porvenir, así mismo, el demandante tuvo la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse del formulario de afiliación que estaba diligenciando en ese momento. Por lo tanto no puede el demandante endilgar responsabilidad alguna a porvenir, dado que su traslado obedecía a una decisión libre y consiente de trasladarse al rais, pues encontró que era conveniente para sus intereses proyectarse a futuro, realizar una planeación financiera acorde a sus necesidades y obtener beneficios propios del rais que no le otorgaba el régimen de prima media. Respecto a la información suministrada, el fallo emitido el día de hoy presupone una aplicación de presupuestos jurídicos inexistentes para la fecha de afiliación, es más véase que la entidad que vigila a las afp ha sido enfática en señalar que la obligación de otorgar información clara, cierta, comprensible, oportuna respecto a las condiciones de afiliación, nace simplemente en el ordenamiento jurídico a partir de la vigencia del decreto 2441 de 2010, así mismo como el mismo juez de conocimiento lo señaló en el fallo. Así las cosas, en concepto 2017056668-001 del 12 de junio de 2017, la superintendencia financiera indicó: "la obligación de ofrecer una asesoría entendida como información clara, cierta, comprensible, oportuna respecto de las condiciones de afiliación de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vinculación a dicho régimen, o trasladarse entre administradoras se encuentra expresamente consagrado a partir del 1 de julio de 2010, fecha en vigencia del decreto 2241 de 2010, ratificando de esta manera que solo fue hasta la expedición del decreto 2555 de 2010, el decreto 2071 de 2015 y la ley 1748 de 2015, lo anterior de acuerdo a lo que el mismo

juez de conocimiento señala, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público general, de hecho la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen nace solo a partir del inciso 4 del artículo 2071 de 2015 que modificó a la vez el 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010. No puede pasarse por alto en el momento de la afiliación si había información necesaria y suficiente sobre el alcance y consecuencias del traslado de régimen pensional, de acuerdo a la confesión que realizó el demandante en el interrogatorio de parte, en este sentido, el demandante alega una falencia en la información entregada por los fondos de pensiones a los cuales este se encuentra afiliado, no obstante la obligación de información y buen consejo no se encontraba vigente para el momento en el que se realizo el respectivo traslado, toda vez que para la fecha del entonces traslado se encontraba vigente la obligación contenida en el decreto 656 de 1995, el cual por política de la empresa, los asesores comerciales en el momento de la asesoría de manera verbal tenían que cumplirla su cabalidad, no obstante solo fue hasta la expedición de las anteriores leyes que enuncié, que se produjeron desarrollo judiciales y legislativos en los cuales se debía dar información adicional, en este sentido el demandante realizó una vinculación y un traslado al rais de manera libre y consciente, por lo tanto no resulta plausible sea exigido el requisito o cumplimiento de condiciones adicionales al diligenciamiento del formulario de afiliación, toda vez que para la fecha de afiliación no existía norma alguna en el ordenamiento legal colombiano que exigiese dejar reporte de la información suministrada ni constancia que este recibió dicha información. En consideración a lo antes dicho el fallo emitido presupone aceptar que el desconocimiento de la ley tiene capacidad suficiente para negar un vicio en el consentimiento, conllevando con esto desdibujar un principio del ordenamiento legal colombiano, lo cual a la postre implica una violación a los artículos 9 y 1509 del código civil que de manera clara señala que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. En los anteriores términos dejo sustentado mi recurso de apelación para que sea estudiado por el honorable tribunal superior de Bogotá. Muchas gracias.

Por su parte la demandada COLPENSIONES señaló:

"Si señor juez, siendo este el momento procesal oportuno, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho, en atención a que es evidente que el señor Ezequiel Quigua Quintero estaba plenamente capacitado para efectuar un traslado en el año de 1996, tal como lo hizo, toda vez que no tenía ni siquiera un derecho consagrado o una expectativa pensional, toda vez que la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con tan solo 37 años de edad y no había cotizado mas de 750 semanas, dicho traslado fue efectuado y está completamente probado dentro del proceso, tal cual lo reconoció el despacho, sin embargo, al considerar que se puede hacer una extensión de la jurisprudencia de la corte suprema de justicia, yerra el despacho toda vez que es de poner de presente que el demandante no tiene los mismos hechos facticos que en dichas jurisprudencias, por ende pues no se podía hacer una extensión de la misma,

además, si así fuese y se aplicara el caso, pues debe hacer un estudio del caso concreto como lo ordena dicha jurisprudencia, teniendo en cuenta que si bien se alega que el formulario de afiliación no es suficiente para demostrar el consentimiento informado que tenía en ese momento el señor Ezequiel, es decir para el año 1996, al momento de realizar su traslado, omite el despacho, mas que pronunciarse, aceptar que el demandante al momento de su interrogatorio de parte confesó que efectivamente al momento de su traslado lo hizo de manera libre, voluntaria e informado, toda vez que mostró como también lo acepta el despacho, características especiales del régimen de ahorro individual con solidaridad, e incluso en su testimonio, en su interrogatorio manifiesta que al momento del traslado en 1996 se le mostró los beneficios respecto de los que tenía diferencia el régimen de ahorro individual con solidaridad a los que tenía el régimen de prima media en ese momento, el instituto de seguros sociales, por ende es evidente que no solo se le hablo del régimen del régimen de ahorro individual con solidaridad sino también del régimen de prima media, además, habló de beneficios como la pensión anticipada, un monto mayor, como aportes voluntarios, e incluso manifestó que habían otros temas adicionales que se le habían dicho al momento de la afiliación, por ende pues no puede alegarse porque el demandante no lo diga de manera textual, pero si dijo que se le había brindado otros beneficios, e incluso los testigos por lo menos el señor Osvaldo Rodríguez manifestó que si les explicaban otros beneficios que ellos no se acordaban en dicho momento, no porque ellos no se acuerden en este momento significa que al momento de la afiliación no se le hayan dado, incluso hay que destacar que en dichos interrogatorios también se manifestó que realmente lo que motivaba esta demanda era una expectativa económica, incluso el despacho considera que no se tiene en cuenta las simulaciones efectuadas en el 2009 y 2018 al demandante por el fondo privado, teniendo en cuenta que las mismas se habían realizado ya cuando el mismo no tenia, ya estaba en curso una prohibición legal de trasladarse al régimen de prima media, pues es como si el despacho convalidara que estas simulaciones y al darle un porcentaje diferente en cada régimen, pues como si convalidara que lo que realmente se busca aquí es una expectativa netamente económica y no se está hablando de que los fondos incumplieran con el deber de información. De esta forma, solicito a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá que en caso de que no consideren y que no revoquen la sentencia emitida por el despacho en cuanto a la determinación de declarar la ineficacia del traslado efectuado por el señor Ezequiel en el año de 1996, adicione a dicha sentencia que se condene también al fondo privado a que traslade a Colpensiones todos los gastos de administración descontados por dicho fondo y levante la condena en cuanto a las costas a mi representada, toda vez que es evidente y como lo conoce el despacho y lo manifestó en su fallo, las consideraciones de su fallo es que mi representada actuó de manera de acuerdo a la normatividad vigente al momento de que le niega el traslado, toda vez que el ya estaba en curso en una prohibición legal de la ley 797 de 2003, por tanto no puede condenarse a mi representada por actuar de acuerdo a la normativa por costas dentro del presente proceso. Muchas gracias".

CONSIDERACIONES

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

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora EZEQUIEL QUIGUA QUINTERO, 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 y se ordene la devolución de la totalidad de los dineros que el actor tiene en su cuenta.

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 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 la juzgadora de instancia, y contrario a lo señalado por la demandada PORVENIR SA. en su recurso y en sus alegatos de conclusión **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 prohijar 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 proferida por la Juez de conocimiento, al igual que lo relacionado con la condena en costas, como quiera que las demandadas, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y resultaron vencidas en la presente proceso.

Igualmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, 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, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

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: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, 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, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 24-2018-326-01

ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA

DEMANDANTE: EMILSE CORREA SANCHEZ

DEMANDADO: PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los once (11) días del mes de diciembre 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 el recurso de apelación presentado por la apoderada de Porvenir, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 30 de enero de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Porvenir.

ANTECEDENTES

La señora EMILSE CORREA SANCHEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, retroactivo pensional, intereses moratorios e indexación. (fl.2)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el señor Humberto Carrero se afilió a BBVA HORIZONTE PENSIONES el 21 de abril de 2006, quien falleció el 10 de octubre de 2011 y cotizó 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su deceso.

La demandante, en calidad de compañera permanente del causante radicó solicitud de pensión de sobrevivientes en el año 2012 ante BBVA y en abril de ese mismo dicha entidad negó tal petición argumentando que la actora no había acreditado el requisito de convivencia dentro de los cinco años anteriores al deceso.

En el año 2013 la demandante inició proceso de declaración de unió marital de hecho con el causante, la cual correspondió al Juzgado Promiscuo de Familia en Descongestión de Saravena-Arauca, quien en sentencia del 24 de octubre de 2014 declaró la existencia de unió marital de hecho entre los ya mencionados, desde el 12 de octubre de 2004 al 10 de octubre de 2011. (fl.3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda el demandado **PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados en los numerales 3 a 6 y 8 a 11 y negó los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, compensación y prescripción. (fl.52)

PORVENIR llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (fl.106), quien se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó el hecho 5, los demás indicó no constarle y propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción. (fl.124)
En audiencia del 20 de enero de 2020 **la parte demandante desistió de las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes**, quedando únicamente por resolver lo atinente a los intereses moratorios e indexación,

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió CONDENAR a Porvenir a reconocer y pagar la demandante la suma de $28.784.175 por concepto de intereses moratorios, absolvió de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Porvenir.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando en síntesis:

Habiéndose existido la pretensión de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el litigio al problema jurídico a resolver cómo se indicó en la audiencia anterior corresponde en determinar si existió Mora en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante y por ello si se debe condenar a intereses moratorios de ser así teniendo en cuenta el llamamiento que hizo porvenir a Mapfre debe determinarse quién es la llamada a responder por el pago de esos intereses y en la llamada en garantía por haber sido aquella conforme lo indica porvenir quién originó la Mora en su pago igualmente debe constatarse si hay lugar a ordenar alguna condena por la indexación peticiónala, para resolver el despacho lo primero que debe indicar es que respecto de la condición de pensionada por sobrevivientes de la señora Emilce Correa Sánchez no existe discusión alguna todas qué porvenir mediante misiva que obra a folio 8894 la que dicho sea de paso no tiene fecha comunicó a la demandante que la pensión de sobrevivientes le había sido aprobada por tanto reconoció la prestación a partir de octubre de 2011 cuantía del salario mínimo legal vigente como costa en ese documento reconociendo un retroactivo pensional de $57.400.947 pesos valor al que le fue deducido lo correspondiente por aportes al sistema de seguridad social por valor de $6.368.500 pesos ordenándose en sufragar a la demandante la suma de $51.032.447 pesos además en comunicación dirigida Mapfre Colombia vida seguros por porvenir señaló solicitada la suma adicional anexando proceso ordinario donde juzgado promiscuo descongestión de Saravena Arauca emitió sentencia del 24 octubre 2014 indicándole que ese juzgado había declarado la Unión marital de hecho entre Emilse Correa Sánchez y Humberto Carrero Carrero para resolver lo relativo a los intereses moratorios este despacho de precisar que con arreglo al artículo 141 de la ley 100 del 93 a partir del primero de enero de 1994 en caso de Mora en el pago de las mesadas pensionales de qué trata esa ley la entidad correspondiente reconocerá y cancelar al pensionado además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella la tasa máxima de interés moratorio vigente para el momento en que se efectúe el pago sobre la vialidad de los intereses moratorios la Corte Suprema de Justicia las doctrinas que referidos resarcimientos es procedente siempre que se trate pensiones reconocidos con fundamentos en la ley de Seguridad Social además la corporación en cita en punto a los intereses en la sentencia SL 2994 del 2019 radicado 7779 del 24 julio dos anualidades explico frente a este asunto advierte la corte que le asiste razón a la censura puesto que de manera reiterada y pacífica la jurisprudencia doctrinal que la

condena por intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 del 93 ópera de manera automática cuando a partir del momento de la solicitud previa acreditación de los requisitos exigidos la prestación no se otorga dentro de los plazos establecidos en las disposiciones legales ha de anotarse esta sala ha descartado la imposición de intereses moratorios en dos situaciones muy específicas que no corresponden a las del su liten, el primero cuando en sede administrativa hay controversias legítimas entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (SJSL 14528 del 2014 y el segundo cuando la actuación de la FP estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación y después se reconocer la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencia como por ejemplo el principio de progresividad sentencia SSJSL 787 del 2013 ahora la norma que regula el momento a partir del cual comienza a correr los intereses moratorios previstos en el artículo 141 la ley 100 del 1993 en tratándose en la pensión de sobrevivientes es artículo primero de la ley 717 del 2001 que indica que la entidad de Seguridad Social debe reconocer la pensión de sobrevivientes a más tardar dos meses después de radicada la solicitud por el peticionario si la documentación que se aportó acredita el derecho atendiendo la normatividad citada los criterios expuestos por la alta corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral se procede a estudiar en el caso concreto las pruebas que se anexaron al expediente de observándose que la actora radicó el día 6 de enero 2012 solicitud de reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente como consta a Folio 70 a71 la que fue rechazada el 13 de abril de esa misma anualidad por BBVA horizonte pensiones y cesantías entidad que se fusionó con la hoy demanda porvenir bajo el argumento que la actora no cumplía con el requisito de tiempo mínimo de convivencia de 5 años antes del deceso Humberto Carrero Carrero por así haberlo concluido Mapfre Colombia Seguro Social entidad con la que tenía contratado el seguro provisional para la fecha fácil yacimiento del asegurado como se puede leer del Folio 79,82 aseguradora que mediante misiva de febrero 2012 señaló que de acuerdo con la información suministrada por la actora ella y el afiliado habían convivido por espacios tan sólo de 3 años no habían acreditado 5 años de la que exigía la norma el 28 diciembre 2015 la demandante nuevamente presenta solicitud de reconsideración pensional con ocasión del fallecimiento de Humberto Carrero Carrero cómo se infiere la misiva remitida por la demandante a porvenir el 8 de enero años remitida corrijo por porvenir a la demandante el 8 enero 2016 por ellos porvenir mediante comunicación sin fecha a qué obra a folio 88 a 92 reconoció la pensión de sobrevivientes a la demandante ordenándole un retroactivo $57.400.947 pesos al que como se indicó en presencia se le descontaron $6.368.500 pesos por aportes al sistema de seguridad social en salud habiéndosele girado la suma de $51.032.447 pesos lo anterior permite concluir que si bien la demandante solicitó por primera vez la pensión de sobrevivientes el 6 de enero del 2012 no es menos cierto y razón le asiste a los apoderados de las demandadas que para esa fecha no acreditó la condición de beneficiaria de la citada prestación pues no probó ante porvenir ni ante la aseguradora la convivencia con Humberto Carrero Carrero durante los 5 años anteriores al fallecimiento de aquél ya que le mandaste declaración juramentada rendida el 9 de julio del año 2015 el 9 de julio ante notario 11 del circuito de Bogotá así como la rendía del 6 de enero 2012 manifestó declaró que yo convivía con el señor Humberto Carrero Carrero que se identificaba con la ciudadanía número

suspensivos de Fortul dependía económicamente de el durante 3 años hasta el momento de su fallecimiento el día 10 de octubre 2011 folios 72 lo que coincide con lo señalado bajo la gran juramento por Doris Ortiz Vega, Luz Marina Hernández ante la notaria única en Saravena el 3 de enero 2012 y que se ve en folio 73 cuando manifestaron "declaro igualmente bajo gravedad de juramento que conocí, visite y trate y tuve comunicación por 3 años aproximadamente al señor Humberto Carrero Carrero que en paz descanse falleció el día 10 de octubre 2011 quienes en vida se identificó con la cedula de ciudadanía número 60.257.532 expedida en Pamplona de esa Unión no procrearon hijos cuarto igualmente declaro que Emilse Correa Sánchez convivía dependía económicamente de los ingresos de Humberto Carrero Carrero que en paz descanse así como que con lo dicho por Harley Aguilar Ropero que en la misma fecha señaló que conocías al causante de este trato y comunicación durante 5 años aproximadamente y que "me consta que convivió en Unión marital de hecho vigente no declarada durante 3 años y hasta su fallecimiento con la señora Emilse Correa lo que significa que solo hasta el 28 diciembre 2015 cuando la actora solicitó la reconsideración pensional con ocasión del fallecimiento del señor Humberto Carrero Carrero fue cuando anunció la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes todo es que en esa oportunidad aportó la sentencia proferida por el juzgado promiscuo familia descongestión de Saravena Arauca que declaró la existencia de la Unión marital de hecho de la actora con el afiliado fallecido del 12 de octubre 2004 hasta el 10 de octubre 2011 por tanto esa será la data que se tendrá en cuenta para determinar la procedencia de los intereses moratorios se retira por cuanto para esa oportunidad y con la sentencia que a llegó la demandante demostró que tenía la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes ante la convocada es decir el 28 de diciembre 2015 por tanto porvenir tenía dos meses para hacer el reconocimiento de esta pensión es decir debía haberle reconocido la prestación o desvíos sobre ella a más tarde del 28 de febrero 2016 habiéndose concedido la prestación solo hasta el 31 de julio 2018 como consta en el documento que aparece en el plenario y en la misiva mediante la cual se aprobó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de la demandante que obra en Folio 88 al 94 ello significa que la demandante si le asiste al derecho al esos intereses pero una vez vencidos los dos meses que tenía porvenir para hacer decidir sobre la solicitud de la demandante este punto el despacho se pronunciará sobre la excepción de prescripción No obstante previo a hacer alguna operación en primer lugar el despacho se ocupadas como se indica en la excepción de prescripción que fue propuesta en la oportunidad procesal pertinente por la demandada para lo cual debe indicarse a recordarse que la discusión 60 en determinarse al momento de la exigir los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 se puede concluir en el presente caso que no se encuentra prescritos es por lo siguiente Pues bien es sabido que son todos los preceptos que regulan las prescripción sentido de la acción o del derecho este es el artículo 488 del código sustantivo del trabajo, El 151puede procesar dentro de la Seguridad Social mediante los cual señalan que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en 3 años que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya exigible y de la siempre reclamación escrita del trabajador recibida por estar sobre un derecho a una prestación debidamente determinados interrumpe la prescripción pero sólo por un lapso de tiempo igual sobre este aspecto se puede consultar

si se quiere la sentencia 20749 del año 2017 sin embargo y tratándose de obligaciones de tracto sucesivas naturaleza periódica y causación progresía como lo son los intereses moratorios la sala laboral de la corte suprema de justicia ha indicado que el beneficiario puede presentar reclamaciones o varias reclamaciones respecto de cada creencia en orden a interrumpir en forma individual la prescripción sobre cada una de ellos en ese sentido en la sentencia SL 794 del 2013 la corte explico ahora bien de acuerdo con las consideraciones del Tribunal a juicio de la sala este no se equivocó pues declaró en puntualizar que la prescripción sólo se podía interrumpir con una sola vez salvo en los casos que la prestación tuviera causación periódica en que se podía presentar múltiples interrupciones teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización lo que es lógico si se tiene en cuenta que cuando la norma se refiere a que la interrupción sea por una sola vez debe entenderse que es con respecto a una misma prestación vale decir en el caso de las pensiones respecto a las mismas mesadas de manera que efectuar la reclamación el término se interrumpe respecto a las mesadas causadas hasta esa fecha no las posteriores porque aún no se han causado y mal se haría en esta interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago de ahí que sea posible la interrupción del término de prescripción en un futuro y respecto a nuevas mesadas cuyo concepto es independiente en la medida que la causación es diferente criterio que ha sido reiterado por la corte en las sentencias es SL 13670 del 2016, SL 422 del 2017 y la SL 2820 del 2019 sólo por citar algunas teniendo en cuenta los anteriores lineamientos jurídicos y jurisprudenciales en el caso que nos ocupa aunque la exigibilidad de los intereses nació a partir de que la actora acreditó la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Humberto Carrero Carrero es decir que en el caso de estudio la exigibilidad y como síndico presencia nació cuando hizo la reconsideración de la pensión del estudio de la pensión que había solicitado es el 28 de diciembre del 2015 en esa medida los intereses se causaron una defendieron los dos meses con que contaba porvenir para su reconocimiento después del 28 febrero del 2016 cómo la demanda se presentó el 29 mayo 2018 conforme ante el reparto que obra a folio 39 significa que los intereses moratorios no prescribieron como quiera que el retroactivo a la demandante le fue cancelado a partir del 31 de julio 2018 en esa medida se sobre el retroactivos se debe liquidar intereses desde 28 febrero 2016 al 31 de julio de 2018 se reitera sobre retroactivo que reconoció porvenir liquidación determinado lo anterior el despacho entrada realizar las operaciones aritméticas del caso y encuentra que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago los intereses causados desde el día 28 febrero del 2016 y hasta el día anterior en que se realizó el pago retroactivo esto es el 30 de julio del 2018 que una vez liquidados conforme a liquidación que se anexa a la presente sentencia y hace parte integral de la misma la que se pone a disposición de las partes determinó un valor de $28.784.175 pesos valor al que será condenada la demandada de la indexación el despacho debe decir que resulta incompatible al haberse impartido condena por intereses moratorios a pesar que así lo señala la Corte Suprema de Justicia en sus diferentes decisiones de su responsabilidad llamamiento en garantía en el pago de los intereses moratorios solicitó porvenir llamar en garantía Mapfre Colombia vida y seguros para que en el evento que si fuera condena la llamada en garantía cubra los intereses moratorios indexación costas y agencias en derecho

que se imponga a Horizonte que porvenir oponiéndose la demandado esa demanda que se condene o las llamadas garantías que se les condena a intereses moratorios bajo el argumento que esa entidad solamente se encuentra obligada al pago de la suma adicional para financiar la pensión de sobrevivientes por tanto no encontrarse en el control del seguro como cobertura el reconocimiento intereses moratorios o algo rubro diferente a la suma adicional no se encontraría obligada su reconocimiento por tanto el juzgado qué razón le asiste como quiera que revisar la póliza que obra a folio 54 la número 92014104634 seguro provisional del invidencia sobrevivientes en la que dentro del objeto se encuentra la de pagar las sumas adicionales para la pensión de sobrevivientes ello significa que la suma que la póliza no cubre riesgos diferentes al reconocimiento de esa suma adicional como en este caso serían los intereses en efecto respecto a la responsabilidad de las aseguradoras en la pensión de sobrevivientes la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado 30252 del 2 de octubre del 2007 explico como consideraciones distancias de señalar que el seguro previsional de invalidez y sobrevivientes para el colectivo de afiliados a una administradora de pensiones la que actúa como tomadora por cuenta de estos amparo de la póliza se extiende de manera automática al afiliado con la afiliación a la administradora de pensiones el objeto del aseguramiento es definido por la ley y cooperativo que se reproduce en las pólizas de seguros con las que se formalizó lo encuentro pero aumentó previsional y consiste en garantizar la existencia de capital suficiente para financiar la pensión de invalidez sobrevivientes que se causa a favor del afiliado de sus beneficiarios esto es el valor actual de la pensión de la referencia respectiva integrando la suma adicional que le falta al acumulado por aportes obligatorios y bono pensional si los hubiere en la cuenta de ahorro individual en esa misma sentencia se señaló en instancia respecto a la condena indexación si bien nadie se solicitó que en la indexación la corte señaló sea entender que está se impone a las administradora de pensiones a cargo de su patrimonio no cobija las aseguradoras puesto que ella no ampara a esta ni los riesgos por superación en esa medida se debe absolver a la llamada en garantías de todas y cada una de las pretensiones del presente proceso con todo en cuanto a la manifestación de la convocada relativa a que la Mora en el reconocimiento de la pensión con ocasión a la actuación de la aseguradora se tiene que folio 36 a 37 obra misiva del 8 de enero de 2016 dirigida a la demandante informando lo que procedería al traslado de la reconsideración de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la aseguradora Mapfre para el pago de la suma adicional necesaria para financiar la pensión de sobrevivientes a causa del fallecimiento de Humberto Carrero Carrero sin embargo porvenir no acredito que en ese mismo año y enviara a Mapfre Colombia seguros la petición de la suma adicional ya que el documento a través del cual se efectuó dentro del plenario esta fue a folio 83 se encuentran fecha 28 de junio 2018 al que esa entidad me refiero a Mapfre le dio respuesta positiva como consta en el recibido porvenir de 3 de julio de 2018 en esa medida no podría imputarse una Mora a la llamada entrante de garantía adicionalmente la póliza no pule pagos diferentes a sumas adicionales por lo tanto a reiterarse absolverá Mapfre Colombia para cada una de las causas y prestaciones.

APELACION

PORVENIR

Se encuentra plenamente demostrado y así lo manifestó acertada mente la juzgadora de primera instancia que mi representada porvenir S.A procedió al rechazo de la prestación reclamada por la señora Señora Emilse Correa en la medida en que en el año 2012 y al momento de presentar su reclamación manifestó mediante declaración juramentada ante notario que la convivencia con el afiliado fallecido había sido tan sólo de 3 años anteriores al fallecimiento cabe aclarar que dicha manifestación fue ratificada por otras 3 personas más que dijeron exactamente lo mismo que la convivencia había sido de 3 años llama muchísimo la atención su señoría que él posteriormente más o menos 3 años después en en el proceso iniciado en Arauca la señora Emilse correa manifieste lo contrario manifieste que el tiempo de convivencia fue por aproximadamente 7 años. Así mismo que una de las personas que rindió declaración juramentada presentarte porvenir también se presentó como testigo en dicho proceso en Arauca y dijo todo lo contrario también ya no dijo que la convivencia ha sido de 3 años y que lo conocía hace 3 años fallecido sino que lo había conocido por el pasó 10 años esas esas esas contradicciones su señoría llama profundamente la atención y más si tenemos en cuenta que mi representada no pudo hacer parte de ese proceso de Unión marital De hecho está claro que mi representada porvenir S.A acto completamente buena fe y que al momento de rechazar la prestación lo hizo amparada en la normatividad vigente considero su señoría que en este caso debe darse aplicación a la posición de la corte suprema de justicia planteada entre otras la sentencias con radicado 43 602 del 6 de noviembre 2013 magistrado ponente Jorge Burgos Ruiz en que dice precisamente que no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios cuando la conducta de las AFP no estuvo guiado por el capricho o una arbitrariedad sino por el respaldo de una normativa que consideran regidas de derecho en controversia y es que no existe duda que que la convivencia mínima es de 5 años anteriores al fallecimiento y que no solamente podemos afirmar que la demandante no aprobó la convención 5 años si no que afirmó todo lo contrario afirmó y confesó que su convivencia había sido de 3 años. considero su señoría que debe tenerse en cuenta que en este caso la conducta de mi representada estuvo no solamente ajustada y amparada en la legalidad sino regida por el principio de la buena fe y en esa medida y ante las evidentes en contradicciones entre las declaraciones rendidas ante notario y las declaraciones rendidas ante un juez de la República en el municipio de Arauca que a juicio de esta apoderada deberían dar lugar para una investigación más más profunda en el sentido de que pueda haber existido una falsedad en alguna de esas declaraciones pues debe tenerse en cuenta ese criterio para que me representada no sea condenada a asumir el pago de intereses moratorios ni indexación cómo se condenó en el proceso que nos ocupa, así mismo el honorable magistrado solicitó efectuar una revisión minuciosa a la liquidación de los intereses moratorios efectuada por el despacho por considerar que la suma es demasiado alta teniendo en cuenta la cuantía de la mesada pensional así mismo Revise la tasa de interés moratorio aplica y de esta manera su señoría y honorable magistrado dejo debidamente presentado y sustentado recurso apelación. Muchas Gracias

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, puntos de inconformidad a saber: **i)** si hay lugar al pago de intereses moratorios y en caso afirmativo **ii)** si el monto impuesto por este concepto en primera instancia está correcto o no.

Para desatara lo anterior se tiene que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago.

Y específicamente en lo que tiene que ver con la pensión de sobrevivientes, el artículo 1° de la Ley 717 de 2001 señala:

> *"**Artículo 1°**. El reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad de Previsión Social correspondiente, deberá efectuarse a más tardar dos (2) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente **documentación que acredite su derecho**."*

Entonces para que en este asunto proceda la condena por concepto de intereses moratorios, se requiere que la demandante hubiere reclamado el derecho pensional con la documentación que acreditara que era beneficiaria de la pensión y que Porvenir pasados dos meses después de dicha petición, hubiera negado tal solicitud.

Pues bien, en este asunto no fue objeto de discusión que el señor Humberto Carrero Carrero **falleció el 10 de octubre de 2011** (fl.17) y a raíz de ello **la demandante efectuó reclamación de la pensión de sobrevivientes ante Porvenir el 6 de enero de 2012** tal y como consta con la documental de folio 70 del expediente.

Con dicha reclamación, la demandante anexó lo siguiente:

-Declaración juramentada ante Notario echa por la demandante, en donde la señora Emilse Correa señaló "Declaro que yo **convivía con el señor Humberto Carrero Carrero…** y dependía económicamente de él**, durante 3 años, hasta el momento de su fallecimiento** el día 10 de octubre de 2011" (fl.72)

-Declaraciones juramentadas ante Notario de los señores Dorys Ortiz, Luz Marina Neira y Arley Aguilar, en donde indican que conocieron al causante y a la demandante y que les consta que **convivieron en unión marital de hechos durante tres años hasta la fecha del fallecimiento** del señor Humberto Carrero (fls.73 a 75)

El día 13 de abril de 2012 BBVA HORIZONTE (hoy **Porvenir**) responde la solicitud de reconocimiento pensional y **le indica a la señora Emilse Correa que no es posible otorgar la prestación pensional**, toda vez que aunque el causante cotizó 50 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento, **la demandante no acreditó el requisito de los cinco años de convivencia con el causante anteriores al fallecimiento**, tal y como lo exigía el art. 74 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003.

Posterior a ello, el 24 de octubre de 2014 el Juzgado Promiscuo de Familia en Descongestión de Saravena-Arauca emitió sentencia en donde declaró la existencia de la unión marital de hecho entre la señora Emilse Correa y el señor Humberto Carrero, desde el 12 de octubre de 2004 hasta el 10 de octubre de 2011 (fls.23 a 34)

En virtud a lo anterior y en el transcurso del proceso en primera instancia, **Porvenir reconoció pensión de sobrevivientes a la demandante a partir del 31 de julio de 2018** en cuantía inicial de $781.242 bajo la modalidad de retiro programado y descontó lo relacionado al porcentaje en aportes en salud; además, reconoció un retroactivo pensional desde el 11 de octubre de 2011 al 30 de junio de 2018 por valor de $56.619.705 como puede observarse de las documentales de folios 66 y 81 a 85 del plenario.

Del anterior recuento observa la Sala que **en el momento en que la demandante elevó la solicitud de reconocimiento pensional, no acreditó ser beneficiaria para que le fuera reconocida y pagada la pensión de sobrevivientes,** como la misma demandante declaró ante Notario, documento que entregó a Porvenir en el año 2012, convivió con el causante tres años y no cinco años como la norma legal lo requería para ese momento y como además jurisprudencialmente se había indicado; Porvenir tenía toda la razón en el año 2012 para negar la pensión, no sólo la demandante lo había manifestado en la declaración ya citada, sino que además tres testigos habían declarado en el mismo sentido.

Si bien es cierto que en el año 2014 un Juzgado Promiscuo declaró la unión marital de hecho entre la demandante y el causante por más de 6 años, no menos cierto es que en el momento en que reclamó la demandante lo demostrado era otra situación, se reitera, que la convivencia entre la actora y el causante había sido tan sólo de tres años y si era la misma reclamante quien hacía esa manifestación y allegaba los documentos, es decir, la directamente interesada en el reconocimiento pensional, no podía Porvenir hacer otra cosa que darle crédito a las manifestaciones de la señora Emilse Correa y por tanto, negar la pensión de sobrevivientes.

Frente a este tema ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló que era posible eximir de la condena de los intereses de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, **cuando las Administradoras a efectos de negar la pensión, encuentren justificación en la norma o jurisprudencia vigente para el momento**; fue así como en sentencia SL3115 de julio de 2020 radicado 52444 dicha Corporación rememorando las sentencias SL552-2018, rad. 66940, en la que se recordó lo considerado en la SL16390-2015 Rad. 40868, señaló:

> *"En sentencia de 13 de junio de 2012, rad. N° 42783, la Corte trajo a colación la de 29 de mayo de 2003, rad. N° 18789, donde se asentó esa postura en los siguientes términos:*
>
> ***Cierto es que el concepto de buena o mala fe o las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional no pueden ser considerados para establecer la procedencia de los intereses de mora de que***

trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, *tal y como reiteradamente lo ha expuesto la jurisprudencia de esta Sala. En efecto, así dijo la Corte en sentencia de 23 de septiembre de 2002 (Radicación 18512).*

La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, *sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.*

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, ***no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta no estuvo guiada por el capricho o la arbitrariedad, sino por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia****. (Resaltado no es de su texto original).*

Criterio que, viene siendo reiterado, entre otras, en la SL5612-2019, rad.78587."

Entonces, como en este asunto la justificación de Porvenir para negar la pensión se basó en que la demandante no cumplía con los requisitos para ser acreedora de la prestación, pues se requerían cinco años de convivencia y ella misma había declarado haber convivido tres con el causante, **se encuentra suficiente justificación para eximir a la demandada del pago de intereses moratorios.**

Valga aclarar que aunque en reciente pronunciamiento el Máximo Órgano de Cierre de la Justicia Ordinaria señaló que a la compañera permanente del afiliado ya no le correspondía acreditar los años de convivencia con el causante (sentencia SL1730 del 3 de junio 2020 radicado77327), para la

época de la reclamación, año 2012, tal requisito sí se exigía y por eso Porvenir debía revisar su acreditación.

Por las anteriores razones deberán revocarse los numerales primero, cuarto y quinto de la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a Porvenir S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en esta instancia y las de primera estarán a cargo de la demandante.

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: REVOCAR los numerales primero y cuarto de la sentencia apelada, para en su lugar **ABSOLVER** a Porvenir S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: COSTAS de primera instancia a cargo de la demandante, 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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 26 2018 110 01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: MARIA DORA GOMEZ OLLERO

DEMANDADO: POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS

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

En Bogotá D.C., a los once (11) días del mes de diciembre 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 diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación de presentada por las demandadas.

ANTECEDENTES

La señora MARIA DORA GOMEZ OLLERO, actuando por intermedio de apoderado judicial demandó a la POSITIVA, COMPAÑÍA DE SEGUROS y a la señora MARTA LILIAN ALVAREZ CAÑON, con el fin que, previos los

trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, causada por el fallecimiento de su esposo, señor JOSE ANTONIO JULIO RODRIGUEZ (q.e.p.d.), de conformidad con el art. 13 de la Ley 797 de 2013, desde el día 6 de junio de 2016 y al pago de las costas y agencias en derecho. (fl.- 4)

H E C H O S

Como fundamento de las pretensiones afirman, en síntesis:

- Que se casó con el señor JOSE ANTONIO JULIO RODRIGUEZ (q.e.p.d.) el día 23 de diciembre de 1989.
- Que el señor JOSE ANTONIO JULIO RODRIGUEZ (q.e.p.d.), falleció el 6 de junio de 2016.
- Que de dicha unión se procrearon 3 hijos y durante toda la vida marital, compartieron lecho, techo y mesa.
- Que solicito el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante la demandada y le fue negada alegando que la señora MARTA LILIAN ALVAREZ CAÑON, alegó tener mejor derecho en cuanto a la prestación solicitada. (fl.- 3 – 4)

C O N T E S T A C I Ó N

Una vez notificada en legal forma, la demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. procedió a dar contestación, en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 5, 6 y 8 a 10, para los demás señaló que no o son o que no le constan. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción y buena fe. (fl.- 40 – 44)

Por su parte la señora MARTHA LILIANA ALVAREZ CAÑON, procedió a dar contestación, en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1, 2, 5 y 6, para los demás señaló que no o son o que no le

constan. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción y buena fe. (fl.- 59 - 67)

D E C I S I O N D E P R I M E R A I N S T A N C I A

Tramitada la primera instancia, la Juez Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el 3 de diciembre de 2019, en la que resolvió:

1. Condenar a la demandada positiva compañía de seguros s.a. a reconocer y pagar el 35% de la pensión de sobrevivientes a la demandante señora María Dora Gómez Ollero, y el 15% a la señora Martha Liliana Álvarez Cañón, en calidad de cónyuge y compañera permanente respectivamente, del señor José Antonio Julio Rodríguez, como sus legítimas beneficiarias en forma mensual y vitalicia de manera proporcional al tiempo de convivencia a partir del 6 de junio de 2016, fecha del fallecimiento del causante, con derecho al pago de la mesada adicional en proporción que acá se ordena, lo anterior respecto al 50% que se encuentra en discusión en el presente caso, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
2. Declarar no probadas las excepciones propuestas
3. Sin costas en esta instancia.

Argumentó la Juez de primer grado que:

> *Procede el despacho a dictar la sentencia que en derecho corresponde. Antecedentes. La señora María Dora Gómez Ollero, mediante apoderada judicial demando a positiva compañía de seguros y a la señora Martha Liliana Álvarez Cañón, para que previo los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que la demandante es beneficia de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecido de su esposo José Antonio Julio Rodríguez, que en consecuencia se ordene el reconocimiento y pago de manera retroactiva desde el 6 de junio de 2016, fecha de su fallecimiento, con el respectivo descuento al sistema de salud y las costas. Como fundamento de sus pretensiones relató los hechos que se encuentran en la demanda visibles a folios 3 a 4 del expediente, que en síntesis son los siguientes: que el 23 de noviembre de 1989 contrajo matrimonio con José Antonio Julio Rodríguez compartiendo durante toda su vida marital techo, lecho y mesa de manera continua, permanente e ininterrumpida,*

procreando 3 hijos actualmente mayores de edad, que el 6 de junio de 2016 falleció José Antonio Julio Rodríguez por un accidente laboral, que en virtud del fallecimiento y con el lleno de los requisitos legales solicitó el 19 de septiembre de 2017 pensión de sobrevivientes ante positiva compañía de seguros, quien era la aseguradora de riesgos laborales del causante, pero que la misma fue negada bajo el argumento que existe otra persona con mejor derecho de nombre Martha Liliana Álvarez Cañón en calidad de compañera permanente, que por lo anterior solicitó mediante reescrito de reconsideración el cual fue negado mediante oficio del 16 de enero de 2018. Admisión notificación de traslado. Mediante auto de fecha 23 de marzo de 2018, notificado por estado el 2 del mismo mes y año y adicionado el 11 de febrero de 2019, se admitió la demanda y se corrió traslado a las demandadas por el término legal. Positiva compañía de seguros fue notificada por aviso judicial el 17 de octubre de 2018 tal y como se verifica a folio 38 y estando dentro del término procedió a dar contestación al libelo, manifestando atenerse a lo que resulte probado, señalando que existe un conflicto de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes del causante y se opone a las pretensiones de las costas. Propuso en su defensa las excepciones que denominó prescripción, buena fe y la genérica o innominada. Martha Liliana Álvarez Cañón se notificó personalmente el 28 de febrero de 2019 como se observa a folio 54 del plenario y estando dentro del término contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, señalando que no le asiste el derecho invocado a la demandante en razón a que quien demostró y comprobó cumplir con los requisitos exigidos en la ley fue la compañera permanente, quienes conformaron una unión marital de hecho basada en la plena convivencia, apoyo, soporte mutuo y vida en común bajo un mismo techo, consolidando un hogar del que nació una hija actualmente de 11 años de edad. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe y la genérica. En audiencia de que trata el artículo 67, surtido el 1 de octubre de 2019, se adelantaron las etapas de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, se decretaron y practicaron pruebas. El día de hoy se continuo con dicha etapa, se cerró el debate probatorio, se escucharon las alegaciones de las partes. Así las cosas y comoquiera que no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado y se encuentran reunidos presupuestos procesales, se procede a dictar el correspondiente fallo, previas las siguientes consideraciones:

Quedó acreditado dentro del proceso que el señor José Antonio Julio Rodríguez falleció el 6 de junio de 2016 como se infiere del registro civil de defunción visible a folio 12, a causa de un accidente de origen profesional cuando se encontraba en su lugar de trabajo y sufrió un accidente en una mina de carbón en donde fungía como administrador en el municipio de Cucunubá, como se da cuenta en el expediente administrativo aportado por la demandada compañía de seguros positiva s.a., visible en el cd a folio 52. Razón por la cual la señora María Dora Gómez Ollero en calidad de cónyuge y Martha Liliana Álvarez Cañón en calidad de compañera supérstite, solicitan el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la entidad aseguradora, prestación que en principio le fue reconocida a esta última y a su menor hija Jeimy Tatiana Julio Álvarez, folio 86. Empero, posteriormente ante la solicitud presentada por la demandante en su calidad de cónyuge supérstite, la compañía de

seguros positiva negó la prestación mediante oficio del 27 de octubre de 2017, reiterado el 16 de enero de 2018, visibles a folios 16 a 18, por existir compañera que acreditó su condición de beneficiaria, advirtiendo que debían acudir ante la justicia ordinaria, con el fin de que sea esta quien determine el mejor derecho de la solicitante. Se acreditó igualmente que el 23 de diciembre de 1989 la demandante María Dora Gómez Ollero contrajo matrimonio con José Antonio Julio Rodríguez como se colige del registro civil del matrimonio visible a folio 14, unión del cual nacieron Juan Diego, William Ernesto y Martha Liseth Julio Gómez, como se aprecia a folios 21 a 23. Así mismo, mediante declaraciones extra proceso recibidas el 27 de junio de 2016, el 4 de octubre de 2016 y el 6 de febrero de 2017, rendidas ante la notaria 2 del circulo de Ubaté, la señora Martha Liliana Álvarez Cañón en compañía de testigos declaró haber vivido en unión marital de hecho durante mas de 8 años, compartiendo techo, lecho y mesa en forma singular, permanente e ininterrumpida con José Antonio Julio Rodríguez y que de dicha unión nació su hija Jeimy Tatiana Julio Álvarez, todos documentos visibles a folios 74 a 77 y 79 del plenario. Sentadas las anteriores precisiones, es procedente el estudio de las pretensiones de la actora, así:

De la pensión de sobrevivientes: sea lo primero precisar que artículo 11 de la ley 776 de 2012 establece: "Si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sobreviene la muerte de un afiliado o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y su reglamentario." Con arreglo al literal A del precepto en cita, son beneficiarios de la pensión reclamada de manera vitalicia, el cónyuge o compañera permanente supérstite mayor de 30 años de edad, que acredite haber hecho vida marital con el causante hasta su fallecimiento, por lo menos durante 5 años continuos anteriores a su muerte. En este orden de ideas, si bien la ley concede el beneficio tanto a la cónyuge como a la compañera permanente, para determinar quién tiene un mejor derecho, es necesario establecer en primer lugar la convivencia efectiva con el causante al momento de su fallecimiento, además de la vida marital, ello por lo menos durante 5 años continuos con anterioridad a su deceso. En los términos del artículo 7 del decreto 1889 de 1994, para efectos de los literales A de los artículos 47 y 74 de la ley 100 y 49 del decreto 1295 de 1994, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en primer lugar, el cónyuge y a falta de este el compañero permanente. Bajo este entendido, la cónyuge supérstite tiene una prioridad sobre la compañera permanente, no obstante, ha de tomar en consideración la real convivencia de la pareja, basada en la existencia de lazos afectivos y del animo de brindarse apoyo y colaboración, pues en el derecho a la sustitución pensional, la ley concede especial relevancia a la convivencia responsable y afectiva al momento del deceso, así lo explicaba la corte suprema de justicia, entre otras en la sentencia 11245 del 2 de marzo de 1999, en la cual se expresó lo siguiente: "a partir de la constitución política de 1991 se dio un giro fundamental en lo que respecta al concepto de familia, de modo que no solo la constituye un primer vínculo matrimonial, sino también cuando después de haber cesado definitivamente la cohabitación de este, se desarrolla durante varios años otra afectiva comunidad de vida, legal o de hecho, cimentada

sobre una real convivencia de la pareja, basada en la existencia de lazos afectivos y el animo de brindarse apoyo y colaboración, factores determinantes a efectos de construir el nuevo núcleo familiar, de suerte que cuando una pareja se une aun por vínculos naturales, fruto de una voluntad responsable y de la decisión libre de un hombre y una mujer de realizar una convivencia estable para constituirse en familia, también tiene la protección constitucional. Y es precisamente dentro de este esquema que el nuevo sistema de seguridad social introducido por la ley 100 consagró para la compañera permanente la condición de beneficiaria, cuando habiéndose extinguido la convivencia del pensionado con su cónyuge, aquella reuniese cabalmente las nuevas condiciones para acceder a la pensión de sobrevivientes y estableció concretamente que la efectiva vida en pareja durante los años anteriores al deceso del pensionado, la que viene a legitimar la sustitución pensional por encima de cualquiera otra consideración." Pues bien, como se reseñó en precedencia, la demandante María Dora Gómez Ollero acreditó que contrajo matrimonio con el causante el 23 de diciembre de 1989, y respecto de la convivencia de la pareja, al absolver interrogatorio de parte, manifestó haberse casado en el año 89 con el causante, que tienen 3 hijos de 29, 27 y 24 años de edad, que vivían desde hace 27 años aproximadamente, vivieron en Suta desde el 93, en Tierra Negra, en Tausa y en Ubaté; que la convivencia inició en ese año y perduró hasta el año 2016, se enteró del fallecimiento porque el se fue a trabajar y luego llamaron al hijo y le informaron del accidente, el falleció el 6 de junio de 2016; hizo la solicitud de pensión como a los 3 meses del fallecimiento, conocía de la relación que tenía el causante con la señora Martha Liliana Álvarez como a los dos años que el se fue a trabajar al pacho, que le contó que tenía alguien por ahí, pero no sabía de la convivencia; entre semana el iba a trabajar y se quedaba en la mina, pero iba y volvía todo el tiempo; que el último domicilio juntos fue en Ubaté; que los gastos del hogar los cubría el causante; que el estaba afiliado a famisanar pero ella se tuvo que retirar como en junio de 2015. Asimismo, se recibió el testimonio de Diana Katherine Almanza Paez, quien manifestó conocer a la señora María Dora y al causante desde el año 2013 porque llegó a vivir al mismo lugar que ellos, casi que siempre que estaba en la casa veía al causante, todos los días en la tarde o lo escuchaba, que el trabajaba en la mina, sabe que tuvieron 3, convivían juntos, conocía su lugar de habitación, compartió tiempo, no sabe que se hayan separado, los servicios los pagaba entre la señora Dora y la testigo, indica que el siempre volvía de su trabajo al lugar de residencia de lunes a domingo y allí vivían con sus dos hijos, no sabía de la existencia de la señora Martha Liliana. Hugo Orlando Amado manifestó conocer al demandante hace 28 o 30 años y al causante porque era su compadre, como desde el año 90, le dijeron que murió en la mina, para esa época vivía en Ubate y se lo encontraba por ahí dos o tres veces a la semana, él vivía en la casa con la demandante, ahí lo veía cuando iba a la casa en Ubate, que antes vivió en tierra negra, tuvieron 3 hijos, conoció la casa donde vivía la pareja en Ubate, supo de la existencia de la señora Martha Liliana cuando traía la niña, como en el año 2014 y 2015, sabe que con la demandante convivieron como desde hace unos 26 años. Yudy Katerine Sánchez indicó haber conocido al causante quien era su padrino y que convivía con la señora María Dora en

Ubate como desde el año 2010, lo veía mas que todo los fines de semana porque el trabajaba en una mina, nunca se separaron, siempre convivieron juntos, tuvieron 3 hijos, supo que tuvo otra hija pero no la conoció, que la demandante es ama de casa, sabe que el causante murió por un accidente en la mina, que le avisó María Dora de ese fallecimiento, no siempre que iba a la casa los veía juntos. Gustavo Sánchez manifestó ser cuñado de la demandante y conocer al causante, quienes convivieron como 25 años, que el falleció en una mina de carbón, sabe que vivía en Ubate, se veía con el causante por ahí cada mes, tuvieron 3 hijos, no sabe que hayan tenido otros hijos, que la pareja vivió en tierra negra y luego en Ubate, no sabe que haya vivido en otra parte, se los encontraba cuando el bajaba al pueblo en Ubate, iba de vez en cuando a la casa de ellos, el llegaba en horas de la tarde así que no lo veía, tenían 3 hijos, la demandante dependía de él, los veía cuando se encontraban por ahí en el pueblo, a veces le tocaba quedarse en la mina, no sabía de la existencia de Martha Liliana y fue la demandante y los hijos quienes le informaron del fallecimiento del señor José Antonio.

Respecto de la convivencia entre el causante y la señora Martha Liliana Álvarez Cañón, al rendir su interrogatorio de parte, esta manifestó haber conocido al causante a mediados del año 2005 en el municipio de Pacho, trabajando en una empresa de minería, que el le manifestó que ya no convivía con la señora María Dora, que había estado casado y tenía 3 hijos, que convivieron casi 6 años en el municipio de Pacho, 3 en Zipaquirá y el resto en Ubate, en el municipio de Cucunubá por casi 3 años, vivían en los casinos de la mina donde trabajaban, dependía económicamente de él, que el falleció en un accidente en una mina el 6 de junio de 2016, que los gastos de entierro y sepelio los sufrago la empresa y positiva compañía de seguros, que en la eps el causante solo tenía afilada a la niña, que convivieron desde el año 2007 al 2016, nunca se separaron, que el era el que cubría los gastos de la casa y de la niña que procrearon, que el salario de ella se lo enviaba a su mamá a Pacho, que luego del fallecimiento solicitó la pensión a positiva como a los dos meses y medio, en la convivencia no supo que tuviera contacto con su anterior esposa, de vez en cuando iba a visitar a los hijos pero no supo que tuviera contacto con ella ni convivencia, que para la fecha de fallecimiento del causante vivían entre semana en la mina, de lunes a sábado en el casino de la mina en proidercoa, y que era la empresa para la que laboraban y los sábados y domingos pagaban un apartamento en el sector de tres esquinas donde actualmente vive la declarante. Se allegaron al proceso declaraciones extra juicio ante la notaria segunda de Ubate de los señores Julio Cesar Valeriano Cárdenas, Concejo Vargas Pinzón, Jairo Castiblanco, José Alfredo Rodríguez Maldonado y Adelina Maldonado, estos dos últimos quienes manifestaron ser hermano y madre respectivamente del causante y quienes dieron fe de la convivencia en vida de este con la señora Martha Liliana Álvarez Cañón, como se aprecia a folios 74, 77 y 79. Adicional a lo anterior, la compañía de seguros positiva allegó el estudio de dependencia económica de la señora Martha Liliana Álvarez en donde fueron aportadas dichas declaraciones, adicional la inspección realizada al lugar de habitación de la pareja y los documentos de la empresa en la que trabajaban, que también dan fe que se trataba de una unión marital, del cd folio 52. Cumple precisar que

respecto a las declaraciones extraprocesales, las mismas tienen total valor probatorio pese a no haber sido ratificadas en juicio como lo ha considerado la corte suprema de justicia, entre otras en la sentencia 51985 en la que trajo a colación lo manifestado en la sentencia 1227 de 2015, en la que igualmente recordó el criterio de la sentencia 42536 de 2013, en la cual se expuso lo siguiente: "frente al punto anterior es pertinente destacar que ninguna razón le asiste al recurrente respecto de la violación de las normas procesales que dice incurrió el tribunal, como infracción medio de las disposiciones sustanciales en tanto que las declaraciones extrajudiciales rendidas ante notario y que obran a folios 18 a 20 del expediente, no requerían de su ratificación para ser valoradas, en la medida en la que la parte contra la cual se adujeron no lo requirió. Sobre el tema que antecede, esto es, la no necesidad de ratificación de los testimonios extrajudiciales rendidos ante notario, salvo que la parte contraria lo requiera, la incorporación en la sentencia del 6 de marzo de 2013, radicado 42536, al reiterar otras en el mismo sentido, expuso: sobre este particular y tal y como lo pone de presente el censor, esta sala de la corte en sentencia con radicación 43422 del 6 de marzo de 2012, en la cual cita la del 27593 del 2 de marzo de 2007, adoctrinó sobre este tópico lo siguiente: a juicio de la sala, el razonamiento efectuado en la sentencia del 2 de marzo de 2007, radiación 27593, según el cual las declaraciones extra juicio recibidas para fines no judiciales pueden tomarse como documentos declarativos provenientes de terceros para cuya valoración según el artículo 277 no necesitan ratificación, salvo que la parte contraria lo solicite. Esta corte con la especial situación que se presenta en esta clase de procesos porque equipara el documento simplemente declarativo emanado de un tercero que no es elaborado ni suscrito ante un notario con la declaración que ese mismo tercero realiza ante este funcionario público, que cuenta con el atributo de ser depositario de la fe pública, es perfectamente válido, en la medida en que por lo menos igual poder de convicción tienen estos dos medios de prueba y no guardaría ninguna lógica eximir de ratificación al primero, al paso que el segundo se exija el adelantamiento de tal formalidad dentro del proceso. Siendo que además las declaraciones extra juicio fueron rendidas bajo la gravedad de juramento.

De lo que viene dicho se concluye que no cometió el ad quo en la distorsión jurídica que se le imputa, puesto que en los términos del artículo 27 de la ley 794 de 2003, que modificó el artículo 277 del código de procedimiento civil, los documentos privados de contenido declarativo se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite declaración, que se acompasa con la política legislativa que en materia probatoria se viene adoptando en perspectiva de menguar el exceso de rigor formal que de antaño cambiaba los códigos del procedimiento, no es sino leer el contenido del artículo 10 de la ley 446 de 1998, en esa misma dirección y con idéntica teología con la diferencia de que esta norma se explicito que tales documentos eran emanados de terceros. Tan claro tuvo la empresa accionada que se trataban de documentos emanados de terceros, que en la contestación de la demanda pidió que los documentos presentados por del demandante en su demanda, emanados de terceros, no se les conceda ningún valor probatorio sin que sean reconocidos por sus autores con las formalidades

de un testimonio, de suerte que, proponer en sede de casación primer cargo un planteamiento diametralmente opuesto al que hizo el ad que, al que hizo en las albores del proceso, no es admisible en la medida en que compromete derechos de rango constitucional como el debido proceso y el de defensa. Ahora bien, en cuanto a la ausencia de ratificación a que alude la censura en el tercer cargo que pudiera asumirse como el que la empresa expresa petición de la demandada hacía indispensable la ratificación de lo manifestado por los declarantes ante notario, cabe decir que ante la falta de pronunciamiento por parte del juez, instructor sobre hecho y el decreto de los testimonios, la parte interesada no solicitó adición del auto que abría a pruebas el proceso, ni interpuso recurso alguno, además guardó silencio durante todo el trámite, actitud que le acarrea el mismo efecto de no haber elevado la solicitud, dado que no puede ser otra la consecuencia del incumplimiento de una carga procesal como la que impone el artículo 277 del código de procedimiento civil a la parte que pidió la prueba."

Así las cosas y de las pruebas reseñadas en precedencia y analizadas en conjunto, se logra establecer la convivencia de la compañera permanente supérstite con el señor José Antonio Julio Rodríguez al haber demostrado haber convivido con este al menos durante 9 años anteriores a su fallecimiento, situación que la legitima para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada. Por su parte la señora María Dora Gómez Ollero pese a haber demostrado su vinculo conyugal desde el 89, no logró demostrar la convivencia efectiva con el causante hasta el momento de su deceso, pues del análisis de las declaraciones recaudadas en el proceso tan solo se logró establecer que existió un vínculo conyugal, empero ninguno de los testigos fue contundente al establecer la convivencia, que esta se haya prolongado hasta los últimos días del de cuius, generando duda razonable para el despacho el testimonio de Diana Karetine Almanza Páez en este aspecto, quien manifestó haber vivido en el mismo lugar de la pareja y constarle que el señor José Antonio vivió en el mismo lugar hasta su fallecimiento, por cuanto los veía todos los días cuando llegaba de su trabajo, siendo que la misma demandante afirmó que por su trabajo debía quedarse en la mina durante las semanas. Cabe precisar que aun cuando la señora María Dora Gómez no demostró la convivencia efectiva hasta el último día del causante como quedó arriba visto, al haber sido demostrada su calidad de cónyuge le asiste el derecho reclamado en forma proporcional a su convivencia en los términos del inciso 3 literal b del artículo 13 de la ley 797 de 2003. Por lo anteriormente expuesto se condenará a la demandada compañía de seguros positiva a reconocer y pagar el 35% de la pensión de sobrevivientes a la demandante María Dora Gómez Ollero y el 15% a la señora Martha Liliana Álvarez Cañón en calidad de cónyuge y compañera supérstite respectivamente del señor José Antonio Julio Rodríguez como sus legitimas beneficiarias en forma mensual y de manera vitalicia, y de manera proporcional al tiempo de convivencia a partir del 6 de junio de 2016, fecha de fallecimiento del causante y teniendo en cuenta que como los aportes siempre lo fueron en cuantía igual al salario mínimo legal mensual vigente, como se observa en el expediente administrativo aportado en el cd de folio 52, en consecuencia se deberá repartir en proporción el 50% de la pensión a favor de la demandante y la demandada en la proporción antes indicada,

esto es, para la cónyuge el 35% y para la compañera el 15% restante. Debe anotar el despacho que en la actualidad la demandada viene reconociendo el 50% de la prestación a la menor hija del causante Jeimy Tatiana Julio Álvarez, lo cual deberá continuar haciendo mientras acredite el derecho y una vez cumpla la mayoría de edad o no acreditar estar estudiando hasta los 25 años de edad, se procederá a acrecentar, igualmente de manera proporcional la pensión acá reconocida.
De las excepciones, dadas las resultas del proceso se declararán no probadas las excepciones propuestas. En cuanto a la excepción de prescripción, teniendo en cuenta la fecha de fallecimiento del causante así como las reclamaciones elevadas por las partes, el despacho la declarará no probada. En cuanto a las costas, el despacho no impondrá costas en esta instancia, teniendo en cuenta que positiva no se opuso a las pretensiones, teniendo en cuenta que era la justicia quien debe determinar el valor proporcional de cada una de las pensiones a favor de cada una de las partes.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la señora Martha Liliana Alvarez, señaló:

"Si señora. Interpongo en la medida en que ella ha demostrado la convivencia con el señor y pues no es justo que digamos si ella pues que lo acompaño hasta el momento de su muerte, pues reciba el 15%, yo creería que sería como más equitativo que fuera en partes iguales."

Por su parte el apoderado de la demandada POSITIVA, señaló:

"Su señoría, interpongo recurso de apelación en los siguientes términos: respecto a la primera condena a positiva a reconocer de forma proporcional la pensión de sobrevivientes, el 35% a la cónyuge y el 15% a la compañera permanente, en razón a que así como la ley lo ha establecido, en caso de convivencia simultánea en los últimos 5 años antes del fallecimiento del causante dentro de un cónyuge y una compañera permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobrevivientes será la esposa o el esposo, sin embargo como se dejó demostrado en el presente proceso, la convivencia que se demostró de los últimos 9 años fue con la compañera permanente, la señora Martha Liliana, en esos términos dejo sentado el recurso de apelación. Muchas gracias".

C O N S I D E R A C I O N E S

Procede esta Colegiatura al estudio de los puntos de reproche esgrimidos por las partes en sus recursos de apelación, esto es, i) si en el presente caso es dable ordenar el reconocimiento de manera

proporcional a las reclamantes y ii) el porcentaje que les corresponde a cada una.

Ahora bien, de la revisión del expedienten se encuentra que el causante, señor JOSE ANTONIO JULIO RODRIGUEZ, (q.e.p.d.), falleció el pasado 6 de junio de 2016, tal y como consta en el registro civil de defunción visible a folio 12 del expediente.

Igualmente se encuentra que la demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, le reconoció mediante oficio de salida No, 26309 del 2 de marzo de 2017, a la señora MARTHA LILIANA ALVAREZ CAÑON, en calidad de compañera permanente y en favor de los menores YEIMI TATIANA JULIO ALVAREZ y MARTHA LIZETH JULIO GOMEZ, en calidad de hijos del fallecido y por esta razón le fue negada la pensión a la pensión a la señora MARÍA DORA GOMEZ OLLERO en calidad de esposa del fallecido. (fl.- 384 cd, expediente administrativo)

Así mismo es importante resaltar que los apelantes en sus respectivos recursos, no objetaron la valoración probatoria efectuada por la Juez *a quo,* únicamente objetan lo relacionado con la proporción.

Así las cosas, señala en su recurso, el apoderado de la señora MARTHA LILIANA ALVAREZ CAÑON, que la pensión se debería reconocer en partes iguales a ambas reclamantes, ya que la juez consideró que le correspondía el 15% y a la señora MARIA DORA GOMEZ el 35% restante.

Al respecto, se encuentra que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, preceptúa en lo concerniente al derecho a la pensión de sobrevivientes del cónyuge y/o compañeros (as) permanentes, lo siguiente:

> *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;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste (sic). La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a). Si respecto de 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 (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente." *(Subrayado de la Sala)*

De conformidad con lo anterior, es claro que no se equivocó la Juez de Primer Grado, cuando ordenó el pago de la pensión a cada una de las reclamantes, de manera proporcional al tiempo convivido con el causante, ya que así lo prescribe la norma y en el presente caso se

demostró que la actora, en calidad de esposa convivió con el fallecido, más de 25 años y la compañera permanente, por un lapso de 9 años, por lo que claramente no les puede corresponder una cuantía diferente.

A la misma conclusión, se llega con el recurso interpuesto por la demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, ya que obviando el hecho que, al parecer, está apelando en favor de una de las reclamantes, lo cierto es que contrario a lo consignado en su recurso, en el presente caso, no se evidenció una convivencia simultánea, contrario a ello se encontró que la compañera permanente, fue la persona que vivió con el causante los los últimos 9 años, no obstante y como se mantuvo vigente el vínculo matrimonial con la esposa, les corresponde la pensión de manera proporcional al tiempo convivido.

Por todo lo anterior, se confirmará la sentencia objeto de estudio.

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 Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en alzada-

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del C.P.L. y de la S.S.

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. 26 2018 613 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: PABLO EMILIO GONGORA TAFUR
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 once (11) días del mes de diciembre 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 07 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Veintiséis laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por el apoderado de la parte demandada y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor PABLO EMILIO GONGORA TAFUR, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de la afiliación en pensión realizada al RAIS, a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., realizada en el mes de febrero de 1999, por el incumplimiento de los deberes legales de información, los cuales generaron un error de hecho que vició su consentimiento; que como consecuencia de lo anterior, se condene a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual; que se condene a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral del actor; que se condene a las demandadas sobre los demás derechos extra y ultra petita y las costas y agencias en derecho. (fl.-4-5)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

- Que nació el 27 de junio de 1957 e inició cotizaciones al ISS, el 18 de septiembre de 1980.
- Que en febrero de 1999, se afilió a la FP PROTECCIÓN, fecha para la cual contaba con 834 semanas cotizadas al ISS.
- Que cambió de AFP el 30 de junio de 2010, a PORVENIR S.A.
- Que las AFP demandadas no le informaron al momento de la afiliación, las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, la naturaleza propia del régimen de capitalización, las desventajas, los distintos escenarios comparativos de pensión en uno y otro régimen pensional.
- Que las AFP, no conocían el número de semanas que tenía cotizadas, ni el promedio salarial. (fl.- 5 - 10)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1, 3, 4, 19 y 22, para los demás señaló

que no lo son o que no le constan; propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, y buena fe. (fl. 136 - 140).

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los hechos contenidos en los numerales 1, 3, 10, 11, 17 y 20, para los demás manifestó no constarle o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido d4e los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión, de administración cuando se declara la nulidad. (fl. 168 - 187).

Finalmente, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los hechos contenidos en los numerales 1, 18 y 21, para los demás manifestó no constarle o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento y debida asesoría del fondo. (fl. 212 - 220).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en providencia del 7 de febrero de 2020, resolvió:

1. *Declarar ineficaz el traslado efectuado por el demandante Pablo Emilio Góngora Tafur al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de febrero de 1999, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
2. *Condenar a la administradora de pensiones del régimen de ahorro individual porvenir a transferir a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante Pablo Emilio Góngora Tafur, incluyendo rendimientos financieros y sin que ello de lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
3. *Condenar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el trabajador, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

4. *Costas en esta instancia a cargo de las demandadas porvenir y protección a razón de un 50% para cada una de ellas, fijándose como agencias en derecho la suma de $600.000.*

Como fundamento de esta decisión, señaló:

"El señor Pablo Emilio Góngora Tafur por intermedio de apoderado judicial presento demanda laboral ordinaria contra Colpensiones, porvenir y protección solicitando en forma principal se declare la nulidad del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual acaecido en febrero de 1999; que en virtud de lo anterior se transfieran los aportes a Colpensiones y que Colpensiones los tenga para todos efectos legales como afiliado a dicha entidad y se incluya o se actualice su historia laboral; en forma subsidiaria en caso de que no se decrete la nulidad, solicita se declare la ineficacia de la afiliación con las mismas consecuencias, esto es, que se remitan los aportes a Colpensiones. Como fundamento y pretensiones relata los hechos que se encuentran en la demanda que en resumen son los siguientes: que nació el 27 de junio de 1957, que cotizó a distintas entidades ante el seguro social y a los fondos privados de pensiones, que en febrero de 1999 se trasladó del fondo del instituto de los seguros sociales hacia a protección, sin que dicha entidad le haya brindado información respecto de las implicaciones de su traslado de régimen pensional, así mismo indica que con posterioridad a ser trasladado a porvenir, sin que tampoco igualmente le hayan brindado información respecto a las ventajas, desventajas o naturaleza propia del régimen de ahorro individual sin que le hayan sugerido que era más beneficioso en su caso, teniendo en cuenta el número de semanas cotizadas, que se quedara en el instituto de los seguros sociales. La anterior demanda fue admitida por este estrado judicial y notificada a las demandadas, quienes dentro del término oportuno contestaron la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, manifestando en resumen que la afiliación del demandante cumple con todos los requisitos de ley, toda vez que no se encuentra acreditado ningún vicio en el consentimiento y se hizo bajo la normatividad legal vigente al momento del traslado. Así mismo, manifiestan las demandadas en escritos separados que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal establecida en la ley 100, razón por la cual ya no es procedente su traslado, razón por la cual solicita se absuelvan de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Una vez se tuvo por contestada la demanda, se citó a las partes a la audiencia que trata el artículo 77, la cual se llevó a cabo el día 29 de enero de 2020 y el día de hoy se procederá a dictar el

correspondiente fallo, previas las siguientes consideraciones, al no encontrar causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

Es así que el problema jurídico principal se centra en establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual acaecido en febrero de 1999. Sobre este punto de tiempo atrás se venia sosteniendo que en este tipo de procesos en los que se pretendía la declaratoria de nulidad del traslado esta debía ser estudiada bajo la óptica de los artículos 1741, 1743 y 1750 del código civil, concluyendo que el acto jurídico del traslado respecto al cual se alega nulidad, adquiere firmeza cuando trascurren 4 años desde su realización por tratarse de una nulidad relativa al fundamentarse en un vicio del consentimiento. No obstante lo anterior, la sala de casación laboral mediante sentencia 12136 del 3 de septiembre de 2014, radicado 4692 y con ponencia de la doctora Elcy del Pilar Cuello Calderón, y en virtud de lo previsto en los artículos 13 literal B y 271 de la ley 100, concluyó que en este tipo de casos lo que debe analizarse es si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz. Es así que en la sentencia en cita señaló la corte que para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria, se debe verificar si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, a su vez los beneficios que obtendría, es decir se debe acreditar que la correspondiente entidad garantizó una decisión debidamente informada que permita una manifestación de voluntad autónoma y consciente, situación que explicó en los siguientes términos: "a juicio de esta sala, no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica. De allí que desde el inicio haya correspondido a las administradoras de fondos de pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito". Así mismo en la sentencia 68852 del 3 de abril de 2019, la corte ha reiterado que el deber de información ha existido desde la entrada en vigencia de la ley 100 y que por tanto debe analizarse el momento histórico de la afiliación con el fin de establecer si la entidad o fondo de pensiones cumplió con su deber legal. Sobre este punto la corte señaló: "según se pudo advertir del anterior recuento las afp desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo el grado de intensidad de esta exigencia cambio para acumular más obligaciones, pasando de un

nivel de información necesaria al de asesoría y buen consejo y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante pues implica la necesidad por parte de los jueces de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido". En el caso bajo estudio como quiera que la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual data de febrero de 1999, era deber del fondo de pensiones ilustrar al demandante respecto de las características propias del régimen de ahorro individual, así como las condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. Es decir, no solamente basta con indicarle algunas de las características del régimen de ahorro individual sino explicarle cada una de ellas como con sus consecuencias jurídicas y compararlas con las características propias del régimen de prima media, con el fin de que el demandante y todos los afiliados puedan tomar una decisión debidamente informada. En el caso bajo estudio tenemos que de acuerdo con la prueba documental efectivamente en febrero de 1999 el demandante se trasladó del antiguo instituto de los seguros sociales a colmena, hoy protección. En dicho momento, relata el demandante, que se dio una reunión grupal de aproximadamente 20 minutos en los cuales simplemente les informaron que el instituto de los seguros sociales se iba a terminar y que era mejor para ellos afiliarse al régimen de ahorro individual entre ellos pues al fondo de pensiones colmena que fue el que realizó la correspondiente reunión. También relata el demandante que en dicho momento pues le indicaron algunas de las características del régimen de ahorro individual pero sin hacer una aclaración de las mismas, es decir pues no se le indicó como podría obtener una mesada pensional en el régimen de ahorro individual ni que era necesario tener un capital mínimo para acceder a la pensión, ni tampoco se le informó las modalidades pensionales existentes en cada uno de los regímenes pensionales, no se le explicó respeto al ahorro voluntario, lo anterior teniendo en cuenta que fue una reunión general en la cual no se especificaron muchos temas. Aquí la parte demandada le indago al demandante si realizó preguntas respecto a las características propias del régimen de ahorro individual y pues el demandante manifiesta que no realizó preguntas, toda vez que la información no surgió ningún tipo de duda, toda vez que el fondo de pensiones fue muy convincente en el sentido de que era mejor afiliarse al régimen de ahorro individual toda vez que tendría mas seguridad al obtener su mesada pensional. Así las cosas de las pruebas documentales y del interrogatorio del demandante no se puede desprender que efectivamente que el fondo de pensiones colmena, al cual se afilió en un inicio el trabajador, le haya brindado al demandante toda la información respecto a las características, condiciones y demás

condiciones necesarias del régimen de ahorro individual ni tampoco las características del régimen de prima media, con el fin de que el demandante pudiera realizar una comparación respecto al cual de los dos regímenes le beneficiaba, es más al demandante ni siquiera le manifestaron que por su número de semanas, cual de los dos regímenes podía ser mas beneficioso ni ninguna otra circunstancia que le llevara a conocer en mejor sentido el régimen de ahorro individual. Así las cosas considera este despacho que si bien es cierto aparece formulario de afiliación, del mismo no se desprende que el consentimiento del actor haya estado debidamente informado tal y como lo ha sostenido la corte suprema de justicia entre otras en la sentencia 31989 en la cual explico lo siguiente: "bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta del deber de información en que incurrió la administradora en un asunto neurálgico como era el cambio de régimen de pensiones, en estas condiciones el engaño no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue. De esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada. No desdice la anterior conclusión lo asentado en la solicitud de vinculación a la administradora de pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ya traje." Circunstancia que acontece en el caso bajo estudio, toda vez que no se acreditó que al demandante le hayan brindado la información necesaria para que este tomara la mejor decisión respecto a su régimen pensional, lo anterior teniendo en cuenta las características propias de cada uno de los regímenes pensionales y las características propias del caso en particular. Circunstancias estas que como ya se dijo no fueron acreditadas por las demandadas. Ahora bien, debe anotar el despacho que si bien es cierto el demandante se afilió en un principio a colmena y con posterioridad se traslado a ing y por ultimo a porvenir, dicha circunstancia no desdice que el demandante haya tenido información respecto al régimen de ahorro individual, por el contrario, lo que se puede desprender es que ninguno de estos fondos le brindó la información necesaria, clara y oportuna para que el demandante tuviera conocimiento respecto a las características y condiciones del régimen de ahorro individual y pueda establecer si este era el mejor régimen que le favorecía para su derecho pensional. En consecuencia, por lo anteriormente expuesto el despacho declarará ineficaz el traslado efectuado por el demandante del régimen

de prima media al régimen de ahorro individual, ordenando a porvenir para que traslade todos aportes realizados por el trabajador a Colpensiones y que Colpensiones los tenga para todos los efetos legales. En dicho traslado deberá igualmente incluir rendimientos sin que haya lugar por concepto de administración. Costas en esta instancia a cargo de las demandadas porvenir y protección, y en cuanto a las excepciones el despacho las declarará no probadas, teniendo en cuenta que no, en cuanto a la prescripción que al tratarse de un derecho pensional el mismo no prescribe.

Inconforme con la decisión, la apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, en los siguientes términos:

"Su señoría, me permito interponer recurso de apelación en los siguientes términos. Me permito interponer recurso de apelación en relación a las condenas interpuestas a mi representada PORVENIR, en razón a lo siguiente. Primero quisiera manifestar que porvenir no fue la primera administradora de fondos de pensiones, la cual generó el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, en inicio. Adicional a eso, es importante que tener en cuenta el deber de informarse adecuadamente, el cual se encuentra establecido en la ley 1328 de 2009 artículo 6 literal B, la práctica de protección propia por parte de los consumidores, así como también se establecía en el decreto 2555 de 2010 artículo 2.6.10.1.4 el deber de informarse adecuadamente, el cual establece lo siguiente: informarse sobre los productos o servicios que piensa adquirir o emplear, indagando sobre las condiciones generales de la operación, es decir, los derechos y obligaciones, costos, exclusiones y restricciones aplicables al producto o servicio exigiendo las explicaciones verbales o escritas necesarias precisas y suficientes que le posibilitan la toma de decisiones informadas. Así mismo, en el decreto 2555 de 2010 se establece los deberes de los consumidores donde también se incluye el deber de informarse adecuadamente previo a tomar una decisión. También es importante resaltar que para porvenir es improcedente la solicitud de la nulidad del traslado, especialmente en lo relativo al traslado entre fondos privados como lo fue el último fondo porvenir, en relación a que al momento del surgimiento del acto jurídico de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones que represento, se están dando todos los requisitos de ley para la validez de la selección de régimen realizada por el demandante. En efecto la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la ley es decir el de prima media como el de prestación definida es libre y voluntario por parte del afiliado, quien manifiesta por escrito su elección al momento de la vinculación del traslado, hecho que se realiza con la suscripción de la solicitud de afiliación al respectivo fondo, como es el formulario de afiliación. En esos términos dejo sentado mi recurso de apelación."

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos por la demandada en su

recurso, procede la Sala al estudio de la ineficacia del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor PABLO EMILIO GONGORA TAFUR, 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., y el posterior, cambio de realizado a PORVENIR S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta y se ordene la devolución de la totalidad de los dineros que el actor tiene en su cuenta.

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 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 la juzgadora de instancia, y contrario a lo señalado por la demandada PORVENIR SA. en su recurso y en sus alegatos de conclusión **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 prohijar 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 la 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 proferida por la Juez de conocimiento, al igual que lo relacionado con la condena en costas, como quiera que las demandadas, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y resultaron vencidas en la presente proceso.

Ahora bien, realizado un nuevo estudio del presente tema, al igual que los restantes Magistrados, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, 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, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que con la presente decisión, se recoge cualquier otra en contrario.

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: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, 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, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO EJECUTIVO No. 36-2018-130-02

ASUNTO: APELACION DE AUTO

DEMANDANTE: SEGUNDO JOSE GUERRERO

DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los 11 días del mes de diciembre de 2020, la Magistrada Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, previa deliberación y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, procede a dictar el siguiente:

AUTO

ANTECEDENTES

La **ejecutada propuso las excepciones** de prescripción, la innominada o genérica, buena fe, inembargabilidad y no procedencia del pago de costas en contra de mandamiento ejecutivo (fl.26)

En audiencia de fecha 30 de enero de 2020 **la juez de primera instancia** rechazó de plano dichas excepciones, ordenó continuar adelante con la ejecución y que las partes presentaran la liquidación del crédito y condenó en costas a la ejecutada. (fl.44)

Como argumento de la decisión señaló que teniendo en cuenta que el mandamiento de pago se había librado a continuación de un proceso ordinario, las excepciones innominada o genérica, buena fe, inembargabilidad y no procedencia del pago de costas en contra de mandamiento ejecutivo no resultaban procedentes.

En cuanto a la excepción de prescripción, indicó que no habían trascurrido tres meses después del auto que había ordenado obedecer y cumplir la orden del Superior y la solicitud de ejecución.

APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la ejecutada interpuso recurso de apelación, argumentando en síntesis que la ejecutada había expedido la Resolución SUB223272 del 13 de octubre de 2017 en donde se había dado cumplimiento total al fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, esto es al pago del incremento pensional del 14%; agregó que como dentro de dicho fallo no se había ordenado el pago de 14 mesadas, Colpensiones había pagado tal prestación con 12 mesadas al año y que si bien en el escrito de excepciones el entonces apoderado de Colpensiones no había propuesto la excepción de pago, el Despacho debió haberla estudiado y declarado de oficio.

CONSIDERACIONES

Lo primero que dirá la Sala es que el auto recurrido es apelable conforme lo dispone el numeral 9° del art. 65 del C.P.T. y de la S.S.

Ahora bien, en congruencia con el recurso de apelación interpuesto solicita la ejecutada se revoque la decisión y en su lugar se declare probada de oficio la excepción de pago.

Para resolver lo anterior se tiene que mediante sentencia proferida el 2 de noviembre de 2016, el Tribunal Superior de Bogotá –Sala Laboral- emitió la siguiente decisión:

> "**PRIMERO: REVOCAR** la decisión apelada para en su lugar condenar al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por compañero a cargo, a partir del 10 de julio de 2011, en adelante, en cuantía del 14% y hasta cuando subsistan las causas que le dieron origen…"

Al revisar las pruebas aportadas, observa la Sala que a folios 20 a 21 vuelto Colpensiones emitió resolución SUB 87748 del y de junio de 2017 en donde indica dar cumplimiento al fallo proferido por el Tribunal Superior y paga los incrementos pensionales a partir del año 2011 y señala que la mesada para el año 2017 ascenderá a $737.717

En virtud a ello el Juzgado de conocimiento libró mandamiento de pago el día 9 de julio de 2018 y en esa providencia la jueza quo señaló que aunque debido a que el Tribunal no había dispuesto expresamente la exclusión de las mesadas adicionales, dichas mesadas también debían cancelarse.

Así las cosas y teniendo en cuenta el mismo dicho de la ejecutada en la apelación, además de los señalado en el acto administrativo de folio 20 del plenario, encuentra la Sala que la Administradora Colombiana de Pensiones no dio total cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal en sentencia de noviembre de 2016, pues si bien es cierto canceló al señor Segundo José Guerrero los incrementos pensionales por persona a cargo y a partir de la fecha dispuesta por el Tribunal, no menos cierto es que en ese pago se omitió cancelar las mesadas adicionales.

Mesadas sobre las cuales sea de paso mencionar, no fueron controvertidas o no fue objeto de debate que no hubiera lugar a las mismas, pues además, al haberse condenado al pago de dicho incremento sin hacerse distinción o aclaración alguna, es claro que el incremento del 14% recae sobre todas las mesadas pensionales que recibe el ejecutante.

Así las cosas y al no haberse pagado totalmente la obligación a cargo de Colpensiones, no es procedente declarar probada la excepción de pago como lo solicita la ejecutada y por tanto se confirmará la decisión apelada por lo expuesto.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión apelada por lo expuesto.

SEGUNDO: 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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 38-2018-381-01

ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA

DEMANDANTE: NELLY ESMERALDA LEMUS ABRIL

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los once (11) días del mes de diciembre 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 presentada por el demandante y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 27 de enero de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Old Mutual y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

ANTECEDENTES

La señora NELLY ESMERALDA LEMUS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que tiene derecho a que se le reconozca y pague la indemnización sustitutiva conforme a la Ley 100 de 1993.

En subsidio, solicita ordenar al Ministerio de Hacienda se emita bono pensional con destino a Old Mutual, para que esta a su vez proceda con la devolución de aportes. (fl.47)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que cotizó a Colpensiones y a Old Mutual; así mismo, de forma alterna laboró y cotizó con el Magisterio Oficial Colombiano.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció a la actora pensión de jubilación mediante resolución 005343 del 11 de agosto de 2006, por aportes efectuados a entidades del Estado con las cuales laboró como docente oficial.

Aunque ha solicitado el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos, tanto Colpensiones como Old Mutual han respondido negativamente. (fl.46)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados en los numerales 1 a 4 y negó los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, caducidad y la innominada. (fl.51)

Por su parte, el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados en los numerales 3, 8 y 9 y negó los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (fl.90)

Finalmente el **OLD MUTUAL AFP S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó el relacionado en el numeral 6 y

negó los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe. (fl.116)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ORDENAR al ministerio de Hacienda efectuar la liquidación y emisión, junto con las gestiones pertinentes para efectos de redención del bono pensional a que tiene derecho la demandante por el tiempo cotizado en el ISS, con el fin de que Old Mutual proceda a la devolución de saldos. ABSOLVIO a Colpensiones de todas las pretensiones y condenó en costas al Ministerio. (fl.292)

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

De la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en relación con este aspecto pretende la demandante el reconocimiento indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en los términos del artículo 37 de la ley 100 de 1993 en este contexto lo que debe determinarse si efectivamente el accionante tiene derecho al reconocimiento que reclama más siendo pertinente señalar que el artículo 37 de la ley 100 de 1993 dispone lo siguiente indemnización sustitutiva de la pensión de vejez las personas que habiendo cumplido la edad para tener la pensión de vejez que no hayan cotizado el número de semana exigidas declare su imposibilidad de continuar cotizando tendrá derecho a recibir en sustitución una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado. Ahora bien resulta pertinente señalar que este reconocimiento económico regulado en el artículo 37 de la ley 100 de 1993 supone que el afiliado se encuentre vinculado para el momento en el que se solicita inclusive el reconocimiento se encuentre afiliado al régimen de prima media con prestación definida pues sabido es que en el régimen ahorro con solidaridad no es viable el reconocimiento de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pues lo procedente dentro de este régimen es precisamente la devolución de saldos cuando la persona no tiene cumplidos o no acredite cumplimiento del capital necesario para acceder a una pensión de vejez en este sistema o no cumple con los presupuestos para el reconocimiento de la pensión en el marco de la garantía mínima de pensión de que se prevé para ese tipo para este régimen ahora habían revisado el expediente pues está claro para el despacho y no es objeto de controversia entre las partes que la demandante sí bien es cierto se efectuado cotizaciones al Instituto de seguros sociales en la forma que da cuenta la documental obrante a folios 86 a 89 el expediente no lo es menos que se efectúa un traslado de régimen pensional por virtud del cual en últimas se vinculó la sociedad aquí accionada específicamente ol Mutual pensiones y cesantías entidad que al tenor de la documenta la llegada junto con la

réplica y acredita particularmente con fundamento en los documentales que obran en folios 228 a 243 que la encontré la acción como última entidad administradora del sistema general de pensiones a la que estuvo afiliada fue precisamente esta entidad del régimen de ahorro individual con solidaridad efectuando cotizaciones e inclusive hasta el año 2015 encontrándose mejor vinculará hasta el mes de agosto del año 2015 momento en el cual al tenor de la documental obrante en folio 242 le fue verificada una devolución de saldos de los que tenían su cuenta de ahorro individual por valor de $18.712.370 pesos en este escenario pues es evidente que dentro o dadas las condiciones de afiliación del accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad al finalizar pues su vida laboral pues resulta abiertamente improcedente el reconocimiento y pago de una eventual indemnización sustitutiva a cargo de col pensiones entidad a la que en manera alguna se puede decir que estaba afiliada al momento en el que termina su vida laboral pues estaba afiliada evidentemente como ya se indicó a ol Mutual en consecuencia pues no hay lugar a la prosperidad de las súplicas principales de la demanda imponiéndose la respectiva absolución para la administradora colombiana de pensiones col pensiones. Ahora bien se solicita subsidiariamente que se declare que la demandante tiene derecho al pago de la devolución de aportes de acuerdo con lo señalado en la ley 100 de 1993 y se solicita que se ordene al Ministerio de hacienda y Crédito Público autorizar emitir el bono pensional a favor de ol Mutual pensiones y cesantías S.A con el fin que esta última disponga una vez se hayan hecho las gestiones administrativas pertinentes el reconocimiento y pago de la devolución de aportes que en ese contexto considera que procedía. Ahora bien en relación con este aspecto y particularmente en relación con la devolución de aportes debe señalarse que en los términos del artículo 66 de la ley 100 de 1993 se indican que quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas y no hayan acumulado de capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual salario mínimo tendrán derecho a la devolución del capital acumulado su cuenta de ahorros individual incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional si te hubiera lugar o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho como ya se ha indicado se acredita en el informativo con fundamento en la documental legible a folió 242 que la demandante le fue verificada dentro de este contexto una devolución de saldos por la suma de $18.712.370 pesos por parte de la aquí accionada en el entendido que ello correspondía aportes verificados por cuenta de la caja de compensación familiar compensar en el marco pues de las cotizaciones que dentro de la relación laboral que se sostuvo con esa entidad pues efectivamente hubo lugar a verificar. Ahora bien con fundamento en lo anterior y con fundamento en los sostenido por la nación Ministerio de Hacienda y Crédito público pues el eje medular la controversia se centra en establecer sí efectivamente la demandante tiene derecho a que se emita en su favor un bono pensional y que el valor correspondiente se integre a la cuenta de ahorro individual que tenía en ol Mutual con el fin de que se verifiquen los trámites pertinentes para que la devolución de saldos en los términos del artículo 66. Ahora bien dentro de este contexto conviene traer a colación lo sostenido en el artículo 115 de la ley 100 de 1993 que establece los siguientes: los bonos pensionales constituyen apoyos aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones

tendrán derecho al bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual de solidaridad cumplan con algunos de los siguientes requisitos A) Qué hubiesen efectuado cotizaciones al instituto de seguros sociales o a las cajas o fondos de previsión del sector público B) Que hubieran estado vinculados al estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos C) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones y D) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuviesen a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones. Destacándose en su parágrafo que los afiliados de qué trata el literal A) esto es lo que hubiera efectuado cotizaciones al Instituto de seguros sociales y todas las cajas de previsión del sector público qué los afiliados que trata el literal A) Que al momento del traslado que hayan cotizados menos de 150 semanas no tendrán derecho a bono pensión, Ahora bien se encuentra acreditado que efectivamente la demandante se encuentra dentro de la premisa del literal A) pues efecto cotizaciones al Instituto de seguros sociales previamente a la expedición de la ley 100 de 1993 y con fundamento en la documental obrante a Folio con la documental que registran el número de semanas cotizadas se advierte que cuentan en col pensiones se advierte que cuenta con 400 esto es con más de 150 semanas por lo que evidentemente está acreditado que dentro de ese escenario tiene derecho a la emisión de un bono pensional que evidentemente dentro de ese contexto pues constituye aporte destinado a contribuir la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones y que en el escenario de la demandante al no haber acreditado o al no haber cumplido con los requisitos para acceder a una pensión de vejez en los términos regulados en el marco del régimen de ahorro individual con solidaridad pues en los términos del artículo 66 pues deben ser tenidos en cuenta esos recursos para efectos de la devolución de saldos de qué trata el artículo 66 de la ley 100 de 1993 dentro de este escenario se aduce por la dirección de Crédito Público que pues no es dable que una persona reciba dos erogaciones del erario para efectos del tema pensional en relación con este aspecto conviene precisar que es un hecho acreditable en el informativo que a la demandante le fue reconocida una pensión de jubilación dada su condición de docentes y a cargo del fondo de prestaciones sociales del magisterio lo que en principio podría deducirse o podría implicar que está recibiendo una erogación del erario y dentro de ese contexto deberíamos analizar si efectivamente el bono pensional o los recursos que hacen parte de ese bono pensional pues igualmente hacen parte del erario público en relación con este escenario considera el despacho que los aportes pensionales que hace un trabajador al sistema general de pensiones e inclusive con anterioridad a la ley 100 de 1993 pues no hacían parte de los recursos públicos si bien es cierto pasan a formar parte de un fondo de naturaleza pública por efectos de la naturaleza de la entidad que los administran no es menos cierto que esos recursos corresponden a aportes del trabajador particular que en ese escenario o respecto del cual en este escenario se destinan esos recursos para efectos de financiar una pensión de vejez y conviene precisar que la emisión de bonos pensionales dentro de este contexto corresponden a instrumentos de deuda pública qué significa esto que es una deuda que tiene el estado con o en su momento el Instituto de seguros sociales o refleja la deuda que tiene con el estado con el Instituto de seguros sociales y particularmente por esa vía con los afiliados al Instituto de seguros

sociales en su momento en la medida en que el Estado que accedió a los recursos del sistema de pensiones en su momento para financiar distintas obras inclusive infraestructura y por esa vía se encuentra que el Estado tenía una deuda y la tiene aún con los afiliados al Instituto de seguros sociales que efectuaron sus cotizaciones correspondientes y la está pagando a través de la emisión de bonos pensionales que no son subsidios estatales para el cubrimiento de las pensiones, dentro de este contexto pues no se advierte incompatibilidad entre el reconocimiento del bono pensional o de la liquidación o la emisión del bono pensional con el fin de que los aportes verificados por la demandante en el sector privado en vigencia del Instituto de los seguros sociales pues efectivamente sean tenidos en cuenta para la complementación de la devolución de saldos de la que ya fue beneficiaria la incoarte por esta vía procede el acceder a las pretensiones de la demanda relacionadas con la liquidación expedición y redención del bono pensional y cumplido ello pues la devolución de saldos por parte de Old Mutual a la accionante de los recursos correspondientes de acuerdo con los términos en que se haga esa liquidación por parte de la oficina de bonos pensionales de la nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público y en consecuencia pues en estos términos se accederá a que las súplicas subsidiarias de la demanda. En resumen se dispondrá que la nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la oficina de bonos pensionales proceda a la liquidación expedición y adelante y que esta entidad adelante las gestiones pertinentes con el fin de la redención de ese bono pensional conjunta mente con la FP old Mutual pensiones y cesantías cumplido lo cual deberá efectuarse esos recurso deberán hacer parte de la cuenta de ahorro individual del accionante y proceder Old Mutual al pago de de la devolución de saldos que en ese contexto procede en favor de la Incoarte de la acción. Excepciones dadas las resultas del juicio el despacho declara no aprobada las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas y respecto de la absolución que procede respecto al col pensiones se considera relevado el estudio de las planteadas costas lo serán a cargo de la nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público oficina bonos pensionales en la medida en que es por cuenta de esta entidad que se le restringa a la demandante el pago correspondiente no hay lugar el pago correspondiente, esto en favor de la demandante en firme la presente providencia por Secretaría practique la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $1.000.000 de pesos, teniendo en cuenta que respecto de col pensiones no hay lugar a imponer alguna carga y que es respecto de skandia pues no se advierte que se halla en su momento esta circunstancia generado con ocasión de su inactividad oh pues de determinaciones adoptadas por estas igualmente se impondrá condena en costas a la parte demandante en favor de col pensiones y que Old Mutual pensiones y cesantías y en consecuencia por Secretaría practicarse la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $500.000 pesos a favor de cada una de estas accionadas en mérito de lo expuesto el juzgado 38 laboral del circuito de Bogotá Distrito Capital administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

APELACION

DEMANDANTE

Gracias señor, juez solicito respetuosamente o más bien interpongo en esta instancia de la audiencia, el recurso de apelación contra él resuelve que condena en costas a mí demandante teniendo en cuenta que para este proceso era necesario incluir tanto a col pensiones como a la FP col pensiones inicialmente porque era ella con la que inició mi poderdante la cotización a pensión y posteriormente con la FP Old Mutual quién fue quien realizó luego su trasladó a esta FP motivo por el cual considero que no se podría condenar a mí poderdante porque sin estas dos entidades llamadas a juicio no habría la solución que en este momento planteó su despacho en ese orden de ideas solicito a los honorables magistrados se verifique la condena en costas que se está dando a mí poderdante y la misma sea revocada, Muchas Gracias.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

Gracias su señoría en esta diligencia procedo a presentar recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de tomar bajo los siguientes argumento; solicitó al honorables magistrado revocar la sentencia y en su lugar a absolver de cada una de las pretensiones tomadas en esta sentencia teniendo en cuenta que el fallo de primera instancia desconoce los principios de la Seguridad Social como el de solidaridad que exige la ayuda mutua entre las personas bajo el principio del más fuerte hace más débil destinando los recursos provenientes del erario público en el sistema de Seguridad Social a los grupos de población más vulnerable y el principio cuyo propósito consiste en lograr el mejor uso económico y financiero de los recursos disponibles para asegurar el reconocimiento y pago de forma adecuada oportuna y suficiente de los beneficios que da el derecho a la Seguridad Social de igual manera desconoce el principio de sostenibilidad financiera y comprobado en la Constitución Política a través del acto legislativo 01 de 2005 mediante el cual se exige la preservación del equilibrio financiero del sistema. Lo anterior también actualmente el sistema pensional se dice que de 1 solo de cada 10 colombianos llega a pensionarse y el costo fiscal pensional continúa siendo alto el fallo proferido no puede desconocer principio de la Seguridad Social ni la de la problemática actual del sistema general de pensiones ni la voluntad del legislador ni el constituyente derivado aprobada el acto legislativo 01 de 2005 la cual de acuerdo con la Corte Constitucional sentencia C 253 del 2013 al unificar los dos regímenes pensionales con el propósito de establecer los siguientes aspectos primero poner fin a la existencia del régimen con ventaja desproporcionada para cierto grupo de pensionados financiado con recursos del erario con mira a garantizar el principio de igualdad y solidaridad eliminar los altos subsidios públicos que tales beneficios supone con el fin de liberar recursos para el cumplimiento de los fines de Seguridad Social y del Estado social de derecho y la sostenibilidad financiera del sistema y establecer reglas únicas que además permitan hacer mejoras previsiones dirigía las utilidades del sistema pensional de acuerdo a lo establecido en la ley 100 en cuanto a los principios antes mencionados hay que establecer que el juez debe aplicar no solamente una inscripción que forma parte de una ley no puede ser interpretado o aplicado de manera aislada por los jueces ya que además de esa norma esto como asila las demás partes de esta norma no existiera sino que impone una

interpretación que guarde coherencia con el conjunto no sólo del cuerpo normativo sino el sistema que pertenece de forma que impida de toda distorsión y el uso alternativo o indebido de la regla cuyos sentidos se debe intentar fijar pues de vista de la manera independiente de la norma invocada por el demandante pareciera que ella otorga razón a su reclamo no tanto analizado el conjunto de las disposiciones que hacen parte del sistema de Seguridad Social de pensiones esa apariencia se diluye y queda en buenas cuentas con el propósito de las pretensiones ha utilizado aquel para un objetivo distinto a la finalidad atribuido a las normas laborales señaladas en suma de formularse que el juzgado tiene el imperativo categórico de impedir toda aplicación desviada a los propósitos que inspiran las normas siempre que se persigan pretensiones con apariencia de prosperidad a partir de la invocación de disposiciones cuya lectura no corresponde a una interpretación sistemática e Iniesta hay que establecer que sí es cierto que los afiliados a los fondos de pensiones privados pueden acceder a la devolución de sus aportes sin embargo ese derecho como todos lo conocen tienen unos límites entre ellos que si el afiliado está pensionado con fondos públicos no puede aspirar la devolución de aquellos provenientes del fondo público si luego de alcanzar sus estatus y su aporte a este para alcanzar el reintegro de esos recursos y para alcanzar el reintegro de esos recursos utilizo el cambio de régimen desde el de prima media con prestación definida público al de ahorro individual consolidará privado Pues visto en la totalidad de la gestión deja ver que si el interesado se hubiera mantenido en col pensión ninguna posibilidad de elevar petición semejante a la de ahora tanto sólo había podido aspirar a obtener la indemnización sustitutiva diferente todas las pretensiones de ahora en cuanto al cálculo como así inferior monto que hubiera recibido el afiliado persigo un beneficio que carece de sustento jurídico a pesar de que vista la independientemente las pensiones de gracia y vejez pudieran ser compatible con la devolución de saldó proveniente del fondo privado pues en realidad los aportes reclamadas nos hicieron a este último fondo sino algo liss y a col pensiones, para luego pasado varios años intentar extraer esos dineros por la vía del bono pensional pasando la afiliación a su nombre a la entidad administradora sistema de ahorro individual y realizando abonos a este para fundir ambos recursos todo con el principio de solidaridad dentro del cual se juzga importante que las personas que tienen una pensión y aquellas que han alcanzado más de una pretensión vitalicio deban considerarse como fuertes de manera que el interés de ellos debe acceder a la posibilidad de irrigar sus arcas privadas frente aquella que dependen de los mismos capitales para obtener la única pretensión vitalicia que el sistema de juzgado más vulnerables además en cuya afectación está envuelto en principio la Universalidad que aboga por los más vulnerables además en cuya afectación está en vuelto el Principio de Universalidad de conformidad con lo establecido el siso 2 de la ley 100 de 1993, esos principios recurrir a la norma invocada mantienen sus fuerzas integradoras e infunden contenido a la labor interpretativa por la vía de señalar el objetivo que busca el reglamento de la Seguridad Social por lo tanto se debió aplicar en su integridad la normatividad e tomada por el juez primera instancia con los principios que regulan la ley 100 del 93 también hay que establecer que el demandante no tiene derecho a recibir alguna prestación de Rais por ser afiliado excluido o exceptuado del sistema de pensiones al cual pertenece el Rais lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la ley 100 del 93 significa lo anterior que la afiliación a Rais del

demandante es totalmente inválida y contraria a las disposiciones contenidas la ley 100 del 93 por consiguiente se sugiere al honorable magistrado que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar ordene regreso al demandante al Instituto de los seguros sociales hoy con presiones para que dichas actividades la determine la prestación a la cual tendría derecho virtud de los tiempos cotizaba en iss Por otra parte en el caso de no accederse al anterior de considerarse válida por parte de los honorables magistrados la afiliación del demandante a Rais es preciso señalar que en la eventual pensión o devolución de saldo a la que tiene derecho del demandante no se financia con bono pensional dado que mismo resultaría incompatible con la pensión de jubilación que lo otorgo el Fondo Nacional de prestaciones magisterio lo anterior debido a que tanto bono pensional como la pensión de jubilación antes mencionada cuenta con un mecanismo de financiación que no es otro que los recursos públicos de la nación encontrándose en esto dentro de la provisión condición de qué trata el artículo 128 de la constitución política si bien es cierto el juez al momento en su parte considerativa determino y trajo a colación argumentando de que de dónde provienen los recursos públicos de bono pensional con mucho respeto se encuentra erado ya que si bien es cierto el bono pensional se liquida con los tiempos cotizados del Instituto Seguro Social esos dineros nunca se trasladó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público así que esos dineros todavía obra en el Seguro Social esos dinero la nación al momento de emitir bono pensional si se emiten con recursos de la nación por lo tanto si está inmenso dentro de lo del artículo 128 también hay que aclararse que si bien como ya se dijo que los bonos pensionales se liquidan con la historia en boda que el demandante hizo al Rais que se efectuó a col pensiones hay que establecer que no es por ello que bono pensional se financie con el valor de dichas cotizaciones, se reitera que ese beneficio de abono pensional creado por la ley 100 de 1993 se liquide con base en historia laboral creada por el instituto Seguro Social a través de un archivo laboral como se explicó en los alegatos de conclusión encontrándose entonces como un título de deuda pública que si efectúa la nación a través del erario público reconocimiento a través de esos dineros por lo tanto si habría en este caso un detrimento a al erario público de la nación así las cosas y los honorables magistrados consideran válida recopilaciones de la demandante tendría derecho el iss o col pensiones le traslada a la FP a la AFP los aportes que en su momento fueron realizado dicho Instituto para que la FP mención los integra la prestación que lo tocaría demandantes de conformidad a lo establecido en el artículo 11 del decreto 3595 del 2008 con recopilatorio en el decreto 1833 del 2016 compilatoria de las normas sistema general de pensiones por último en relación con los antecedentes jurisprudenciales tenidos en cuenta por el juez de esta instancia es del caso señalar que los mismos se encuentran soportados en el hecho de considerarse compatible la pensión de magisterio a cargo de la nación con una pensión otorgada por el Instituto de seguros sociales hoy col pensiones por cuanto por interpretación jurisprudencial se ha considerado que el fondo común que dicho Instituto administrar no es de naturaleza pública y por ende las cotizaciones realizadas al iss no gozan de esa calidad, Adicionalmente en otras sentencias se ha señalado que la pensión del magisterio también puede ser compatible con aquellas que deben asumir el empleador por omisión a la afiliación esta conclusión de nuestros altos tribunales tienen como soporte el hecho de señalar que tanto las pensiones otorgadas por iss como la que asumiría el empleador por omisión al sistema también es un

mecanismo de financiación independientemente privado como lo es el fondo de dicho Instituto y el capital que debe reservar el empleado sin embargo no ocurre lo mismo cuando se trata de prestaciones en especial la de vejez pensión o devolución de saldo otorgada por el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por los fondos de pensiones a FP ya que los mecánicos financiación de estas vienen de gran parte por no decir en su totalidad de los recursos que se otorgan por concepto de bono pensional beneficios que conforme a la normatividad estudia tiene un origen eminentemente público y es decir que monto que por dicho concepto corresponda se reconoce con cargo a los recursos públicos del Tesoro Público por lo tanto también solicitó que se revoque las costas teniendo en cuenta que en el evento de que confirmar la sentencia hay que establecer que la jurisprudencia ha sido pacífica todavía en este tema teniendo en cuenta que ya el Ministerio interpuesto recurso de casación algunos temas referente a esto explicando de donde proviene los recursos eminentemente establecido en el bono pensional y hasta ahora no ha habido ningún pronunciamiento de la Corte Suprema sala laboral donde el Ministerio haya sido parte y donde se ha determinado que los recursos del bono pensional si son dinero público en consecuencia de esta manera dejó tu tutelado el recurso de apelación y solicitó que se conserva el mismo. Gracias su Señoría.

CONSIDERACIONES

Conforme a lo establecido en el art. 66 A del C.P.T., la Sala estudiará los puntos objeto de apelación a saber: **i)** si procede la expedición de bono pensional de la demandante por lo tiempo cotizados al ISS (aspecto que se analizará además en grado jurisdiccional de consulta en favor del Ministerio de Hacienda) y en caso afirmativo **ii)** si procede la devolución de saldos o si esta es incompatible con la pensión de jubilación otorgada a la demandante por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y finalmente **iii)** si la demandante debe ser condenada en costas.

Bono pensional

Para resolver el primer aspecto se tiene que no existió discusión frente a que **la demandante se afilió a Old Mutual el 8 de abril de 1997** y que los aportes realizados desde esa fecha a dicha AFP fueron devueltos el 24 de agosto de 2015 por valor de $18.712.369,98 (fl.21)

Tampoco que **el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, a través de resolución 005343 del 11 de agosto de 2006 **reconoció a la**

señora Nelly Lemus pensión vitalicia de jubilación a partir del 19 de enero de 2008 (fls.31 a 35)

Aunado a que **en Colpensiones cotizó 400 semanas en el periodo comprendido entre el 12 de junio de 1978 al 30 de octubre de 1990**, tal y como consta en el reporte de semanas cotizadas obrante a folio 86 del plenario.

Señala el apoderado del Ministerio en la apelación que esa Cartera Ministerial no debe emitir ni liquidar bono pensional alguno, pues se desconocería el principio de sostenibilidad financiera del Sistema, que además esas cotizaciones se encuentran en Colpensiones y no deben ser asumidas a través de emisión de bono pensional por el Ministerio.

Al respecto se tiene que el art. 115 de la Ley 100 de 1993 dispone que "Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones" y además prescribe:

> *"**Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos**:*
>
> ***a)** Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;*
>
> ***b)** Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;*
>
> ***c)** Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;*
>
> ***d)** Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones."*

Y expresamente dispone que los afiliados de que trata el literal a) del citado artículo que, al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas, no tendrán derecho a bono.

Por su parte, la doctrina ha definido los bonos como un valor a favor de un

afiliado que se traslada a uno de los regímenes del Sistema General de Pensiones, el cual representa la deuda pensional causada desde el momento en que el afiliado inició su vida laboral hasta la fecha efectiva del traslado, en razón de las vinculaciones laborales, legales o reglamentarias que tuvo con las diferentes entidades de previsión que asumen el pago de la obligación. (sentencia SL4305 de 2018)

Así las cosas, los bonos pensionales se pueden clasificar en:

a) Según el emisor: de fuente pública o privada.
b) Según el régimen al cual se traslada el afiliado: bono tipo A, si el afiliado se pasa del régimen de prestación definida al de ahorro individual con solidaridad; bono tipo B, si el traslado del afiliado es al régimen de prima media con prestación definida.
c) Los que pueden recibir las entidades exceptuadas, según el artículo 279: bonos especiales tipo E y C.

Aunado a ello, el art. 119 ibídem indica que estos bonos pensionales deberán ser expedidos por la última entidad pagadora de pensiones a la cual hubiere pertenecido el afiliado antes de entrar al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siempre y cuando el tiempo de cotización o de servicios, continuo o discontinuo, fuere igual o mayor a cinco años y en caso que este tiempo de cotización o de servicios en la última entidad pagadora de pensiones se inferior a cinco años, el bono pensional debe ser expedido por la entidad pagadora de pensiones, en la cual el afiliado hubiere efectuado el mayor número de aportes o haya cumplido el mayor tiempo de servicio.

Y en este punto, no puede desconocerse lo señalando en los artículos 14 y 16 del Decreto 1299 de 1994, que refiere a que **la Nación es la encargada de la emisión del bono pensional en casos en los que procedan éstos respecto del extinto Instituto de Seguros Sociales – I.S.S.,** Caja Nacional de Previsión Social o cualquier otra caja, Fondo o entidad del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, siendo de suyo por medio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el

reconocimiento, liquidación y emisión de los bonos pensionales, tal como lo establece el artículo 24 de la misma norma.

Pues bien, en este asunto como se indicó, la señora Nelly Lemus efectuó cotizaciones al entonces Instituto de los Seguros Sociales desde el 12 de junio de 1978 y hasta el 30 de octubre de 1990 un total de 400 semanas, ello en virtud a que entidades privadas y quienes fueron sus empleadores, contribuyeron al Sistema con aportes privados; semanas que sea de paso mencionar no han sido tenidas en cuenta para efectos de algún reconocimiento pensional o indemnización.

Teniendo en cuenta lo anterior y debido a que la actora se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, **el bono para financiar su pensión corresponde a los de tipo A;** bonos que a su vez, presentan dos modalidades, la primera se refiere a los bonos que se expiden a favor de los trabajadores cuya primera vinculación laboral válida se inició después del 30 de junio de 1992; y la segunda que son los bonos que se expiden a favor de los trabajadores cuya primera vinculación laboral válida se inició antes del 1° de julio de 1992 que es el caso de la accionante pues se reitera, su vinculación al ISS comenzó en 1978.

Y por mandato legal sí es el Ministerio el encargado de expedir el bono pensional, pues según el artículo 121 *de la misma normatividad,* **la Nación expedirá bonos pensionales de la naturaleza y con las características señaladas en la ley, a los afiliados al sistema general de pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales,** a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, **y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.**

Y con dicho trámite no se vulnera el principio de sostenibilidad financiera del Sistema, menos aún el de la universalidad ni el derecho a la seguridad social como lo reclama el apelante, pues precisamente el bono pensional se emitirá debido teniendo en cuenta las cotizaciones debidamente pagadas al Sistema

y para garantizar las prestaciones a que tienen derecho los afiliados, claro está siguiendo el trámite respectivo para que dicha emisión se lleve a cabo finalmente, con la recolección de la historia laboral de la actora y los demás documentos necesarios para ello; así lo ha dejado expuesto la C.S.J como por ejemplo en la sentencia que se citó con antelación SL4305 de 2018 en donde dijo: "*Se puede colegir de la regulación del trámite para obtener la expedición del bono, que la conformación de la historia laboral con este fin no está a cargo exclusivo de la AFP, si no que se trata de un proceso complejo que si bien es ejecutado y coordinado por la AFP, en él también han de intervenir el afiliado, las entidades donde se estuvo afiliado y los empleadores, según el caso. Puede estimarse que se trata de un trámite complejo, pero no por esto se ha eximir al aspirante a la pensión de llevarlo a cabo,* ***puesto que la conformación de la historia laboral se justifica para reunir, de manera eficiente, cierta y efectiva, los medios económicos que permiten capitalizar las prestaciones pensionales, garantizando así el principio de sostenibilidad financiera de los recursos y procurar la eficiencia, la solidaridad y la universalidad en la protección de las personas frente a las contingencias que el sistema de seguridad social ampara*** *(arts. 48 de la Constitución y 2 de la Ley 100 de 1993).*"

Aunado a lo anterior en pronunciamiento la Sala Laboral de Descongestión de la Corte Suprema en sentencia radicado No. 64674 del 4 de julio de 2018 M.P. Ernesto Forero Vargas, señaló que nada impide la expedición del bono pensional por los aportes efectuados al ISS, indicó esa Corporación:

> *"Respecto de la emisión nuevamente del bono pensional, se advierte que la misma si es posible, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por el demandante a instituciones privadas (Colegio Agustín Gemelli, identificado con «NIT/PATRONAL: 7018200282» y Comunidad San Luis Gonzaga Compañía de Jesús identificada con «NIT/PATRONAL: 7018200130») con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.*
>
> *En tales condiciones,* ***no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional (sector privado) y la pensión de jubilación oficial,*** *como bien lo concluyó el Tribunal, ni se está prohijando una mezcla inadecuada entre dos regímenes.*
>
> *En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluido del Sistema* ***Integral de Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, al demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una***

pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales aquí demandado y a la cual tiene derecho, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional tipo A. *de allí que desde el punto de vista fáctico el Tribunal no cometió los errores de hecho endilgados. (Negrilla fuera del texto original).*

Por lo anterior, acertó el juez de primera instancia al ordenarle al Ministerio accionado, efectuar los trámites y gestiones pertinentes para la emisión y liquidación del bono pensional tipo A a que tiene derecho la accionante, con el fin de que éste se traslade a Old Mutual para efectos del reconocimiento de la devolución de saldos correspondiente.

Devolución de saldos y pensión de jubilación

Señala el apelante que debido a que la señora Nelly Lemus ya tiene reconocida una pensión de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, resultaría incompatible ordenar la devolución de saldos pues el mecanismo de financiación resulta ser con recursos públicos de la Nación, encontrándose dentro de la prohibición contenida en el art. 128 de la Constitución Política

Con relación a este asunto debe recordarse que el objetivo del Sistema General de Pensiones es garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez o muerte mediante el reconocimiento de una pensión y demás prestaciones determinadas en la Ley para ello, de ahí que el afiliado deba efectuar cotizaciones al Sistema sea públicos o privados, pues su finalidad es cubrir las contingencias en comento.

Conforme se ha venido exponiendo, no le asiste razón al apelante por cuanto existe compatibilidad entre la devolución de saldo y la pensión de jubilación, ello encuentra justificación en la misma normatividad legal y así lo indica el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, al señalar que **las prestaciones del Magisterio son compatibles con las pensiones del sistema general**, a su vez, dichas cotizaciones efectuadas al ISS no se tuvieron en cuenta a efectos

de reconocer la prestación pensional de jubilación que disfruta la demandante y en virtud de afiliación sobre la que no pesaba prohibición alguna, no afectándose tampoco ninguno de los principios invocados por el recurrente dado que se ordena la expedición de bono pensional por las cotizaciones efectuadas provenientes del pecunio de esta y de su empleador de la época.

Es claro para la Sala que son compatibles las prestaciones que aunque cubran la misma contingencia tengan su origen en aportes y normatividad diferentes como en el caso que hoy ocupa la atención de este Tribunal, pues la pensión de jubilación reconocida por el Magisterio se hizo teniendo en cuenta el servicio allí prestado; mientras que la devolución de saldos lo es con base en las cotizaciones efectuadas al ISS hoy COLPENSIONES con fundamento en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 y que no fueron utilizadas por Fondo de Prestaciones para el reconocimiento de la prestación de jubilación.

Costas

Manifiesta la parte actora que no debe ser condena en costas pues debía convocarse a juicio a Colpensiones y Old Mutual para darle solución a este litigio.

En cuanto a este tema basta con señalar que el numeral 1° del art. 365 del C.G.P. dispone que se condenará en costas a la parte vencida en juicio, motivo por el cual como quiera que en este asunto fue vencido en juicio el demandante en relación con las pretensiones que elevó en contra de Colpensiones y de Old Mutual, debe ser condenada en costas.

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: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: 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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado