



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Laboral

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
RADICADO	76001310501520170055901
DEMANDANTE	JOSÉ ORLANDO RESTREPO SÁNCHEZ
DEMANDADO	COLPENSIONES
ASUNTO	Consulta Sentencia
TEMA	Reliquidación pensión vejez
DECISIÓN	Modifica

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO
Magistrada ponente

En Cali, a los dieciocho (18) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Magistrada Ponente en asocio con los demás integrantes de la Sala de Decisión Quinta, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 resuelve el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia condenatoria que el Juez Quince Laboral del Circuito de Cali profirió el 11 de abril de 2019, en el trámite del proceso ordinario laboral que **JOSÉ ORLANDO RESTREPO SÁNCHEZ** promovió contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

JOSÉ ORLANDO RESTREPO SÁNCHEZ solicitó se declarara que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de reliquidación de pensión de vejez, teniendo en cuenta el Ingreso Base de Liquidación-IBL- del tiempo que le hiciera falta, aplicando una tasa de reemplazo del 87% en atención a 1.206 semanas cotizadas, retroactivo pensional, intereses de mora, indexación, lo probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 19 de junio de 1943 por lo que es beneficiario del régimen de transición, al cumplir los 60 años de edad en el año 2003, narró que el otrora ISS por medio de Resolución No. 020118 de 2007 le reconoció pensión de vejez teniendo en cuenta una densidad de 1055 semanas cotizadas al sistema, un IBL de \$671.560 al cual le aplicó una tasa de reemplazo del 78%, para una mesada de \$523.817.

Sostuvo que en su vida laboral cotizó un total de 1206 semanas, que su última cotización data del 28 de enero de 2002, por lo que le asiste el derecho a que se aplique el promedio del tiempo que le hiciera falta para cumplir la edad, por lo que el IBL sería de \$718.775,91, al cual le sería aplicada una tasa de reemplazo del 87%, para una mesada equivalente a \$625.317,64.

Afirma que radicó ante COLPENSIONES derecho de petición el 10 de febrero de 2017, con el cual solicitó la reliquidación de la prestación, el cual fue atendido de manera

desfavorable mediante resolución SUB 48412 del 28 de abril de 2017. (Fl. 2 a 7, Cuaderno de Primera Instancia).

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones. Indicó que son ciertos los hechos relativos a la edad del demandante, calidad de beneficiario del régimen de transición, el reconocimiento de pensión de vejez, el IBL tenido en cuenta para el reconocimiento de la primera mesada por valor de \$523.817, a partir del año 2003, la densidad de semanas correspondiente a 1055 y las resoluciones emitidas por Colpensiones, pero que no es cierto que existan diferencias, toda vez que COLPENSIONES aplicó el IBL más favorable.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito las de *«inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe»* (Fl. 49 a 55, cuaderno de primera instancia).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de instancia, el Juez Quince Laboral del Circuito de Cali profirió sentencia de primer grado el 11 de abril de 2019, en la que decidió:

PRIMERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción por la parte demandada, respecto a los reajustes pensionales por reliquidación anteriores al 10 de febrero de 2014.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES A reliquidar la mesada pensional de JOSE ORLANDO RESTREPO SANCHEZ con CC 3.427.296, que para el año 2014 sería la suma de \$1.019.690, para una diferencia de \$183.426; por diferencias insolutas desde el 10 de febrero de 2014 al 30 de abril de 2019, se le adeuda \$14.890.086.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a continuar cancelando por diferencia pensional a favor del demandante. El 01 de mayo de 2019 la suma de \$230.573, para una mesada final de \$1.281.781.

CUARTO: CONDENAMOS a COLPENSIONES indexar las diferencias desde su causación a la fecha de su pago.

QUINTO: CONSULTAMOS la presente decisión ante el Tribunal de Cali Sala Laboral en el evento de no ser apelada, como quiera que fue adversa a los intereses de COLPENSIONES.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS al demandado, como agencias en derecho fijar la suma de \$2.000.000.

Para respaldar tal determinación, el *a quo* comenzó por indicar que el problema jurídico¹ consistía en determinar si era procedente o no la reliquidación de la mesada pensional del demandante, en especial, lo que respecta a la tasa de reemplazo.

Para el efecto, analizó la situación laboral del actor como trabajador oficial, que le permitió acceder a una pensión de jubilación la cual tiene la calidad de ser compartida con la de vejez que posteriormente le reconoció el ISS; frente a lo anterior, consideró procedente la acumulación de tiempos públicos y privados en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, en virtud de la sentencia SU-769 de 2014 y la SU-057 de 2019 de la Corte Constitucional. A su vez, hizo referencia a sentencias de la Corte Suprema de Justicia frente a la posibilidad de acumular el tiempo del servicio militar, como la SL 477 de 2018.

Para resolver el caso concreto, procedió con el estudio de la prueba documental, actos administrativos e historia laboral, para concluir que la entidad de seguridad social dejó

¹ A partir del minuto 10:49 fl 69 Expediente físico

de contabilizar semanas, algunas por presentar ciclos dobles respecto de las cuales hizo la correspondiente salvedad; reconstruida la historia laboral con la inclusión de los periodos faltantes y el tiempo que el actor prestó servicio militar, indicó que el actor aportó más de 1.300 semanas con las cuales, le asistía el derecho a la reliquidación de la pensión de vejez en los términos del Art. 36 de la Ley 100 de 1993.

Sostuvo además el *a quo* que, en el cálculo efectuado por el despacho, se advirtió un IBL de \$ 709.679 y aplicando una tasa de reemplazo del 90%, arroja como primera mesada para el año 2003 la suma de \$638.711, por lo que existe una diferencia para ese año de \$114.894.

Frente al medio exceptivo de prescripción propuesto por la accionada, señaló que la demandante solicitó el 10 de febrero de 2017 la reliquidación de la pensión de vejez, que fuera resuelta por Resolución 020118 de 2007, y la demanda fue radicada el 12 de octubre de 2017, por lo que estimó prescritas las diferencias de las mesadas pensionales de vejez causadas con anterioridad al 10 de febrero de 2014, fecha desde la cual calculó las diferencias adeudadas.

Por último, se pronunció sobre la situación de compartibilidad pensional con el ex empleador Empresas Públicas de Medellín, para precisar que, como la prestación legal resultó superior a la de jubilación, las diferencias generadas por la reliquidación corresponden al pensionado, las que ordenó pagar indexadas.

III. CONSULTA

Por haber resultado desfavorable la sentencia a Colpensiones, se impuso a su favor el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P. del T. y S.S. y las orientaciones jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la interpretación del citado canon legal.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 10 de marzo de 2022, se corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión de conformidad con el Decreto 806 de 2020 — incorporado como legislación permanente Ley 2213 de 2022—. En el término concedido, las partes allegaron alegatos reforzando los argumentos de la demanda y contestación. (Archivo 02 y 04 Cuaderno segunda instancia)

Por remisión del presente expediente por parte del despacho 09 de la sala laboral del TSC a este despacho, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo CSJVAA23-18 del primero (01) de febrero de dos mil veintitrés (2023), *“Por medio del cual se redistribuyen procesos y se adoptan medidas de reparto en la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali – Valle del Cauca, de conformidad con lo reglado en el Acuerdo PCSJA22-12028 del Consejo Superior de la Judicatura.”*, corresponderá a esta sala resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

V. PROBLEMA JURÍDICO

A este Tribunal le corresponderá dilucidar si el juez de primer grado acertó al considerar que el demandante tiene derecho a que le sea reliquidada la pensión de vejez, teniendo en cuenta el promedio del tiempo que le hacía falta para cumplir la edad, para establecer el IBL, así como al incremento de la tasa de remplazo y si la liquidación efectuada por el *a quo*, así como la actualización de las sumas, se hizo conforme a derecho.

VI. CONSIDERACIONES

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, teniendo en cuenta que:

Son hechos que no se encuentran en discusión: (i). *Que el demandante nació el 19 de junio de 1943, por lo que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones contaba con 51 años* (ii). *Que el otrora ISS le reconoció a la demandante pensión de vejez por medio de Resolución n° 020118 de 2007 en cuantía de \$523.817 al 19 de junio de 2003, para lo que tuvo en cuenta 1.055 semanas y una tasa de reemplazo del 78%* (iii). *Que Colpensiones en Resolución SUB-48412 del 28 de abril de 2017, negó la reliquidación de la prestación que le fue solicitada por derecho de petición del 10 de febrero de 2017.* (iv) *Que Empresas Públicas de Medellín con resolución 025 del 01 de febrero de 1994, reconoció una pensión de jubilación en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, desde el 19 de junio de 1993.*

- i. La reliquidación del IBL en las pensiones de vejez reconocidas bajo el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.**

De acuerdo con las circunstancias fácticas previamente anotadas, evidente resulta que el promotor de la acción es beneficiario del régimen de transición y que la norma que rige su derecho pensional es el Decreto 758 de 1990, pues así fue reconocido por el entonces Instituto de Seguros Sociales a través de la resolución que le otorgó la prestación.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispone en su inciso tercero la forma para calcular el IBL de los afiliados beneficiarios del régimen de transición, anotando que este aparte normativo expresamente se refiere a los afiliados que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es decir, para quienes acrediten los requisitos de semanas y edad antes del 1° de abril de 2004, como quiera que el Sistema General de Pensiones entró en vigencia el mismo día y mes del año 1994, siendo a estos afiliados a los únicos que se les puede calcular el IBL con el promedio del tiempo que les hiciere falta o el de toda la vida laboral si este les fuera más favorable, pues para los afiliados que les faltare un tiempo superior a 10 años, la forma para liquidar la mesada pensional es la establecida en el artículo 21 del mismo compendio normativo, que establece que el IBL se debe calcular con el promedio de las cotizaciones efectuadas en los últimos 10 años o con el promedio de toda la vida para los afiliados que cuenten con un mínimo de 1250 semanas cotizadas.

Lo anterior, de conformidad con el criterio señalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples providencias, entre las que podemos destacar CSJ SL16827-2015 y la SL602-2023.

ii. De la acumulación de tiempos y el servicio militar obligatorio en el sistema general de pensiones.

Frente a la sumatoria de tiempos públicos y privados con relación al Acuerdo 049 de 1990, ha existido controversia, bajo el entendido que esta normatividad no previó expresamente tal posibilidad, como sí lo hizo unos años atrás la Ley 71 de 1988.

En un principio, solo la Corte Constitucional aceptó tal sumatoria, como se extrae de las consideraciones vertidas en la sentencia SU 769 de 2014, por considerar que se trataba de una obligación de la entidad administradora del Régimen de Prima Media, antes ISS, hoy Colpensiones, acumular el tiempo de servicio al Estado independientemente si fue cotizado o no, para efectos de acceder al reconocimiento de una pensión de vejez en los términos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, siempre y cuando el afiliado fuere beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993.

De igual manera, la discusión ha sido zanjada por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, permitiendo la sumatoria de tiempos públicos y privados bajo el entendido que, la prestación ha de causarse con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para el caso de las pensiones de vejez, permitiendo dicha sumatoria tal como lo aclaró en sentencia CSJ SL 3801- 2021.

En lo que respecta al servicio militar obligatorio, si bien no genera relación laboral con el Estado, tiene una

connotación de servicio público, por lo que, el tiempo dedicado a cumplir con ese deber debe ser tenido en cuenta para el reconocimiento de pensiones de invalidez, vejez y sobrevivencia, como lo ha sostenido la Sala laboral CSJ SL 11241-2015, SL 11188-2016, SL 4003-2022, SL 1965-2022.

iii. Monto de la pensión de vejez

Sobre este aspecto de la prestación, el Art. 12 del Decreto 758 de 1990 establece la densidad mínima de semanas que permiten acceder a la pensión por vejez, comenzando con la base de quinientas semanas de cotización aportadas durante los veinte años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil semanas en cualquier tiempo.

Respecto de la tasa de remplazo, conforme la tabla del parágrafo 2 del Art. 20 *ibidem*, el afiliado que reuniese las semanas mínimas, esto es, las quinientas, le correspondería una tasa básica del 45% la que se incrementaría de manera directa a mayor número de aportes, hasta llegar al límite del 90% por 1.250 semanas de cotización.

iv. Caso concreto

Del contenido de la resolución mediante la cual se reconoce la pensión del actor, se extrae que, para efectos del cálculo de la pensión, la demandada solo consideró las semanas que fueron aportadas desde enero de 1967, esto es, cuando entró en funcionamiento el Acuerdo 224 de 1966 y el Instituto de Seguros Sociales subrogó a los empleadores en el amparo de contingencias de invalidez, vejez y muerte.

Revisada la historia laboral del demandante y los certificados de información laboral, es posible constatar que el demandante prestó servicio militar entre el 01 de febrero de 1963 al 21 de septiembre de 1964 y posterior a ello, tuvo un único vínculo laboral con Empresas Públicas de Medellín, con fecha de inicio 19 de abril de 1965, frente a esta vinculación, también se pudo advertir que el ISS solo tuvo en consideración las semanas aportadas entre el 01 de enero de 1967 y el 01 de julio de 1987, dejando por fuera un segmento de alrededor de dos años que la entidad pública certificó como tiempo laborado no cotizado.

Desde	Hasta	Semanas	Empleador
1/02/1963	21/11/1964	94,28	Ejército Nacional
19/04/1965	31/12/1966	88,85	EPM No cotizadas ISS
1/01/1967	01/07/1987	1055	EPM Cotizadas ISS
02/07/1987	17/11/1989	124,28	EPM No cotizadas ISS

Al incluir la totalidad del tiempo servido en Empresas Públicas de Medellín y el del servicio militar obligatorio, se obtiene una densidad de cotizaciones para toda su vida laboral de 1.363.41 semanas, todas estas acumuladas, inclusive, antes de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones. Por lo anterior, siendo beneficiario del régimen de transición, al demandante le corresponde una tasa de remplazo del 90%, tal como lo dispuso el juez de instancia, quedando causada entonces una diferencia entre la mesada reconocida y la calculada por vía judicial.

En cuanto al IBL, en el expediente no consta liquidación para revisar el cálculo efectuado por el *a quo* por lo que, esta Sala, revisó la historia laboral y realizó las operaciones aritméticas de rigor, encontró una suma

superior a la calculada por el juez, no obstante, como ninguna de las partes objetó la suma ni presentaron reparo, no habrá lugar a modificación alguna en este aspecto.

Ahora bien, en lo que respecta al análisis de la prescripción, la Sala no tiene reparos en la valoración efectuada por el *a quo*, como tampoco en el análisis efectuado sobre la compartibilidad pensional, respecto de lo cual cabe indicar que, conforme el contenido de la Resolución 025 del 01 de febrero de 1994 emanada de las Empresas Públicas de Medellín, la mesada de jubilación fue reconocida por la suma de un salario mínimo legal mensual (fl. 19 – 22 cuaderno primera instancia), por lo que resulta superior la prestación legal, en consecuencia, el demandante es el acreedor de las diferencias causadas.

A partir de lo mencionado, al aplicar la tasa de reemplazo del 90% al Ingreso Base de Liquidación (IBL) calculado en \$709.679, la mesada a reconocer para el año 2003 arroja la suma de \$638.711, por lo que, las mesadas pensionales causadas desde el 10 de febrero de 2014 y hasta el 30 de abril de 2019 –*extremos de la sentencia*–, por 14 mesadas anuales, ascienden a la suma establecida por el *A quo*, las que actualizadas al 30 de septiembre de 2023 arrojan un total de \$30.440.294,⁹⁰, imponiéndose la adición de la decisión por actualización de la condena.

Respecto de la indexación, este mecanismo corresponde a un factor que compensa la pérdida del valor real de los dineros que en su oportunidad debieron pagarse, lo que ocurre por la pérdida del valor adquisitivo dado por la inflación, reconocimiento que procede ante el no reconocimiento de

intereses moratorios con la finalidad de “*paliar la pérdida del poder adquisitivo*” CSJ SL 2893 de 2021

Ahora bien, la indexación que debe realizarse desde el momento en que se causó cada reajuste y hasta el pago efectivo de la obligación, para lo cual se aplica el IPC certificado por el DANE y la fórmula aprobada por la Corte Suprema de Justicia, según la cual, indexación es igual al índice final dividido índice inicial, por valor a indexar menos valor a indexar.

Por último, encuentra pertinente la Sala adicionar la decisión del *a quo*, para incluir la orden alusiva a descontar la cotización en salud, ello conforme a los principios de “*solidaridad*” y “*sostenibilidad financiera del Sistema Pensional*” (Ley 100 de 1993, artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005 y el artículo 69 del Decreto 2353 de 2015), en consecuencia, estima la Sala que, sobre el retroactivo por diferencias pensionales reconocido y que se siga causando, se debe autorizar a COLPENSIONES para que efectúe la deducción de aportes con destino al sistema de seguridad social en salud que corresponda.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia consultada en el sentido de:

ESTABLECER que, lo adeudado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al señor JOSE ORLANDO RESTREPO SÁNCHEZ, por concepto de retroactivo por diferencias pensionales causado entre el 10 DE FEBRERO DE 2014 al 30 DE SEPTIEMBRE DE 2023, por 14 mesadas anuales, asciende a la suma de \$30.440.294,⁷⁵.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia consultada, en el sentido de AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que sobre el retroactivo por diferencias pensionales, efectúe los descuentos por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud.

TERCERO. SIN COSTAS por el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada



FABIAN MARCELO CHÁVEZ NIÑO
Magistrado

EVOLUCIÓN DE MESADAS PENSIONALES.

OTORGADA			CALCULADA			DIFERENCIA
AÑO	IPC Variación	MESADA	AÑO	IPC Variación	MESADA	
2.003	0,0649	523.817,00	2.003	0,0649	638.711,00	114.894,00
2.004	0,0550	557.812,72	2.004	0,0550	680.163,34	122.350,62
2.005	0,0485	588.492,42	2.005	0,0485	717.572,33	129.079,90
2.006	0,0448	617.034,31	2.006	0,0448	752.374,59	135.340,28
2.007	0,0569	644.677,44	2.007	0,0569	786.080,97	141.403,52
2.008	0,0767	681.359,59	2.008	0,0767	830.808,97	149.449,39
2.009	0,0200	733.619,87	2.009	0,0200	894.532,02	160.912,15
2.010	0,0317	748.292,27	2.010	0,0317	912.422,66	164.130,40
2.011	0,0373	772.013,13	2.011	0,0373	941.346,46	169.333,33
2.012	0,0244	800.809,22	2.012	0,0244	976.458,68	175.649,46
2.013	0,0194	820.348,97	2.013	0,0194	1.000.284,28	179.935,31
2.014	0,0366	836.263,74	2.014	0,0366	1.019.689,79	183.426,05
2.015	0,0677	866.870,99	2.015	0,0677	1.057.010,44	190.139,45
2.016	0,0575	925.558,16	2.016	0,0575	1.128.570,04	203.011,89
2.017	0,0409	978.777,75	2.017	0,0409	1.193.462,82	214.685,07
2.018	0,0318	1.018.809,76	2.018	0,0318	1.242.275,45	223.465,69
2.019	0,0380	1.051.207,91	2.019	0,0380	1.281.779,81	230.571,90
2.020	0,0161	1.091.153,81	2.020	0,0161	1.330.487,44	239.333,63
2.021	0,0562	1.108.721,39	2.021	0,0562	1.351.908,29	243.186,90
2.022	0,1312	1.171.031,53	2.022	0,1312	1.427.885,54	256.854,01
2.023	-	1.324.670,86	2.023	-	1.615.224,12	290.553,25

PERIODO		Diferencia adeudada	Número de mesadas	Deuda total diferencias
Inicio	Final			
10/02/2014	28/02/2014	183.426,05	0,63	116.169,83
1/03/2014	31/03/2014	183.426,05	1,00	183.426,05
1/04/2014	30/04/2014	183.426,05	1,00	183.426,05
1/05/2014	31/05/2014	183.426,05	1,00	183.426,05
1/06/2014	30/06/2014	183.426,05	2,00	366.852,11
1/07/2014	31/07/2014	183.426,05	1,00	183.426,05
1/08/2014	31/08/2014	183.426,05	1,00	183.426,05
1/09/2014	30/09/2014	183.426,05	1,00	183.426,05
1/10/2014	31/10/2014	183.426,05	1,00	183.426,05
1/11/2014	30/11/2014	183.426,05	2,00	366.852,11
1/12/2014	31/12/2014	183.426,05	1,00	183.426,05
1/01/2015	31/01/2015	190.139,45	1,00	190.139,45
1/02/2015	28/02/2015	190.139,45	1,00	190.139,45
1/03/2015	31/03/2015	190.139,45	1,00	190.139,45
1/04/2015	30/04/2015	190.139,45	1,00	190.139,45

PERIODO		Diferencia adeudada	Número de mesadas	Deuda total diferencias
Inicio	Final			
1/05/2015	31/05/2015	190.139,45	1,00	190.139,45
1/06/2015	30/06/2015	190.139,45	2,00	380.278,90
1/07/2015	31/07/2015	190.139,45	1,00	190.139,45
1/08/2015	31/08/2015	190.139,45	1,00	190.139,45
1/09/2015	30/09/2015	190.139,45	1,00	190.139,45
1/10/2015	31/10/2015	190.139,45	1,00	190.139,45
1/11/2015	30/11/2015	190.139,45	2,00	380.278,90
1/12/2015	31/12/2015	190.139,45	1,00	190.139,45
1/01/2016	31/01/2016	203.011,89	1,00	203.011,89
1/02/2016	29/02/2016	203.011,89	1,00	203.011,89
1/03/2016	31/03/2016	203.011,89	1,00	203.011,89
1/04/2016	30/04/2016	203.011,89	1,00	203.011,89
1/05/2016	31/05/2016	203.011,89	1,00	203.011,89
1/06/2016	30/06/2016	203.011,89	2,00	406.023,78
1/07/2016	31/07/2016	203.011,89	1,00	203.011,89
1/08/2016	31/08/2016	203.011,89	1,00	203.011,89
1/09/2016	30/09/2016	203.011,89	1,00	203.011,89
1/10/2016	31/10/2016	203.011,89	1,00	203.011,89
1/11/2016	30/11/2016	203.011,89	2,00	406.023,78
1/12/2016	31/12/2016	203.011,89	1,00	203.011,89
1/01/2017	31/01/2017	214.685,07	1,00	214.685,07
1/02/2017	28/02/2017	214.685,07	1,00	214.685,07
1/03/2017	31/03/2017	214.685,07	1,00	214.685,07
1/04/2017	30/04/2017	214.685,07	1,00	214.685,07
1/05/2017	31/05/2017	214.685,07	1,00	214.685,07
1/06/2017	30/06/2017	214.685,07	2,00	429.370,15
1/07/2017	31/07/2017	214.685,07	1,00	214.685,07
1/08/2017	31/08/2017	214.685,07	1,00	214.685,07
1/09/2017	30/09/2017	214.685,07	1,00	214.685,07
1/10/2017	31/10/2017	214.685,07	1,00	214.685,07
1/11/2017	30/11/2017	214.685,07	2,00	429.370,15
1/12/2017	31/12/2017	214.685,07	1,00	214.685,07
1/01/2018	31/01/2018	223.465,69	1,00	223.465,69
1/02/2018	28/02/2018	223.465,69	1,00	223.465,69
1/03/2018	31/03/2018	223.465,69	1,00	223.465,69
1/04/2018	30/04/2018	223.465,69	1,00	223.465,69
1/05/2018	31/05/2018	223.465,69	1,00	223.465,69
1/06/2018	30/06/2018	223.465,69	2,00	446.931,38
1/07/2018	31/07/2018	223.465,69	1,00	223.465,69
1/08/2018	31/08/2018	223.465,69	1,00	223.465,69
1/09/2018	30/09/2018	223.465,69	1,00	223.465,69
1/10/2018	31/10/2018	223.465,69	1,00	223.465,69
1/11/2018	30/11/2018	223.465,69	2,00	446.931,38

PERIODO		Diferencia adeudada	Número de mesadas	Deuda total diferencias
Inicio	Final			
1/12/2018	31/12/2018	223.465,69	1,00	223.465,69
1/01/2019	31/01/2019	230.571,90	1,00	230.571,90
1/02/2019	28/02/2019	230.571,90	1,00	230.571,90
1/03/2019	31/03/2019	230.571,90	1,00	230.571,90
1/04/2019	30/04/2019	230.571,90	1,00	230.571,90
1/05/2019	31/05/2019	230.571,90	1,00	230.571,90
1/06/2019	30/06/2019	230.571,90	2,00	461.143,80
1/07/2019	31/07/2019	230.571,90	1,00	230.571,90
1/08/2019	31/08/2019	230.571,90	1,00	230.571,90
1/09/2019	30/09/2019	230.571,90	1,00	230.571,90
1/10/2019	31/10/2019	230.571,90	1,00	230.571,90
1/11/2019	30/11/2019	230.571,90	2,00	461.143,80
1/12/2019	31/12/2019	230.571,90	1,00	230.571,90
1/01/2020	31/01/2020	239.333,63	1,00	239.333,63
1/02/2020	29/02/2020	239.333,63	1,00	239.333,63
1/03/2020	31/03/2020	239.333,63	1,00	239.333,63
1/04/2020	30/04/2020	239.333,63	1,00	239.333,63
1/05/2020	31/05/2020	239.333,63	1,00	239.333,63
1/06/2020	30/06/2020	239.333,63	2,00	478.667,27
1/07/2020	31/07/2020	239.333,63	1,00	239.333,63
1/08/2020	31/08/2020	239.333,63	1,00	239.333,63
1/09/2020	30/09/2020	239.333,63	1,00	239.333,63
1/10/2020	31/10/2020	239.333,63	1,00	239.333,63
1/11/2020	30/11/2020	239.333,63	2,00	478.667,27
1/12/2020	31/12/2020	239.333,63	1,00	239.333,63
1/01/2021	31/01/2021	243.186,90	1,00	243.186,90
1/02/2021	28/02/2021	243.186,90	1,00	243.186,90
1/03/2021	31/03/2021	243.186,90	1,00	243.186,90
1/04/2021	30/04/2021	243.186,90	1,00	243.186,90
1/05/2021	31/05/2021	243.186,90	1,00	243.186,90
1/06/2021	30/06/2021	243.186,90	2,00	486.373,81
1/07/2021	31/07/2021	243.186,90	1,00	243.186,90
1/08/2021	31/08/2021	243.186,90	1,00	243.186,90
1/09/2021	30/09/2021	243.186,90	1,00	243.186,90
1/10/2021	31/10/2021	243.186,90	1,00	243.186,90
1/11/2021	30/11/2021	243.186,90	2,00	486.373,81
1/12/2021	31/12/2021	243.186,90	1,00	243.186,90
1/01/2022	31/01/2022	256.854,01	1,00	256.854,01
1/02/2022	28/02/2022	256.854,01	1,00	256.854,01
1/03/2022	31/03/2022	256.854,01	1,00	256.854,01
1/04/2022	30/04/2022	256.854,01	1,00	256.854,01
1/05/2022	31/05/2022	256.854,01	1,00	256.854,01
1/06/2022	30/06/2022	256.854,01	2,00	513.708,02

PERIODO		Diferencia adeudada	Número de mesadas	Deuda total diferencias
Inicio	Final			
1/07/2022	31/07/2022	256.854,01	1,00	256.854,01
1/08/2022	31/08/2022	256.854,01	1,00	256.854,01
1/09/2022	30/09/2022	256.854,01	1,00	256.854,01
1/10/2022	31/10/2022	256.854,01	1,00	256.854,01
1/11/2022	30/11/2022	256.854,01	2,00	513.708,02
1/12/2022	31/12/2022	256.854,01	1,00	256.854,01
1/01/2023	31/01/2023	290.553,25	1,00	290.553,25
1/02/2023	28/02/2023	290.553,25	1,00	290.553,25
1/03/2023	31/03/2023	290.553,25	1,00	290.553,25
1/04/2023	30/04/2023	290.553,25	1,00	290.553,25
1/05/2023	31/05/2023	290.553,25	1,00	290.553,25
1/06/2023	30/06/2023	290.553,25	2,00	581.106,51
1/07/2023	31/07/2023	290.553,25	1,00	290.553,25
1/08/2023	31/08/2023	290.553,25	1,00	290.553,25
1/09/2023	30/09/2023	290.553,25	1,00	290.553,25
Totales				30.440.294,75



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO
Magistrada ponente

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
RADICADO	76001310501620200026301
DEMANDANTE	MARIO IVÁN MARTÍNEZ GÓMEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO	Apelación Sentencia
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN	Modifica

En Cali, a los dieciocho (18) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Magistrada Ponente en asocio con los demás integrantes de la Sala de Decisión Quinta, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, resuelve el recurso de apelación que **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** interpuso contra la sentencia proferida por la Jueza Dieciséis Laboral del Circuito de Cali el 31 de enero de 2021, en el proceso que **MARIO IVÁN MARTÍNEZ GÓMEZ** instauró en contra de la recurrente y de las AFP **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**; asimismo, el grado jurisdiccional de consulta en favor de la recurrente en los puntos no apelados.

I. ANTECEDENTES



Mario Iván Martínez Gómez solicitó que se declarara la «*nulidad absoluta*» de su traslado del régimen de prima media con prestación definida –RPM- al régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por Protección S.A. y su posterior traslado a Porvenir S.A. En consecuencia, se declarará que siempre estuvo válidamente afiliado al ISS hoy Colpensiones y se condenara a las demandadas a pagar todo derecho prestacional o pensional que resultare acreditado por las facultades *ultra y extra petita* y además, las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 12 de mayo de 1961 e inició sus cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales desde el 6 de noviembre de 1987, aportando un total de 360 semanas cotizadas al RPM.

Señaló que, fue trasladado a Protección S.A. y posteriormente a Porvenir S.A. a través de formulario de afiliación No. 0075758 del 19 de junio de 2009. Afirmó que no recibió la información pertinente al momento de los traslados, pues no tuvo ninguna asesoría por parte de los fondos de pensiones, tampoco recibió proyección alguna sobre su futuro pensional. Por su parte, afirmó que solicitó a Porvenir S.A. una proyección de su pensión de vejez y la entidad el 12 de febrero de 2019 le informó que su mesada sería por valor de \$3.405.400 al cumplir 62 años de edad.

Sostuvo que tendría una grave afectación económica teniendo en cuenta que si hubiese continuado afiliado al ISS hoy Colpensiones su mesada pensional ascendería a \$6.221.639. a su vez refirió que si los fondos de pensiones privados hubiesen entregado los cálculos matemáticos y proyecciones necesarias no hubiera firmado los formularios de afiliación. Por ende, la afiliación estuvo viciada de error y por consiguiente es nula.



Refirió que solicitó ante la AFP Protección S.A. y a Porvenir S.A. toda la información referente a su traslado, formularios de afiliación, cálculos matemáticos, constancia de información del derecho de retracto entre otras. solicitud que fue contestada por Porvenir S.A. el 20 de abril de 2020 indicando que no cuenta con soportes de la información brindada en la asesoría, toda vez que la misma fue verbal. Por su parte Protección S.A. no contestó la solicitud.

En consecuencia, el 22 de julio de 2020 presentó derecho de petición ante Colpensiones solicitando la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual. Sin embargo, Colpensiones a través de oficio No. BZ2020_7192679-1536516 del 28 de julio de 2020 negó la solicitud. A su vez el 22 de julio de 2020 solicitó a Porvenir S.A. la nulidad del traslado, sin embargo, la entidad no se pronunció al respecto. Finalmente, la misma solicitud se presentó ante Protección S.A., entidad que se negó a recibirla indicando que el hoy demandante no se encontraba vinculado a ese fondo. (Expediente digital, archivo 02. pdfs 3 a 12).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Protección S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó los relativos al derecho de petición presentado por el actor. En cuanto a los demás hechos, manifestó que no le constaban, no era ciertos o no eran hechos.

Sin embargo aclaró que, el demandante se trasladó de régimen de forma libre y voluntaria, tras recibir una información seria, responsable y transparente por parte de Protección S.A., señalando que todos sus asesores contaban con un instructivo o guía para asesorar de forma clara y entendible a los futuros clientes, además, la normativa vigente para la fecha de la



afiliación del demandante no exigía suministrar por escrito ningún calculo financiero o proyección al afiliado ni dejar por escrito el soporte de la asesoría. No obstante, en la asesoría se realizaron proyecciones pensionales que son «*meras aproximaciones*» debido a las múltiples variables.

Formuló como excepciones de mérito las de *«prescripción; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda; buena fe de la entidad demandada sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías protección s.a. y la innominada o genérica»*. (Expediente digital, archivo 07 pdfs 1 a 18).

Por su parte, **Colpensiones** se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, admitió como ciertos los relativos a la fecha de nacimiento del actor, su afiliación a dicha entidad, la petición que formuló para retornar al régimen de prima media y la respuesta negativa a la misma. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban, no eran ciertos o no eran hechos. En su defensa, propuso las excepciones de mérito de *«inexistencia de la obligación, la innominada, buena fe y prescripción»* (Expediente digital, archivo 13 pdfs 2 a 11).

Porvenir S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la fecha de nacimiento del actor, la proyección pensional y la solicitud de información presentada a la entidad, la respuesta al requerimiento de información. Indicó que la fecha de afiliación efectiva del demandante a Porvenir S.A. fue el 1.º de agosto de 2009, que dicho traslado fue producto de una asesoría completa, suficiente y veraz donde se le brindó información sobre las características, bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes. Su vinculación al RAIS se realizó de forma libre, espontánea, sin presiones y totalmente informada.



Sostuvo que el demandante se trasladó a Protección S.A y después a Porvenir S.A. ejecutando actos de relacionamiento. Además, solicitó la devolución de saldos a Porvenir S.A. lo que corrobora que sí conocía las características propias del RAIS. En cuanto a los demás hechos, manifestó que no le constaban o no era ciertos. Formuló como excepciones de mérito las de *«prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe»*. (Expediente digital, archivo 20 pdfs 1 a 26).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia de 31 de enero de 2021, decidió (Expediente digital, archivo 21).

PRIMERO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas por PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del demandante Mario Iván Martínez Gómez con el fondo privado PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES aceptar el regreso Mario Iván Martínez Gómez al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A que una vez quede ejecutoriada esta providencia realizar el traslado de todos los dineros cotizado en la cuenta de ahorros individual de Mario Iván Martínez Gómez Herrera a COLPENSIONES

QUINTO: CONDENAR en costas a los fondos privados (sic) COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A. acéptese como agencias en derecho para cada una de ellas un salario mínimo mensual legal vigente.

SEXTO: Enviar en consulta al superior.

Para respaldar tal decisión, comenzó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar si era procedente declarar la nulidad de la afiliación del actor al RAIS y como consecuencias de esta declaración, realizar el traslado efectivo al régimen de prima media con prestación definida.



Para tal efecto, indicó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los fondos de pensiones tienen la obligación de suministrar la información necesaria desde la afiliación hasta la obtención de la pensión, a fin de que el afiliado pueda establecer la conveniencia o no del cambio de régimen. Del mismo modo, precisó que la sentencia SL1452-2019 precisó que el deber de información es una obligación a cargo de las AFP desde su creación conforme lo establecido en el estatuto orgánico financiero y que ha evolucionado con el tiempo.

Afirmó que el simple consentimiento expuesto en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información e igualmente que la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado correspondiendo al fondo privado probar que suministró la información en los términos que la ley y la jurisprudencia exigen.

Sostuvo que la sentencia SL1688-2019 establece que debe excluirse el análisis de nulidades sustanciales pues el efecto de la ineficacia es la inexistencia de efectos jurídicos del traslado desde su nacimiento, en consecuencia, es insanable y por ende la acción de ineficacia del traslado es imprescriptible.

En el caso concreto, mencionó que las demandadas se limitaron a negar la falta de información en el curso del proceso; sin embargo, en las pruebas aportadas no se evidencia haber informado al promotor sobre la conveniencia o no del traslado, beneficios y limitaciones del RAIS con respecto del RPM, pues la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente.

Por tanto, declaró la ineficacia del traslado y ordenó trasladar a Colpensiones todos los valores consignados en su cuenta de ahorro individual.



IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, Colpensiones, interpuso recurso de apelación. Para sustentar su reparo, manifestó que, el traslado del actor al RAIS goza de plena validez; no obstante, de mantenerse la decisión de declaratoria de nulidad solicitó se tenga en cuenta la devolución de los dineros por parte de la AFP demandada incluidos rendimientos, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a su propio patrimonio. También solicitó revocar la condena en costas a Colpensiones toda vez que la entidad actuó conforme a las previsiones legales.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio de auto del 31 de julio de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión, de conformidad con la Ley 2213 de 2022. Dentro del término de traslado Colpensiones y Porvenir S.A. presentaron alegatos de conclusión.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala de decisión procede a resolver el recurso de apelación presentado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma en los aspectos no apelados.

Con tal propósito, sea lo primero señalar que en este asunto no fueron objeto de reparo las conclusiones del *a quo* respecto a que: (i) el demandante nació el 12 de mayo de 1961 (ii) que estuvo



inicialmente afiliado al régimen de prima media con prestación definida y (iii) que el 1 de octubre de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual –RAIS– administrado por Colmena hoy Protección S.A., (iv) que el 1 de agosto de 2009 se trasladó a Horizonte hoy Porvenir S.A. (07ContestacionDemanda, carpeta 07PorvenirSA).

En ese contexto, corresponderá a esta Sala de decisión determinar: (i) si la *a quo* acertó al considerar que el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad de la actora debe declararse ineficaz por falta al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditar el cumplimiento de dicha obligación, (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

i. Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos privadas, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, las características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas al ejercicio



económico que desempeñan, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares e historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

En dicha línea, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, pues únicamente así se garantiza que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

De acuerdo con lo expuesto, por vía jurisprudencial se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales y se ha determinado que la simple expresión genérica de consentimiento que usualmente se plasman en los formularios de afiliación no es suficiente para acreditar tal obligación.

Asimismo, el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y, con ello, las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones; de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se hizo tránsito al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante), información que los jueces deben tener en cuenta en cada caso concreto, a efectos de establecer 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 (CSJ SL4062-2021).



ii. Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

iii. Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo.

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como, «en forma libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

Sobre el particular, en sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala de Casación Laboral explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el



Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que *«en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante»*, es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario.

Por tanto, se extrae del precedente citado que, más allá del diligenciamiento de un formulario de afiliación, la administradora de fondos de pensiones debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen, con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).



iv. Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en los casos en que la administradora de fondos de pensiones incumple la obligación de información antedicha, ello acarrea, necesariamente, la ineficacia del traslado de régimen pensional, lo cual supone que dicho acto jurídico nunca ocurrió. Al respecto, en sentencia CSJ SL5292-2021 se señaló:

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

Por otra parte, los efectos económicos de la ineficacia comprenden la devolución del dinero existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado, así como los rendimientos, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, rubros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ser indexados con cargo al patrimonio de la AFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, la conservación de todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen.

Sobre el particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2929-2022 indicó lo siguiente:

Sin embargo, en la medida que la ineficacia del cambio de régimen pensional implica que el afiliado nunca abandonó el RPMPD, ello significa a su vez que el traslado realizado hacia el RAIS no tiene relevancia jurídica, pues ha de entenderse que nunca ocurrió. En otros términos, el supuesto de hecho de los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme a los cuales quienes se trasladen voluntariamente al RAIS, a menos que tengan 15 años o más de servicios cotizados, pierden el régimen de transición (C-789-2002), no se configura cuando se declara la ineficacia del traslado, pues al amparo de esta figura ha de darse por sentado que las repercusiones jurídicas



que se esperaban con la suscripción del traslado jamás ocurrieron, o lo que es igual, que el afiliado jamás se trasladó al RAIS.

v. Caso concreto

Sea lo primero precisar, que, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, la actora se trasladó del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colmena hoy Protección S.A. el **1 de octubre de 1994**, esto es, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa y la administradora debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

En ese contexto, la AFP Colmena hoy Protección S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a el afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales; no obstante, no acreditó tal obligación, dado que se limitó a aportar el formulario de afiliación del actor, el cual, como se señaló en anteriores apartes, acredita a lo sumo un consentimiento, pero no informado.

De este modo, como se dijo anteriormente, la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del traslado que implica suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido.

Bajo este horizonte, la consecuencia económica de lo anterior es que el fondo de pensiones privado traslade a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos económicos de tal capital, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, primas de



seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia CSJ SL1467-2021, en la que expresó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se estableció que:

[...] La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Se sigue de lo anterior, que la jueza de primera instancia acertó al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional debatido, así como al considerar que la consecuencia de ello es tener por no efectuado el traslado y retornar las cosas al estado



anterior al mismo. En consecuencia, se confirmará la decisión de la *a quo* en este aspecto.

No obstante, en virtud del recurso de apelación y como quiera que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionara al numeral cuarto del proveído recurrido, en el sentido de condenar a Protección S.A. y Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos y bonos pensionales si a ello hay lugar; los gastos de administración, las cuentas de rezago si las hay y que se hubiesen emitido, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021) y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021) y debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL3803-2021).

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Adicionar al numeral 4.º de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a Protección S.A. y Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones, además de lo ya indicado en este numeral, los rendimientos financieros, los bonos pensionales si a ello hay lugar, los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, cuentas de rezagos si



las hubiere, las comisiones y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: Confirmar el fallo de primera instancia en los demás aspectos.

TERCERO: Sin costas en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada

Salvo voto frente a las costas a COLPENSIONES en primera instancia.

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

Magistrado



SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL
RAD. 76001-31-05-016202000263-01

Con el debido respeto que siempre profeso hacia las decisiones de la Sala, me permito salvar parcialmente el voto, exclusivamente en lo tocante a la condena en costas a COLPENSIONES, que en mi criterio no debe hacerse en ninguna de las instancias, por las razones que a continuación expondré.

Si bien es cierto que, el numeral 1º del artículo 365 del CGP, consagra la condena en costas a cargo de la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión propuestos; no lo es menos que, es por circunstancias todas ajenas a su actuación que COLPENSIONES resulta “condenada a”, o mejor se le da la orden judicial de recibir a el (la) demandante para ser pensionado(a) en ese régimen con el traslado de todo lo que se encuentre en el fondo privado, saldos obrantes en su cuenta individual junto con sus rendimientos financieros, así como gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que estuvo afiliado (a) a el (los) fondo (s) privado (s).

No se debe perder de vista que, COLPENSIONES no hizo parte del acto de traslado, no era la obligada a dar la información veraz, clara y concreta acerca del traslado de régimen a la parte hoy demandante, no podía retenerlo (a) en su fondo, ni tuvo injerencia para lograr su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-; adicionalmente, su negativa a acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera justa la imposición en costas; amén que al tratarse de una entidad pública es su deber intentar defender los intereses de la misma, por lo que no le es dable allanarse a la demanda.

Ergo, trasladar a COLPENSIONES, vía condena en costas las consecuencias del incumplimiento al deber de información que



incumbía a las Administradoras de Fondos Privados, es malinterpretar la teleología del artículo 365 numeral primero del CGP.

Se lee en un magistral aparte de una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. de agosto 5 de 1.980:

*"Para entender la ley no basta repasar su tenor literal. Han de conocerse también la realidad social concreta donde impere y la idiosincrasia y condiciones de los seres humanos cuya conducta rige. **La ley no es un acopio de textos rígidos, fríos e inertes que aplica un juez hierático sumido en la abstracción. Es, al contrario, una fuente dinámica, siempre antigua y siempre nueva, de progreso social y de cultura, de equidad y armonía que, a través de su recto y equilibrado entendimiento, promueve la solidaridad entre los hombres, mediante el recíproco respeto de su dignidad y de sus derechos**". (Resaltado ex texto original).*

Parágrafo que hago propio para responder a quienes consideren que, merced al numeral primero del artículo 365 del CGP, debe condenarse en costas a COLPENSIONES, amén que lo que al fondo público se le da, por el devenir jurisprudencial, más que una condena es una orden que nace de la necesidad de salvaguardar los derechos pensionales de toda una generación, que a ciegas y engañada, confió su futuro pensional a la "creación" legislativa de los fondos privados, que como muchas otras, nacieron, sin un estudio económico y financiero sólido ni responsable.

Es decir, aunque la ley procesal ordena al juez condenar al pago de las costas a la parte vencida, siendo la sentencia del juez, respecto de las costas, constitutiva, esta regla procesal no ha de entenderse como absoluta. De manera excepcional y cuando, del examen de las circunstancias del caso, el juez advierta que la condena en costas se torna manifiestamente injusta, podrá apartarse, fundamentando su decisión. En otras palabras, es posible eximir de esa condena en costas, cuando exista mérito para ello, por mediar razón fundada para litigar, pero ello no implica la mera creencia subjetiva del litigante en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino la existencia de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un justificativo para



eximirlo, lo que sobradamente sucede en los casos como el que concita la atención de esta Sala, como se ha explicado en procedencia.

Por otra parte, las injustas y múltiples condenas en costas, impuestas a COLPENSIONES en los casos de ineficacia del traslado de régimen, atentan a no dudarlo contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la planeación de la reserva pensional, que por mandato constitucional es deber de los jueces y autoridades salvaguardar.

De esta forma expongo los argumentos que defienden mi posición.

Fecha *Ut supra*.

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada ponente

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
RADICADO	760013105 01320190007501
DEMANDANT	AMANDA BLANCO VARGAS
DEMANDADOS	MOTOVALLE S.A.S y GABRIELA DEL ROSARIO URREA REYES
ASUNTO	Apelación Sentencia
TEMA	Honorarios profesionales
DECISIÓN	Confirma

En Cali, a los dieciocho (18) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Magistrada Ponente en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión Quinta, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 resuelve el recurso de apelación que la parte demandante presentó contra el fallo que el Juez Trece Laboral del Circuito de Cali profirió el 03 de diciembre de 2019, en el trámite del proceso ordinario laboral que **AMANDA BLANCO VARGAS** promovió contra la sociedad MOTOVALLE S.A.S. y la señora GABRIELA DEL ROSARIO URREA REYES.

I. ANTECEDENTES

AMANDA BLANCO VARGAS solicitó se declare la existencia de un contrato de prestación de servicios con la sociedad MOTORES DEL VALLE – MOTOVALLE S.A.S y la señora GABRIELA DEL ROSARIO URREA REYES, el cual fue incumplido por la parte contratante al darlo por terminado de manera unilateral, anticipada y sin motivo válido.

Consecuencia de lo anterior, solicita el pago de los honorarios dejados de percibir en razón de \$241.079.999, tal como fue pactado por las partes en la cláusula compromisoria del contrato, junto con los intereses de mora causados desde el 19 de julio de 2017.

Adicional a lo anterior, solicita le sea cancelada la suma de \$36.300.999 como retribución por los gastos en los que debió incurrir por la asistencia y representación legal en el presente asunto, la suma equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes a manera de indemnización por vulneración al buen nombre y el resarcimiento a su prestigio profesional mediante comunicación escrita.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que suscribió contrato de prestación de servicios con la sociedad MOTOVALLE S.A.S., para adelantar la labor de auditoría financiera y de procesos de la información necesaria para la toma de decisiones de la señora GABRIELA URREA REYES, en su calidad de presidente de la compañía.

La duración inicial del contrato fue de cuatro meses, con fecha de inicio 27 de julio de 2016; posteriormente, el 18 de octubre de 2016 las partes suscriben otro sí para ampliar la vigencia del contrato hasta el 27 de noviembre de 2017 y, nuevamente el 17 de febrero de 2017 extendieron la duración por 36 meses hasta el 01 de diciembre de 2019, mediante la suscripción de una cláusula compromisoria. Como honorarios

profesionales, las partes pactaron la suma de \$8.200.000 de pesos mensuales para el último contrato.

Afirma que, ejecutó la labor encomendada haciendo uso de su capacidad intelectual, experiencia y conocimientos como contadora, no obstante, el 18 de julio de 2017 le fue notificada la terminación unilateral del contrato de prestación de servicios, mediante comunicación en la cual se le atribuye el incumplimiento del mismo por hechos que no corresponden a la realidad, afectando con ello su buen nombre y prestigio profesional. (Cuaderno 3 primera instancia, fl. 423 a 431).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MOTORES DEL VALLE – MOTOVALLE S.A.S y la señora **GABRIELA DEL ROSARIO URREA REYES** se opusieron a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, MOTOVALLE S.A.S negó la existencia del contrato de prestación de servicios con la demandante, indicando que este fue celebrado exclusivamente entre la señora GABRIELA DEL ROSARIO URREA y AMANDA BLANCO VARGAS; por lo anterior, manifiesta no constarle los acuerdos alcanzados para la ejecución del mismo.

Por su parte, la señora GABRIELA URREA REYES, aceptó la suscripción de la cláusula compromisoria y su contenido. En lo que respecta a la finalización del contrato, afirmó que la demandante no solo incumplió con las obligaciones adquiridas, sino que también causó perjuicios a la sociedad.

En su defensa, propusieron las excepciones de mérito que denominaron «*Falta de personería por pasiva en la causa, la carga de la prueba corresponde al actor, excepción de que la señora Amanda Blanco Vargas vulneró el principio de pacta sunt*

servanda, incumplimiento del demandante de sus obligaciones contractuales, contrato no cumplido, enriquecimiento sin causa, cobro de lo no debido y la innominada o genérica.» (Cuaderno 2 primera instancia, fl. 215 a 233).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de instancia, el Juez Trece Laboral del Circuito de Cali profirió sentencia de primer grado el 03 de diciembre de 2019, en la que decidió:

- «1. ABSOLVER A MOTORES DEL VALLE SAS, MOTOVALLE SAS CON NIT. 890301680-1 Y A LA SEÑORA GABRIELA URREA REYES IDENTIFICADA CON LA C.C. 31.834.139 DE TODAS Y CADA UNA DE LAS PRETENSIONES INCOADAS EN SU CONTRA, POR LA SEÑORA AMANDA BLANCO VARGAS, IDENTIFICADA CON LA C.C. 63.281.789 POR LAS CONSIDERACIONES DE ESTA SENTENCIA*
- 2. CONSULTAR LA PRESENTE SENTENCIA CON LA SALA LABORAL DEL HTS DEL DJC*
- 3. CONDENAR EN COSTAS A LA DEMANDANTE A FAVOR DE LA DEMANDADA, LAS CUALES SE TASARÁN POR LA SECRETARIA DEL JUZGADO OPORTUNAMENTE FIJANDO COMO AGENCIAS EN DERECHO LA SUMA DE 1 SMLMV»*

Para respaldar la anterior decisión, el Juez 13 Laboral del Circuito de Cali comenzó por delimitar el problema jurídico, el cual consistió en establecer la procedencia del pago de los honorarios dejados de percibir por la terminación unilateral del contrato de prestación de servicios, así como del pago de indemnizaciones por dicha causa.

Fundamentó la decisión en que, al asunto no resultaban aplicables las normas sustantivas laborales por la naturaleza jurídica de la relación y las obligaciones que de ella derivan, siendo procedente aplicar las del código civil por tratarse de la ejecución de un contrato de prestación de servicios profesionales de una profesión liberal.

Partió por enunciar las normas que contemplan el contrato

de prestación de servicios, negocio jurídico que se caracteriza por ser consensual, en el que una de las partes confía una gestión o encargo a otra, quien realiza la labor por su cuenta y riesgo. En cuanto a la remuneración, dijo que esta puede determinarse por las partes, la ley o el juez, así, podía depender de las resultas de un proceso, pero que, en todo caso, el mandante debe pagar la remuneración estipulada o usual.

Advirtió en su pronunciamiento que, cuando se solicita el pago de una suma de dinero por honorarios dejados de percibir por la terminación unilateral del contrato, el punto de partida es el negocio celebrado; en segundo lugar, se deben evaluar las obligaciones contraídas por las partes y de conformidad con lo pactado. Así, en los eventos en los que los honorarios dependen del éxito de la gestión encomendada, se debía acreditar que aquella se realizó tal como acordaron las partes.

Para resolver el caso concreto, centró el análisis del asunto en el contenido del contrato de prestación de servicios celebrado el 15 de julio de 2016, respecto del cual se suscribe un otro sí el 18 de octubre de 2016; también tuvo en cuenta que la demandante fue quien se vinculó en razón de su profesión de contadora para realizar la labor de auditoria financiera y de procesos, pactando como remuneración inicial la suma de \$1.800.000 mensuales. Luego se ocupó de estudiar las modificaciones del contrato, como la inclusión de la empresa MOTOVALLE S.A.S a través de quien se declara su propietaria en calidad de contratante, la adición de tareas al objeto como el acompañamiento en procesos operativos y administrativos de la sociedad, al igual que el incremento de honorarios en valor de \$4.000.000 por su labor como miembro de junta directiva y la extensión de la vigencia del contrato hasta el 27 de noviembre de 2016.

Frente al instrumento contractual del 17 de febrero de 2017,

concluyó que la demandante se obligó con su contratante como su representante personal en todos los actos que se ameriten en la empresa MOTOVALLE S.A.S y agencias, a realizar las labores de auditoria financiera, de procesos, participación en junta directiva y elaboración de informes, labores a cumplir de manera eficiente y oportuna; a partir de esta adición, se pactó como precio la suma de \$8.200.000 mensuales, incluyendo los honorarios como miembro de junta directiva y una vigencia hasta el 27 de noviembre de 2017.

En lo que respecta al documento denominado cláusula compromisoria, lo tuvo como una modificación a la duración del contrato hasta el 31 de diciembre de 2019, así como la inclusión de una condición según la cual, ante la terminación unilateral por la parte contratante, sin razón valedera y sin incumplimiento previo de la contratista, se causarían los honorarios que faltaren para la terminación del contrato.

En cuanto a la terminación del contrato, consideró que estaba motivada por la falta de eficiencia de la labor encomendada y en los reparos al último informe presentado por la demandante, que no correspondía con la evaluación de desempeño financiero y operacional de la empresa, no mostraba gestión o recomendación ni propuesta de mejora.

Por lo anterior, concluyó que, aunque no era menester acreditar una justa causa pues el contrato civil puede terminar con la mera revocatoria, esa facultad legal fue subordinada por la voluntad de las partes con el documento de cláusula compromisoria, siendo deber del contratante invocar de manera razonada las falencias legales y contractuales del contratista para justificar la terminación del vínculo contractual, lo que en efecto ocurrió. (Archivo de audio, CD folio 447)

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la demandante **AMANDA BLANCO VARGAS** solicitó la revocatoria de la sentencia absolutoria. Para sustentar su reparo, manifestó que se acreditó la suscripción del contrato de prestación de servicios con las demandadas como auditora financiera y de procesos. Así mismo, se probó la ejecución entre el 27 de julio de 2016 con finalización el 27 de noviembre de 2016, la ampliación de la vigencia a un año hasta el 27 de noviembre de 2017 y el incremento del valor del salario (sic) a \$6.800.000.

Aclara que, unas eran las funciones de la demandante como asesora de la familia URREA REYES y otra como integrante de la junta directiva de MOTOVALLE S.A.S, en todo caso, cumplió el objetivo contractual de acompañamiento a todas las áreas y procesos.

Que, en enero de 2017 se suscribió un nuevo contrato de prestación de servicios profesionales independiente, en este, se ampliaron las funciones de la demandante y la remuneración pactada a un total de \$8.200.000.

En cuanto a los salarios dejados de percibir, insiste en su procedencia teniendo en cuenta que la vigencia del contrato se extendió hasta el 31 de diciembre de 2019, al incurrir la demandada en el incumplimiento del contrato por terminación unilateral el 18 de julio de 2017, considera se causaron la totalidad de los honorarios hasta la fecha de terminación, en virtud de la cláusula compromisoria pactada, pues la demandante cumplió con sus labores y desempeño sin que se presentaran llamados de atención.

Así mismo, reclama el pago de los honorarios en que tuvo que incurrir para la asesoría legal y representación judicial, para

reclamar por vía judicial el incumplimiento del contrato.

En cuanto a la indemnización del daño moral, estima su procedencia en virtud de lo normado por el Art. 64 del C.S.T., el cual prevé la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, la cual incluye el daño por la pérdida de la expectativa a percibir honorarios.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio de auto de 11 de julio de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión. Dentro del término de traslado.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala de decisión procede a resolver el recurso de apelación formulado por la demandante.

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no fue objeto de reparo las conclusiones del *a quo* respecto a que: (i) la señora AMANDA BLANCO VARGAS prestó servicios personales como contadora en favor de la sociedad MOTORES DEL VALLE – MOTOVALLE S.A.S y su propietaria GABRIELA DEL ROSARIO URREA REYES, por la ejecución de sendos contratos de prestación de servicios profesionales; (ii) el 17 de febrero de 2017 las partes modificaron el contrato en cuanto al objeto y valor, así mismo, pactaron honorarios en la suma de \$8.200.000 mensuales; (iii) con documento del 17 de febrero de 2017 denominado cláusula compromisoria, las partes extendieron la duración del contrato hasta el 31 de diciembre de 2019 e incluyeron cláusula especial por terminación unilateral de la parte contratante, consistente en el pago de los honorarios que

faltaren para la terminación del contrato y, (iv) con misiva del 18 de julio de 2017 la señora GABRIELA URREA REYES comunica a la demandante la decisión terminación anticipada del contrato de prestación de servicios profesionales, por incumplimiento de las labores asignadas.

En ese contexto, corresponde a esta Sala de decisión determinar: si el *a quo* acertó al concluir que las motivaciones plasmadas en la misiva del 18 de julio de 2017, a partir de la cual se dio por terminado el contrato de prestación de servicios, corresponden al incumplimiento de las obligaciones a cargo de la señora AMANDA BLANCO VARGAS y, por ende, hacen inaplicable la cláusula compromisoria suscrita entre las partes.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) *del régimen legal del contrato de prestación de servicios*, (ii) *las penalidades de los contratos de prestación de servicios como forma de remuneración*, (iii) *el caso concreto*.

i. Del régimen legal del contrato de prestación de servicios.

En jurisprudencia de vieja data, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral tiene sentado que el régimen legal que regula la prestación profesional de servicios es el previsto en el contrato de mandato de los artículos 2.142 y siguientes del Código Civil¹, por cuanto así lo prevé el artículo 2.144 *ibidem*, cuando señala que: “*Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato*”. De lo expuesto, resulta acertada la fundamentación normativa de la sentencia apelada, en tanto desató la *litis* en aplicación del régimen

¹ Sentencia del 10 de diciembre de 1997, radicación 10046, M.P. Dr. Fernando Escobar Henríquez, reiterada en la decisión CSJ SL 1570 de 2015.

sustantivo del Código Civil, a diferencia de la parte actora que, dentro de las razones de derecho y la finalidad del recurso presentado, alude al régimen laboral del Código Sustantivo de Trabajo.

La aclaración resulta importante porque, cuando no se encuentra en discusión el vínculo contractual de prestación de servicios, no es dable hacer alusión al pago de salarios ni son aplicables los sistemas de indemnización establecidos por el legislador para resarcir los daños irrogados al trabajador por terminación injusta del contrato, pues existe un régimen particular que se ocupa de regular los aspectos que corresponden a la naturaleza del contrato de mandato, sus elementos, remuneración y forma de terminación, etc.

Entonces, corresponde a esta Sala de Decisión, definir si a la demandante le asiste derecho al pago de los honorarios dejados de percibir, por causa de la terminación anticipada del contrato de prestación de servicios, así como la indemnización del daño emergente y moral.

Para el efecto, se trae a colación lo establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso que dispone:

«ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

[...]»

Del artículo precedente se desprende que, la parte debe probar la premisa normativa u ocurrencia del hecho para reclamar la consecuencia jurídica, así, la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral en sentencia CSJ SL 4902-2021 ha indicado que el interesado que pretenda el pago de honorarios de un contrato de prestación de servicios debe demostrar:

«i) que celebró un contrato para una gestión determinada, partiendo de la base que a las partes les ha quedado la facultad primigenia para definir la contraprestación de los servicios, y si existe ese pacto, aquél se erige en la fuente que normalmente define la controversia generada, en razón al tipo de cláusulas y el objeto del contrato; ii) que ésta fue realizada y, iii) que conforme con las reglas o clausulado celebrado entre las partes, se tasó un reconocimiento monetario.»

En el presente asunto, las partes acordaron la ejecución de unas determinadas tareas que requerían los conocimientos contables de la demandante y que, por sus características eran de ejecución periódica; como pago, se pactó una remuneración mensual. Ahora, dado que se impidió a la demandante continuar desempeñando sus funciones antes de la expiración del término fijado, se reclama la causación de los honorarios por el tiempo que hacía falta para el total desempeño del negocio, aspecto sobre el cual partes dejaron plasmada una penalidad, bajo condición de no existir razón valedera ni incumplimiento de la contratista.

ii. De las penalidades de los contratos de prestación de servicios como forma de remuneración

Conviene aclarar que, en este caso, la denominación que las partes dieron a una adenda contractual no tiene correspondencia con la figura de su enunciado, teniendo en cuenta que, con una cláusula compromisoria las partes de un contrato se obligan a someter las diferencias que surjan de su ejecución a la decisión de un árbitro o tribunal de arbitramento, es decir, corresponde a un acuerdo sobre controversias futuras y la elección de mecanismos alternativos de conflictos para su resolución.

Conforme la anterior definición, el título dado al documento del 17 de febrero de 2017 que aquí se analiza, difiere del objetivo que se persigue con ese tipo de cláusulas.

No obstante, a pesar de la denominación equivocada del tipo de negocio jurídico, ello no impide asumir el estudio de su

contenido atendiendo a la finalidad de lo acordado por las partes, que no es cosa distinta al establecimiento de una multa o penalidad por terminación anticipada del contrato.

Ahora, el contrato de mandato se termina por cualquiera de las causales contempladas en el Art. 2189 CC, una de las cuales es la revocación del mandante. Esta revocación se puede tácita o expresa —Art. 2190 ib.—, sin embargo, la ley no contempla la existencia de causales generales o específicas para que opere, de suerte que, el mandante (para el caso contratante), puede acudir a esta forma de terminación sin que sea necesario alegar razón o justificación, decisión que surtirá efectos desde el momento que la de a conocer al mandatario (contratista).

Pese a lo anterior, fue el querer de las partes establecer una condición a la potestad de revocatoria, ligándola a la existencia de una razón o justificación y, en caso de no existir, el ejercicio de tal prerrogativa traería una consecuencia onerosa a cargo del contratante, quien quedaba obligado al pago total de los honorarios como si se hubiese agotado en su totalidad el objeto contractual.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias CSJ SL 2385-2018, reiterada en sentencia SL 020-2023, señaló que los conflictos jurídicos originados en el reconocimiento y pago de honorarios por servicios profesionales de carácter privado, también abarca a toda clase de obligaciones que surjan de la ejecución o inejecución del contrato, como las sanciones y multas, las cuales también hacen parte de la remuneración del servicio.

Ahora bien, aunque se ocupó de manera principal del aspecto procesal de la competencia, interesa al *sub lite* las consideraciones según las cuales, las cláusulas penales, sanciones, multas o cualquier otra denominación, también

constituyen una retribución a la actividad o gestión profesional en los eventos donde se impidió que se prestara el servicio.

En palabras de la alta corporación:

« Puesto en otros términos, para el caso de los contratos de mandato o de prestación de servicios profesionales de carácter privado, la cancelación de los honorarios pactados tiene la obligación por parte del deudor o contratante de cubrirlos, siempre y cuando el acreedor o contratista haya cumplido con el objeto del contrato, así como también debe tenerse de presente que las denominadas cláusulas penales, sanciones, multas, etc., hacen parte de las denominadas «remuneraciones», teniéndose en cuenta que las mismas constituyen la retribución de una actividad o gestión profesional realizada a la cual se compromete el contratista en defensa de los intereses del contratante, aun en los eventos de que por alguna circunstancia se impida que se preste el servicio, por consiguiente, desde esta perspectiva, también resulta competente el juez laboral para conocer del presente asunto.»

De esta manera, con la cláusula pactada las partes anticiparon el pago de los eventuales perjuicios por incumplimiento del contratante, a partir del cual se causarían la totalidad honorarios por el tiempo determinado para la ejecución del negocio jurídico.

Lo anterior va de la mano con lo prescrito en el artículo 2143 del Código Civil, norma que señala que la remuneración puede ser determinada por la convención de las partes, la Ley y por el Juez, sin embargo, el numeral 3º del artículo 2184 de la misma normatividad, dispone que el mandante está obligado, entre otras, a pagarle al mandatario la remuneración estipulada o la usual.

iii. Caso Concreto

Hace parte del material probatorio el contrato de prestación de servicios suscrito en enero de 2017, en el cual se describió con detalle su objeto, con la consignación expresa de cuatro labores principales: a.) auditoria financiera, b.) auditoria de procesos, c.) participación en junta directiva y d.) presentación de informes. A su vez, para cada labor fueron listadas las tareas particulares que van desde revisiones mensuales a revisiones aleatorias de

información, revisorías fiscales, verificación de cumplimiento de planes de control, reuniones con jefes de otras dependencias, supervisión de procesos críticos o de riesgo, entre otros. Por último, la demandante se obligó a la presentación de informes que reflejaran completa y detalladamente los trabajos realizados.

Para acreditar el cumplimiento del objeto contractual, la señora AMANDA BLANCO VARGAS arrió como prueba dos informes rendidos a la señora GABRIELA URREA REYES, uno del 15 de junio de 2017 en respuesta a requerimiento del 09 de junio de ese año, y otro fechado del 04 de julio de 2017 en respuesta a comunicación del 23 de junio de la misma anualidad.

De otra parte, ofreció los testimonios de ADRIANA AMAYA KERQUELEN, ORLANDO MORENO ECHAVARRÍA, JENNIFER ROSERO y LUZ STELLA LÓPEZ SALAZAR, de los cuales solo fueron útiles los dos últimos, quienes dieron razón de sus dichos dada su relación laboral con MOTOVALLE S.A.S., lo que les permitió aportar información sobre algunas actividades realizadas por la señora AMANDA BLANCO VARGAS para llevar a cabo la auditoría de procesos.

En cuanto a las gestiones como integrante de junta directiva, la Sala encuentra satisfecha esta labor a partir del contenido de las actas de reunión aportadas, en la cuales se evidencia la asistencia de la demandante a las sesiones programadas, bien como invitada de la señora GABRIELA URREA REYES o como integrante de la junta. En este aspecto, el reproche se hace respecto de las decisiones adoptadas *motu proprio* por la demandante, sin contar con la autorización de los demás miembros de la junta o de la propietaria de MOTOVALLE S.A.S.

Sobre el particular, esta Sala estima que solo se le puede atribuir a la demandante parte de la responsabilidad por el manejo del evento relacionado con el arrendamiento de una

bodega en la ciudad de Bogotá, a partir del testimonio del señor ORLANDO MORENO ECHAVARRÍA, quien dice haber asumido la representación legal en el asunto, encomendado por la señora AMANDA BLANCO; por esta razón y, de cara a las decisiones que le significaron riesgo a MOTOVALLE S.A.S de reporte negativo en las centrales de riesgo, lo que finalmente no ocurrió, queda en evidencia el desarrollo ineficiente de la tarea de supervisión de procesos críticos o de riesgo. En lo que atañe a la autorización de nuevos cargos e incrementos salariales sectorizados, no obra prueba que la demandante estuviera en la posibilidad de adoptar individualmente dichas decisiones, mucho menos su injerencia en los jefes de área encargados de ejecutar tales determinaciones.

De esta manera, se encuentra acertada la conclusión del *a quo* en cuanto a la ineficiencia de la gestión encomendada, en especial, por incumplimiento de tareas de auditoría a partir del contenido y posterior reparto al último informe presentado por la demandante, el cual no tenía correspondencia con la evaluación de desempeño financiero y operacional de la empresa, no mostraba gestión, hallazgos en la tarea de verificación de planes de control, ni de las determinaciones adoptadas en junta directiva, entre otras tareas específicas que se obligó a realizar.

Aunque la demandante al rendir declaración y absolver interrogatorio de parte hace alusión al éxito de los contratos anteriores, no puede dejarse de lado que desde el año 2017 determinó acordar mayores responsabilidades no solo frente a la propietaria de MOTOVALLE S.A.S, sino también frente a la persona jurídica, luego los ejercicios exitosos en auditoría al proceso de ventas y de repuestos en años anteriores, en especial el año 2016, no podían traerse como prueba de gestión en el año 2017, cuando ya estaba vigente un nuevo mandato con las modificaciones ya estudiadas.

De esta manera, la demandante no logró demostrar que

durante el año 2017 hubiese realizado de manera oportuna y eficiente las labores de auditoría financiera y de procesos, tampoco rindió informes contentivos de hallazgos, análisis de riesgo o pérdidas para MOTOVALLE S.A.S, ni aún en los que presentó a pedido de la señora URREA REYES, el que aceptó al absolver interrogatorio de parte, solamente reflejaba un diez por ciento de la gestión realizada en el año 2017.

En definitiva, lo que pretende la parte actora es el reconocimiento y pago de honorarios desconociendo los términos contractuales pactados en el mandato, en este caso, sobre tareas por las cuales no acredita ninguna gestión, al menos en la forma pactada, lo que de cara al contrato de prestación de servicios suscrito y las normas aplicables, es a todas luces improcedente.

Por lo anterior, como la parte contratante demandada conservaba por disposición legal la potestad de revocar el mandato, advertidas las falencias en la ejecución de lo encomendado hizo uso de la misma y procedió a dar por terminado el contrato, dando a conocer la determinación y las motivaciones en la misiva del 18 de julio de 2017, cumpliendo de esta manera con la condición de existencia de una razón valedera, con la cual resulta improcedente la penalidad.

Así las cosas, no se causan los honorarios reclamados y por ende, tampoco hay lugar al reconocimiento de los gastos de abogado en los que tuvo que incurrir la señora AMANDA BLANCO VARGAS, sobre lo cual cumple indicar que, tal pretensión es propia de las costas y agencias en derecho de un proceso, lo que no necesariamente conlleva al reconocimiento total de los honorarios pactados para la representación judicial de una de las partes, pues su causación depende del éxito en la causa y su liquidación se encuentra reglada y tarifada (Art. 365 C.G.P).

Por último, tampoco hay lugar al reconocimiento de

perjuicios morales ni resarcimiento del prestigio profesional, pues no se acredita que por parte de las demandadas se haya causado daño con la revocatoria del mandato, pues, insístase, estuvo precedida de causa y motivación y tampoco hay evidencia que a partir de ella se haya emitido recomendación negativa o desfavorable en contra de la señora AMANDA BLANCO, mucho menos que su contenido se haya puesto en circulación o en conocimiento de terceros, con intención de desprestigiar a la profesional.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala quinta de decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 387 del 03 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la promotora del proceso y en favor de las demandadas. Inclúyase como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente (\$580.000).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Laboral

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO
Magistrada ponente

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
RADICADO	76001310500920210032401
DEMANDANTE	ARIEL POSSU VÁSQUEZ
DEMANDADO	NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
LISTISCONSORTES NECESARIOS POR PASIVA	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES PORVENIR S.A. FIDUPREVISORA S.A.
ASUNTO	Apelación – Consulta Sentencia
TEMA	Devolución de aportes – Bono pensional
DECISIÓN	Confirma

En Cali, a los dieciocho (18) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Magistrada Ponente en asocio con los demás integrantes de la Sala de Decisión Quinta, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 resuelven los recursos de apelación que interpusieron la demandada **NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y la vinculada **PORVENIR S.A.**, respecto de la Sentencia No.091 proferida el 31 de marzo de 2022 por la Juez Novena Laboral del Circuito de Cali, en el trámite del proceso ordinario laboral que

SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

ARIEL POSSU VÁSQUEZ promovió en su contra, así, como el grado jurisdiccional de consulta en favor de las vinculadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, FIDUPREVISORA S.A.** y frente a los asuntos no apelados.

I. ANTECEDENTES

Ariel Possu Vásquez convocó a juicio a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de que fuera condenada al reconocimiento y pago de Bono Pensional Tipo A, por aportes efectuados al ISS hoy Colpensiones, y que, como consecuencia de lo anterior, pretendió que dichas sumas fueran giradas a su Cuenta de Ahorro individual administrada por PORVENIR S.A, además de la indexación y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 30 de octubre de 1958, que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 04 de octubre de 1985 administrado en ese entonces por el ISS, hoy Colpensiones donde cotizó un total de 3,634 días correspondientes a 519 semanas por el periodo comprendido entre la fecha de afiliación y el 31 de agosto de 1998, periodo laborado al servicio de empleadores privados; sostuvo que se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A en el mes de septiembre de 1998, al que cotizó un total de 492 semanas, para un total de 1.011 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones; afirmó que el 23 de noviembre de noviembre de 2020 solicitó la devolución de saldos al no acreditar los requisitos necesarios para pensionarse en Porvenir S.A.

Señaló que Porvenir S.A le realizó la devolución de los saldos

de la cuenta individual, indicándole que el dinero correspondiente al bono pensional debía ser solicitado ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Relató que prestó servicio como docente municipal por más de 20 años en la Institución Educativa, TÉCNICO INDUSTRIAL DONALD RODRIGO TAFUR del municipio de Cali, Valle, por lo que la Secretaría Municipal de Santiago de Cali le reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación por medio de la Resolución No. 4143.0.21.7908 del 12 de septiembre de 2014 que solo tuvo en cuenta los tiempos laborados y cotizados desde el 01 de septiembre de 1988 al 30 de octubre de 2013 para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no las aportadas al RPMPD administrador por el ISS.

Indicó que el 18 de enero de 2021 bajo radicado No. 1-20231-003522 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informó sobre la emisión del bono pensional y que recibió respuesta negativa el 05 de febrero de 2021.

El *a quo* por auto del 28 de julio de 2021 ordenó integrar como *litisconsorte necesario por pasiva* a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, y a la **FIDUPREVISORA S.A.**, como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG, (PDF No. 07 Cuaderno Primera Instancia).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público se resistió a las pretensiones de la demanda señalando que el demandante de manera errada se afilió al RAIS, el 05 de agosto de 1998, a pesar de hacer parte de un Régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, por lo que no es procedente el reconocimiento del Bono Pensional al tratarse de recursos públicos. Frente a los hechos aceptó los correspondientes a la fecha de nacimiento y edad, la afiliación del demandante al RAIS administrado por Porvenir S.A, el reconocimiento de la pensión de jubilación con cargo al FOMAG, la solicitud de emisión de bono pensional y la respuesta suministrada, de los demás advirtió no constarle.

En su defensa arguyó las excepciones de *«Inexistencia de la obligación, reconocimiento del respectivo beneficio pensional a cargo del ISS y no de la Nación – Ministerio de Hacienda»* (Pdf 17 Cuaderno de Primera Instancia).

Las integradas como litisconsortes necesarios por pasiva procedieron a contestar la demanda de la siguiente manera:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda destinadas al reconocimiento, pago y giro de Bono Pensional Tipo A, señalando que al demandante le fue reconocida pensión de jubilación con recursos del fondo del Magisterio, por lo que resultan incompatibles las prestaciones con la emisión y pago del bono pensional, asimismo, señaló que de conformidad con la historia laboral actualizada al 2021 solo se reportan cotizaciones por 302,71 semanas.

Admitió como ciertos los hechos relacionados con la edad, fecha de nacimiento del actor, el traslado del RPMPD al RAIS administrado por PORVENIR en el año 1998, las 302,71 semanas cotizadas al RPMPD, las 492 semanas aportada al RAIS para un total de 794,71 semanas, el reconocimiento de pensión de jubilación, la petición elevada al Ministerio de Hacienda y la respuesta recibida, frente a los demás hechos, precisó que no le constaban. En su defensa planteó las excepciones de *«Falta de Legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, innominada»* (PDF No.19 Cuaderno de Primera Instancia).

La integrada **Porvenir S.A** no se opuso a la prosperidad de las pretensiones, precisó que su intervención en el proceso obedece a los aportes efectuados por el demandante al fondo del RAIS en los últimos años de su vida, por lo que las pretensiones están dirigidas en contra del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Expuso que eran ciertos los hechos señalados respecto de la fecha de nacimiento y edad del demandante, el traslado del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A, señala que es cierta la densidad de semanas señalada aclarando que en la AFP Porvenir figuran 488,1 semanas, la solicitud y devolución de aportes, el servicio prestado por el demandante como docente municipal y reconocimiento de la pensión de jubilación, la solicitud presentada ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la respuesta suministrada. Sostuvo no constarle los demás hechos narrados en el libelo genitor. Planteó como excepciones las de *«Prescripción, innominada o genérica, buena fe»* (Pdf22 Cuaderno de Primera Instancia).

La Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES

DEL MAGISTERIO- FOMAG sostuvo que no hay lugar a oponerse a las pretensiones toda vez que fueron formuladas en contra del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; en lo relativo a los hechos de la demanda sostuvo no constarle los mismos, salvo los relativos a la fecha de nacimiento, edad y reconocimiento de pensión de jubilación como docente municipal.

En su defensa propuso las excepciones de *«Falta de Legitimación en la causa por pasiva, prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación, buena fe, genérica»* (Pdf 42 Cuaderno de Primera Instancia).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de instancia, la Juez Novena del Circuito de Cali profirió sentencia¹ No.091 el 31 de marzo de 2022 en la que decidió declarar no probados los medios exceptivos, absolvió a la FIDUPREVISORA y al FOMAG de cualquier pretensión en su contra, condenó a la demandada Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la liquidación, emisión y pago del bono pensional, previa solicitud de la AFP y a trasladarlo con destino a la AFP Porvenir, ordenó a Colpensiones la corrección de historia laboral con miras a que el actor la autorizara, y la devolución de saldos al actor, además ordenó la indexación y condenó en costas a la vencida en juicio. (Audio Archivo No. 45 ED)

Para respaldar tal decisión, comenzó por señalar que el problema jurídico² consistía en determinar si al demandante le asiste el derecho a que la accionada, LA NACIÓN – MINISTERIO

¹ A partir del minuto 48:46 (Archivo 45 ED)

² A partir del minuto 15:34 (Archivo 45 ED)

DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, le reconozca y pague Bono Pensional Tipo A, y como consecuencia de ello, se ordene a la demandada, girar a la cuenta de ahorro individual de la AFP PORVENIR S.A., los valores correspondientes por el Bono Pensional Tipo A, la procedencia de la indexación y frente a las integradas como litis consortes necesarias por pasiva, Colpensiones, Porvenir S.A., y La Previsora – Fiduprevisora, les asiste alguna responsabilidad frente a las pretensiones reclamadas por el accionante.

Consideró que no estaba en discusión³, el reconocimiento de la pensión de jubilación del demandante a partir del 01 de noviembre de 2013 que fuera realizado por medio de la Resolución No. 4143.0.21.7908 del 12 de septiembre de 2014 del municipio de Santiago de Cali, la solicitud de emisión del Bono Pensional Tipo A, la respuesta negativa dada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la afiliación del demandante a Porvenir S.A.

De la valoración de la prueba documental que fuera aportada por las partes y las integradas, señaló que el demandante solicitó la devolución de aportes el 23 de noviembre de 2020, aprobado por misiva del 26 de noviembre de la misma anualidad, por lo que le fue reconocida la suma de \$ 84.613.704.

Sostuvo la *a quo*, que en la Resolución No. 4143.0.21.7908 del 12 de septiembre de 2014 de la oficina de prestaciones sociales de la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, se indicó que el demandante prestó sus servicios para la Oficina de Prestaciones Sociales del departamento del Valle desde el 01 de septiembre de 1988 hasta el 01 de julio de 1989 para un total de

³ A partir del minuto 31:29(Archivo 45 ED)

226 días; del 02 de octubre de 1989 al 02 de julio de 1990 para un total de 217 días; del 04 agosto de 1990 al 02 de abril de 1991 un total de 241 días; del 08 de octubre de 1991 al 08 de agosto de 1992 un total de 181 días; desde el 14 de septiembre de 1992 hasta el 30 de octubre de 2013 un total de 7.607 días, para un total de 8,472 días al servicio de la Secretaría de Educación de Cali,, por lo que se han presentado inconsistencias en la historia laboral.

Así también de la valoración probatoria, señaló la Juez de primera instancia que el demandante nació el 30 de octubre de 1958, por lo que a la fecha de la audiencia tenía 63 años; que de la historia laboral aportada por Colpensiones en su contestación, se encuentran acreditadas 302,71 semanas cotizadas entre el 05 de septiembre de 1989 al 31 agosto de 1998 al servicio de empleadores privados, que de la Historia laboral aportada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se señalaron 308 semanas cotizadas y finalmente, en la Historia laboral consolidada emitida por la AFP Porvenir, se indicó que el demandante tenía 519 semanas cotizas al ISS, lo que deja en evidencia inconsistencias en la historia laboral del accionante.

Estimó que no existía razón atendible para que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Oficina de Bonos Pensionales, se haya negado a liquidar, expedir y pagar el bono pensional por los tiempos laborados por el demandante y cotizados al ISS, máxime que superaba las 150 semanas al momento del traslado al RAIS, asimismo, consideró que no eran incompatibles las prestaciones debido a que su fuente de financiación era diferente.

Citó para tales efectos los artículos 31, 66, 279, de la ley

100 de 1993, las sentencias del 09 de octubre de 2020 de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bucaramanga, MP Lucrecia Gamboa Rojas y las sentencias CSJ SL 1527-2019, SL 13181-2015, SL 2649-2020.

Por lo anterior, concluyó que la pensión de jubilación reconocida al demandante resultaba compatible con la emisión del bono pensional Tipo A y la devolución de saldos en el RAIS, pues dichos aportes no forman parte del erario conforme el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, por lo que deben computarse todos los tiempos cotizados pues que el demandante tiene derecho a que se emita Bono Tipo A según clasificación Decreto 1299 de 1994.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la AFP Porvenir S.A apelaron. En el recurso⁴ la apoderada el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sostuvo que no hay lugar a la actualización de historial laboral pues no fueron cuestionadas las semanas que fueron señaladas en las pruebas allegadas por Colpensiones y la Oficina de bonos pensionales, por lo que pide que se revoque la orden dada por el Juzgado en ese sentido.

Porvenir por su parte, en su recurso⁵ señaló que, si bien no se dio condena concreta para la administradora de pensiones, el lenguaje usado da lugar a entender que se dio incumplimiento de

⁴ A partir del minuto 56:39 (Archivo 45 ED)

⁵ A partir del minuto 58:44 (Archivo 45 ED)

las obligaciones por lo que debe modularse la condena a una sugerencia.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio de auto del 13 de junio de 2023, este despacho corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión de conformidad con la ley 2213 de 2022. Sin que las partes se pronunciaran.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con el recurso presentado por la parte demandada Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la AFP Porvenir S.A, en virtud del principio de consonancia respecto de los asuntos apelados y el grado jurisdiccional de consulta en favor de las entidades públicas en los asuntos no apelados, conforme al artículo 69 C.P.T. Y S.S., modificado por la Ley 1149 de 2007 art. 14, por haber sido la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones en los asuntos no cuestionados, a este Tribunal le corresponde dilucidar sí: *(i) la pensión de jubilación que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocida al actor, es compatible con la expedición del bono pensional por parte de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a efectos de que sea incluida en el cálculo de la devolución de saldos, (ii) si dicho bono es procedente pese a que está dirigido a integrar la devolución de saldos y no a financiar una pensión, (iii) si hay lugar a la actualización de historia laboral y (iv) si deben revocarse o modificarse las órdenes dadas a Porvenir S.A.*

Para resolver los problemas jurídicos planteados, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) Que el demandante nació el 30 de octubre de 1958, (ii) que el 18 de enero de 2021 elevó solicitud de emisión de bono pensional al Ministerio de Hacienda y Crédito Público por un total de 519 semanas cotizadas al ISS (iii) Que el Ministerio por medio de comunicado del 05 de febrero de 2021 negó la procedencia de la solicitud, al estimar incompatibles las prestaciones derivadas de la pensión de jubilación reconocida con la emisión y redención de Bono Pensional Tipo A (iv) de la Historia laboral válida para emisión de Bono pensional emitida por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se demostraron 308 semanas cotizados al ISS, del historial emitido de Porvenir el 22 de octubre de 2020 se señalan 519 semanas aportadas al RPMPD, (v) se tiene además que la Secretaría de Educación Municipal de Cali, por medio de la Resolución No. 4143.0.21.7908 del 12 de septiembre de 2014, reconoció pensión vitalicia de jubilación en cuantía mensual de \$ 2.229.808, a partir del 01 de noviembre de 2013, (vi) Que con la contestación de Colpensiones se aportó historia laboral donde se acreditan 302,71 semanas, (vii) que el demandante se afilió a Porvenir S.A el 05 de agosto de 1998 (viii) Que el demandante elevó solicitud de devolución de saldos el 23 de noviembre de 2020 (ix) que la AFP Porvenir hizo devolución de aportes al demandante por la densidad de 488,1 por un total de \$84.613.704 (fl. 12 a 42 Archivo No. 06, fl 127 a 137 Archivo No. 19, fl. 8 a 190 a Archivo No. 22 Cuaderno Primera Instancia)

i. La compatibilidad entre las prestaciones de sistema general de pensiones – Regímenes exceptuados (prestaciones reconocidas del FOMAG)

A través de Ley 60 de 1993 se permitió la afiliación de los docentes territoriales al Fondo de Prestaciones Económicas del Magisterio, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 establece que a los afiliados al régimen de seguridad social de los docentes se les exceptúa la aplicación que dispone la ley 100 en materia de seguridad social. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

La Ley 812 de 2003, en su artículo 81 dispone que el Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la mentada ley.

Frente al particular ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que la compatibilidad entre las prestaciones pensionales que se pagan por parte del FOMAG a los maestros, y

las que alcancen a configurar en el sistema general de pensiones (SL-2655 de 2018 y la SL-1025 de 2019).

Así entonces no significa que no puedan tenerse en cuenta las cotizaciones que se efectuaron al ISS, hoy Colpensiones, y que deben estar representados en un bono pensional tipo A, pues ha reiterado la Sala Laboral del órgano de cierre de la jurisdicción laboral, que esos aportes son fruto de su trabajo de los afiliación y deben ingresar a su cuenta de ahorro individual a fin de tenerlos como parte del capital acumulado para los fines a que haya lugar, entro otros se aceptó la inclusión de los bonos pensionales para efectos de devolución de saldos en el marco del RAIS .

Y si bien, en principio los bonos pensionales han operado como fuente de financiación de las pensiones, se ha aceptado por la jurisprudencia inclusión de los bonos pensionales para efectos de devolución de saldos en el marco del RAIS.

Ello, porque se ha entendido que (i) el bono pensional y la devolución de saldos no son erogaciones excluyentes y, (ii) si bien los bonos pensionales fueron concebidos inicialmente con el fin de contribuir a la financiación de la pensión, lo cierto es que en el régimen de ahorro individual con solidaridad hacen parte de una reserva de propiedad del afiliado que debe serle reintegrada cuando no alcanza los límites legales para pensionarse (CSJ SL451-2013, CSJ SL17421-2017, CSJ SL 5470-2018 CSJ SL5041-2021 y SL1127-2022).

ii. De la actualización de la historial laboral

En línea de lo señalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se tiene que las administradoras de pensiones tienen la obligación de custodia, conservación y guarda de la información

de las historias laborales de sus afiliados, garantizando un contenido confiable al emitir ya que por regla general se presumen legales por intermedio de sus plataformas digitales o físicas, máxime cuando expiden los actos administrativos, como se ha sostenido en sentencias SL 5172-2020 , SL 4167-2021 y SL 1116-2022.

iii. Del caso sub examine y de los reparos concretos

Estima la Sala que el bono pensional Tipo A en favor del demandante, es compatible con la pensión de jubilación reconocida al actor los bonos pensionales deben integrarse con el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual y, en caso de que no alcance a financiar una pensión de vejez en ese régimen, tiene que unirse a la devolución de saldos en los términos del artículo 66 de la Ley 100 de 1993.

Frente a la actualización de la historia laboral del actor, estima la Sala, que la orden dada en este sentido resulta totalmente acertada, en la medida en que en el proceso se evidenciaron inconsistencias en la historia laboral mismas que han de ser corregidas a efectos de liquidar, emitir , redimir y girar el bono pensional, ahora, señalo la recurrente que no fueron objeto de discusión los tiempos señalado en la historia laboral, se tiene que desde el escrito genitor el actor pidió el reconocimiento de un bono pensional por total de 519 semanas, por lo que no hay lugar a revocar lo resuelto frente a este particular.

En lo que respecta al resuelve de la sentencia apelada por Porvenir S.A y que fueron cuestionadas por el apoderado, no comparte la Sala los reparos efectuados, pues es claro que en el

marco del proceso judicial se impartan órdenes y no “sugerencias”, resaltando que el cumplimiento y ejecución de órdenes judiciales no se puede dejar a disposición de los vinculados de cara a zanjar las controversias ventiladas en la jurisdicción.

Por tanto, de la revisión de las actuaciones procesales, piezas obrantes en el expediente, consideraciones efectuadas por la *a quo*, en consonancia con los reparos advertidos en los recursos de apelación formulados y en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de Min Hacienda, no encuentra la Sala defectos en el trámite del proceso que den lugar a una nulidad, o argumentos que den lugar a modificar o revocar la sentencia de primer grado.

Costas en esta instancia a cargo de la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de la AFP Porvenir S.A a favor del demandante.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala quinta de decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Sentencia No.091 proferida el 31 de marzo de 2022 por la Juez Novena Laboral del Circuito de Cali.

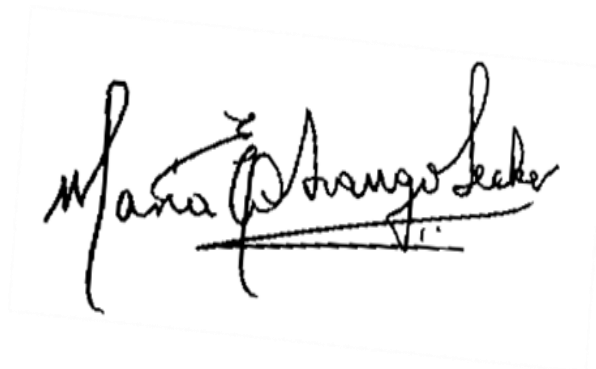
SEGUNDO: Costas de la segunda instancia a cargo de la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Porvenir S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de un millón ciento sesenta mil pesos (\$1.160.000) a cargo de cada una y a favor del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO
Magistrada



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO
Magistrado



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO
Magistrada ponente

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
RADICADO	760013105 00420220054301
DEMANDANTE	DORIS MARCELA HERNÁNDEZ ÁLVAREZ
DEMANDADO	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO	Apelación Sentencia
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN	Adiciona y Confirma

En Cali, a los dieciocho (18) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Magistrada Ponente en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión Quinta, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, resuelve los recursos de apelación que **DORIS MARCELA HERNÁNDEZ ÁLVAREZ** y **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** interpusieron contra la sentencia proferida por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cali el 8 de junio de 2023, en el proceso que **DORIS MARCELA HERNANDEZ ALVAREZ** instauró en contra de la recurrente la AFP **PROTECCIÓN S.A** y la AFP **PORVENIR S.A**; asimismo, el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES** en los puntos no apelados.



I. ANTECEDENTES

Doris Marcela Hernández Álvarez solicitó que se declare «ineficaz» su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por Porvenir S.A. y su posterior traslado a Protección S.A. En consecuencia, solicitó se declare que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida. A su vez, se condene a Porvenir S.A. y a Protección S.A. a restituir en un término de 15 días a Colpensiones las cotizaciones, bono pensional, frutos, rendimientos e intereses, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Se condene a Colpensiones a que en un término de 15 días al recibimiento de todos los valores anteriormente señalados actualice la historia laboral. Finalmente solicitó se acceda a lo probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 8 de junio de 1962. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 10 de marzo de 1993 hasta el 31 de enero de 1998, fecha en que suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A. y que posteriormente el 31 de enero de 2005 suscribió solicitud de vinculación a Protección S.A.

Señaló que, al momento de los traslados, no medió una asesoría respecto de las condiciones pensionales del RAIS, ni características y diferencias de ambos regímenes. Sostuvo que la firma del formulario obedeció a la creencia que tendría una mejor opción pensional.

Indicó que solicitó a Protección S.A. una proyección pensional, y que la entidad contestó argumentando que no



tendría derecho a una pensión por capital por lo que eventualmente su prestación correspondería a la garantía de pensión mínima.

Refirió que el 19 de agosto de 2022 solicitó ante las entidades demandadas la ineficacia de su afiliación al RAIS y el retorno al RPM. Colpensiones mediante oficio del 16 de septiembre de 2022 negó la solicitud indicando que la firma del formulario de afiliación expresa su consentimiento libre y voluntario y en este evento no es posible el traslado. Porvenir S.A. mediante comunicado del 7 de septiembre de 2022 negó la petición y finalmente Protección S.A por medio de misiva del 12 de septiembre de 2022 adujo que no era la autoridad competente para anular la afiliación. (Expediente digital, archivo 02 Pdfs 2 a 13)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Ministerio público** manifestó que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, corresponde al fondo de pensiones Porvenir S.A., por ser el primer fondo al que se trasladó la demandante, probar que en el proceso del traslado de la demandante cumplió con el deber de información, de forma completa, comprensible y dando cumplimiento a los requisitos legales y parámetros jurisprudenciales. A su vez solicitó se exonere a Colpensiones del pago de costas procesales, toda vez que la entidad actuó en cumplimiento de un deber legal. (Expediente digital, archivo 06, pdfs. 2 a 10).

Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, admitió como ciertos los relativos a la fecha de nacimiento y edad de la actora, su afiliación al Instituto de Seguros Sociales, que solicitó su vinculación a Protección S.A., la solicitud de ineficacia de la afiliación que presentó ante las entidades demandadas y las respuestas



negativas a las mismas. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban. En su defensa, propuso las excepciones de mérito de «*la innominada, buena fe, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*» (expediente Digital, archivo 07, pdfs. 2 a 9).

Protección S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la solicitud de vinculación presentada a la entidad, la respuesta a petición de proyección pensional, la solicitud de ineficacia de la afiliación presentada a las entidades demandadas y la respuesta negativa a la misma.

Indicó que la información entregada a la demandante al momento de la afiliación fue objetiva e integral, sobre todas las características del RAIS en comparación con el RPM como lo son: fondo común, capital Acumulado Vs. requisitos de edad y semanas de cotización, garantía de pensión mínima en RAIS y devolución de saldos Vs. indemnización sustitutiva. En cuanto a los demás hechos, manifestó que no le constaban. Formuló como excepciones de mérito las de «*Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir; Buena Fe; Prescripción; y la Innominada o Genérica*». (expediente Digital, archivo 10, pdfs. 2 a 14).

Porvenir S.A. se resistió a la totalidad de las pretensiones del escrito inicial. En cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la fecha de nacimiento y edad de la actora, su traslado de régimen pensional, la solicitud de ineficacia de la afiliación presentada a Porvenir S.A. y la respuesta negativa a la misma.

Indicó que, la afiliación fue completamente informada y de forma libre y espontánea, pues recibió una asesoría verbal sobre las condiciones pensionales, beneficios, características y consecuencias del traslado, afirmando que la actora ejecutó actos de relacionamiento que denotaron su intención de permanecer en el RAIS. En cuanto a los demás hechos, manifestó que no le



constaban o no eran ciertos. Formuló como excepciones de mérito las de «*prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe*». (expediente Digital, archivo 11, pdfs. 2 a 27).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia del 8 de junio de 2023, decidió (Expediente digital, archivo 20):

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas administradora colombiana de pensiones -COLPENSIONES., la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías - PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A, por las razones esgrimidas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora DORIS MARCELA HERNÁNDEZ ÁLVAREZ realizada en PORVENIR S.A e igualmente la realizada en PROTECCIÓN S.A, En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A, que proceda a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES - la totalidad de lo ahorrado por la demandante señora DORIS MARCELA HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y bonos pensionales si los hay. Así como gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima estos últimos emolumentos a cargo de su propio patrimonio.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES - los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, las comisiones y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima todo ello a cargo de su propio patrimonio del periodo en el cual estuvo afiliada la señora DORIS MARCELA HERNÁNDEZ ALVAREZ en dicha administradora.

QUINTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – que proceda a recibir por parte de PROTECCIÓN S.A., la totalidad de lo ahorrado por la demandante señora DORIS MARCELA



HERNANDEZ ALVAREZ en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y bonos pensionales si los hay. Así como gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos emolumentos a cargo de su patrimonio. Ordenando también a Colpensiones que afilie a la demandante sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales.

SEXTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- que proceda a recibir por parte de PORVENIR S.A., los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima todo ello a cargo de su propio patrimonio del periodo en el cual estuvo afiliado la señora DORIS MARCELA HERNÁNDEZ ÁLVAREZ en dicha administradora.

SÉPTIMO: ORDENAR a PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A, de cumplimiento a lo ordenado en el numeral 3 y 4 de la parte resolutive de esta providencia dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

OCTAVO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal Laboral y de la seguridad social modificado por el artículo 14 de la ley 1149 de 2.007.

NOVENO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a la suma de \$1.000.000 pesos por concepto de costas procesales, y a PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a la suma de \$1.000.000 pesos por concepto de costas procesales y a COLPENSIONES a la suma de \$300.000 pesos por concepto de costas procesales.

Para respaldar tal decisión, comenzó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar si es factible declarar la «ineficacia» de la afiliación de la demandante a Porvenir S.A. y a Protección S.A., en consecuencia, determinar si es procedente ordenar el traslado de la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual junto con, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hay, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a su propio patrimonio, por último, establecer si es procedente ordenar a Colpensiones recibir los valores antes mencionados.



Para tal efecto, indicó que, conforme al precedente jurisprudencial tanto de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, declaró la ineficacia del traslado en el presente caso, pues ambas corporaciones coinciden en establecer que los fondos de pensiones tiene el deber de brindar información completa a los afiliados sobre las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales y el incumplimiento de esta obligación tiene como consecuencia la ineficacia del traslado.

Sostuvo que la demandante suscribió el formulario de afiliación en el año 1998, en vigencia del Estatuto Financiero el cual estipuló en el artículo 97 el deber que tienen los fondos de pensiones de brindar a los afiliados del sistema la información necesaria que le permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado.

No obstante, advirtió que del material probatorio obrante en el expediente no se desprende que el fondo privado de pensiones haya suministrado información clara, suficiente, veraz y completa respecto de las características, condiciones, acceso, servicios y consecuencias del traslado y resaltó que el formulario de afiliación no es una prueba idónea para demostrar que el fondo de pensiones cumplió con el deber de información, en los términos indicados.

En consecuencia, determinó que se vulneró a la demandante el derecho a la elección libre y voluntaria del régimen pensional, por lo tanto, accedió a las pretensiones de la demanda.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que conforme a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia la afiliación es un estado jurídico y en estos casos no opera el fenómeno de prescripción, aunado a que asociado al derecho pensional este se torna imprescriptible.



IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la demandante y Colpensiones, interpusieron recursos de apelación.

La demandante manifestó su inconformidad en el sentido de que se debe condenar en costa a Colpensiones en igual valor a que a las demás demandadas, esto en razón a que la entidad se opuso a los hechos y pretensiones de la demanda y fue vencida en juicio tal como lo ordena el artículo 365 del Código General del Proceso.

Colpensiones sustentó su recurso argumentando que la demandante manifestó por escrito su voluntad de afiliación de forma libre y voluntaria sin ningún tipo de coacción, lo que supone la aceptación de las condiciones propias del régimen para acceder a las prestaciones económicas, tal como quedó demostrado en los formularios de afiliación y en el interrogatorio de parte practicado, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Afirmó que los traslados horizontales efectuados son situaciones que convalidan la validez y permanencia en el RAIS.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio de auto del 18 de julio de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión, de conformidad con la Ley 2213 de 2022. Dentro del término de traslado Colpensiones, Porvenir S.A y la demandante presentaron alegatos de conclusión.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala de decisión procederá a resolver los recursos de apelación



presentados por la demandante y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en los aspectos no apelados.

Con tal propósito, sea lo primero señalar que en este asunto no fueron objeto de reparo las conclusiones del *a quo* respecto a que: (i) la demandante nació el 8 de junio de 1962 (ii) que estuvo inicialmente afiliada al régimen de prima media con prestación definida y (iii) que el 1.º de abril de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual –RAIS- administrado por Porvenir S.A. y posteriormente el 31 de enero de 2005 suscribió formulario de afiliación a Protección S.A. (Expediente digital, archivo 02 pdf 117).

En ese contexto, corresponde a esta Sala de decisión determinar: (i) si el *a quo* acertó al considerar que el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad de la actora debe declararse ineficaz por faltar al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditar el cumplimiento de dicha obligación, (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

i. Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos de pensiones del sector privado, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, las



características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas al ejercicio económico que desempeñan, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares e historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

En dicha línea, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, pues únicamente así se garantiza que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

De acuerdo con lo expuesto, por vía jurisprudencial se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales y se ha determinado que la simple expresión genérica de consentimiento que usualmente se plasma en los formularios de afiliación no es suficiente para acreditar tal obligación.

Asimismo, el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y, con ello, las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones; de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se hizo tránsito al de asesoría



y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante), información que los jueces deben tener en cuenta en cada caso concreto, a efectos de establecer 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 (CSJ SL4062-2021).

ii. Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

iii. Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como, «de forma libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-



2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

Sobre el particular, en sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala de Casación Laboral explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó



el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario.

Por tanto, se extrae del precedente citado que, más allá del diligenciamiento de un formulario de afiliación, la administradora de fondos de pensiones debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen, con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

iv. Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado.

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en los casos en que la administradora de fondos de pensiones incumple la obligación de información antedicha, ello acarrea, necesariamente, la ineficacia del traslado de régimen pensional, lo cual supone que dicho acto jurídico nunca ocurrió. Al respecto, en sentencia CSJ SL5292-2021 se señaló:

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

Por otra parte, los efectos económicos de la ineficacia comprenden la devolución del dinero existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado, así como los rendimientos, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, rubros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de



administración, conceptos que deben ser indexados con cargo al patrimonio de la AFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, la conservación de todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen.

Sobre el particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2929-2022 indicó lo siguiente:

Sin embargo, en la medida que la ineficacia del cambio de régimen pensional implica que el afiliado nunca abandonó el RPMPD, ello significa a su vez que el traslado realizado hacia el RAIS no tiene relevancia jurídica, pues ha de entenderse que nunca ocurrió. En otros términos, el supuesto de hecho de los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme a los cuales quienes se trasladen voluntariamente al RAIS, a menos que tengan 15 años o más de servicios cotizados, pierden el régimen de transición (C-789-2002), no se configura cuando se declara la ineficacia del traslado, pues al amparo de esta figura ha de darse por sentado que las repercusiones jurídicas que se esperaban con la suscripción del traslado jamás ocurrieron, o lo que es igual, que el afiliado jamás se trasladó al RAIS.

v. Caso concreto

Sea lo primero precisar, que, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, la actora se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. el **1.º de abril de 1998**, esto es, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa y la administradora debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

En ese contexto, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales; no obstante, no acreditó tal obligación, dado que se limitó a aportar el formulario de afiliación de la actora, el cual,



como se señaló en anteriores apartes, acredita a lo sumo un consentimiento, pero no informado.

De este modo, como se dijo anteriormente, la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del traslado que implica suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido.

Bajo este horizonte, la consecuencia económica de lo anterior es que el fondo de pensiones privado traslade a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos económicos de tal capital, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, primas de seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia CSJ SL1467-2021, en la que expresó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar



al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

Se sigue de lo anterior, que el juez de primera instancia acertó al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional debatido, así como al considerar que la consecuencia de ello es tener por no efectuado el traslado y retornar las cosas al estado anterior al mismo. En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* en este aspecto.

Ahora bien, respecto a la condena en costas de la primera instancia, es oportuno recordar que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por analogía, establece que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio. Asimismo, es conveniente memorar que dicho precepto es de orden público y obligatorio acatamiento.

Claro lo anterior, la Sala constata que Colpensiones se opuso en la contestación de la demanda a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en instancia, de modo que, sin duda, el hecho de haberse desestimado su oposición implica que fue vencida en juicio. (CSJ AL608-2020 y CSJ SL2085-2022).

Ahora bien, en cuanto al monto de la condena a COLPENSIONES, no hay reparo frente a la condena de la *a quo* toda vez que se ajustó a lo establecido en la norma para fijar las costas a cargo de la entidad vencida en juicio, considerando además que, si bien Colpensiones se opuso a las pretensiones y por esto resultó condenada en costas, su actuar no tuvo injerencia en los resultados del proceso.

En consecuencia, es innegable que acertó la *a quo* al



condenar en costas a Colpensiones, sin que sea reprochable que el monto de estas sea diferente al monto de las demás codemandadas.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Adicionar la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar que los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: Confirmar en los demás aspectos el fallo de primera instancia.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de la demandante y Colpensiones inclúyase como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo (\$580.000).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

Carolina Montoya L

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada

Salvo voto frente a las costas a cargo de COLPENSIONES

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

Magistrado



SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL
RAD. 76001-31-05-004202200543-01

Con el debido respeto que siempre profeso hacia las decisiones de la Sala, me permito salvar parcialmente el voto, exclusivamente en lo tocante a la condena en costas a COLPENSIONES, que en mi criterio no debe hacerse en ninguna de las instancias, por las razones que a continuación expondré.

Si bien es cierto que, el numeral 1º del artículo 365 del CGP, consagra la condena en costas a cargo de la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión propuestos; no lo es menos que, es por circunstancias todas ajenas a su actuación que COLPENSIONES resulta “condenada a”, o mejor se le da la orden judicial de recibir a el (la) demandante para ser pensionado(a) en ese régimen con el traslado de todo lo que se encuentre en el fondo privado, saldos obrantes en su cuenta individual junto con sus rendimientos financieros, así como gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que estuvo afiliado (a) a el (los) fondo (s) privado (s).

No se debe perder de vista que, COLPENSIONES no hizo parte del acto de traslado, no era la obligada a dar la información veraz, clara y concreta acerca del traslado de régimen a la parte hoy demandante, no podía retenerlo (a) en su fondo, ni tuvo injerencia para lograr su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-; adicionalmente, su negativa a acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera justa la imposición en costas; amén que al tratarse de una entidad pública es su deber intentar defender los intereses de la misma, por lo que no le es dable allanarse a la demanda.

Ergo, trasladar a COLPENSIONES, vía condena en costas las consecuencias del incumplimiento al deber de información que incumbía a las Administradoras de Fondos Privados, es malinterpretar la teleología del artículo 365 numeral primero del CGP.



Se lee en un magistral aparte de una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. de agosto 5 de 1.980:

*"Para entender la ley no basta repasar su tenor literal. Han de conocerse también la realidad social concreta donde impere y la idiosincrasia y condiciones de los seres humanos cuya conducta rige. **La ley no es un acopio de textos rígidos, fríos e inertes que aplica un juez hierático sumido en la abstracción. Es, al contrario, una fuente dinámica, siempre antigua y siempre nueva, de progreso social y de cultura, de equidad y armonía que, a través de su recto y equilibrado entendimiento, promueve la solidaridad entre los hombres, mediante el recíproco respeto de su dignidad y de sus derechos**".* (Resaltado ex texto original).

Parágrafo que hago propio para responder a quienes consideren que, merced al numeral primero del artículo 365 del CGP, debe condenarse en costas a COLPENSIONES, amén que lo que al fondo público se le da, por el devenir jurisprudencial, más que una condena es una orden que nace de la necesidad de salvaguardar los derechos pensionales de toda una generación, que a ciegas y engañada, confió su futuro pensional a la "creación" legislativa de los fondos privados, que como muchas otras, nacieron, sin un estudio económico y financiero sólido ni responsable.

Es decir, aunque la ley procesal ordena al juez condenar al pago de las costas a la parte vencida, siendo la sentencia del juez, respecto de las costas, constitutiva, esta regla procesal no ha de entenderse como absoluta. De manera excepcional y cuando, del examen de las circunstancias del caso, el juez advierta que la condena en costas se torna manifiestamente injusta, podrá apartarse, fundamentando su decisión. En otras palabras, es posible eximir de esa condena en costas, cuando exista mérito para ello, por mediar razón fundada para litigar, pero ello no implica la mera creencia subjetiva del litigante en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino la existencia de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un justificativo para eximirlo, lo que sobradamente sucede en los casos como el que concita la atención de esta Sala, como se ha explicado en procedencia.



Por otra parte, las injustas y múltiples condenas en costas, impuestas a COLPENSIONES en los casos de ineficacia del traslado de régimen, atentan a no dudarlo contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la planeación de la reserva pensional, que por mandato constitucional es deber de los jueces y autoridades salvaguardar.

De esta forma expongo los argumentos que defienden mi posición.

Fecha *Ut supra*.

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada ponente

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
RADICADO	76001310500320200004201
DEMANDANTE	MANUEL ANTONIO CAICEDO PAZ
DEMANDADO	COLPENSIONES
ASUNTO	Apelación sentencia
TEMA	Retroactivo pensional – Prescripción
DECISIÓN	Confirma

En Cali, a los dieciocho (18) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Magistrada Ponente en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión Quinta, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 resuelve el recurso de apelación interpuesto por el demandante en el trámite del proceso ordinario laboral adelantado por MANUEL ANTONIO CAICEDO PAZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, frente a la sentencia No. 99 que la Juez Tercero Laboral del Circuito de Cali profirió el 10 de marzo de 2020.

I. ANTECEDENTES

Manuel Antonio Caicedo Paz solicitó que se condenara a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del retroactivo de



pensión de vejez desde el 21 de diciembre de 2010 hasta el 17 de julio de 2014, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, incremento pensional del 14% a partir del 21 de diciembre de 2010 por compañera permanente a cargo, reajustes de mesadas adicionales, indexación y las costas del proceso.

Para respaldar sus pretensiones, narró que nació el 21 de diciembre de 1950 y que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez el 25 de noviembre de 2011 al cumplir 60 años y 790 semanas cotizadas. Indicó que Colpensiones, mediante Resolución No. 100283 del 27 de enero de 2012, le negó el reconocimiento de pensión de vejez al no cumplir con la densidad de semanas requeridas, por lo que el 17 de julio de 2017 decidió solicitar indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

Además, expuso que por Resolución SUB 156123 del 15 de agosto de 2017, se reconoció la pensión de vejez a partir del 17 de julio de 2014, con un Ingreso Base de Liquidación (IBL) de \$655.989, y al aplicar una tasa de reemplazo del 60%, se le reconoció una mesada de \$616.000, teniendo 790 semanas para la liquidación.

Manuel Antonio también señaló que el 01 de febrero de 2019, presentó una solicitud a Colpensiones, bajo el radicado No. 2019_1387577, solicitando el retroactivo pensional desde el 21 de diciembre de 2010 hasta el 17 de julio de 2014.

Además, sostuvo que convive con la señora ANA MARY IRIARTE COLLAZOS desde hace más de 50 años, y de esta unión nacieron cuatro (04) hijos mayores de edad, por lo que le asiste el derecho al incremento por cónyuge a cargo (Fls 01 a 15 Pdf 01, ED juzgado).



II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones. Indicó que son ciertos los hechos relativos a la edad, reconocimiento de pensión de vejez, solicitudes elevadas, actos emitidos por Colpensiones y respuesta dada a las peticiones y que lo demás no le consta.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito las de *«inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada, buena fe de la entidad demandada, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad y buena fe del demandado»* (Folio 68 a 15 PDF No. 73, Cuaderno de primera instancia).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia No 099 del 19 de marzo de 2020 (folio 103 a 104 Pdf 01 ED juzgado), ordenó:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción respecto del retroactivo pensional reclamado por el actor. Igualmente se declara probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, respecto de los incrementos pensionales por persona a cargo reclamados por la parte activa de esta litis.

SEGUNDO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES de todas las pretensiones elevadas en su contra por el actor.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Se fija como valor de agencias en derecho, la suma de \$ 877.803,00

CUARTO: CONSULTAR la presente providencia por resultar contrario a los intereses del demandante solo en el evento de que no sea apelado.



Para respaldar tal determinación, la *a quo* comenzó por señalar que el problema jurídico¹ consistía en determinar si al demandante le asistía el derecho al reconocimiento y pago de mesadas pensionales retroactivas de vejez desde el 21 de diciembre de 2010 hasta el 17 de julio de 2014, así como el pago de intereses moratorios. Asimismo, determinar si al demandante le asistía el derecho a un incremento pensional por personas a cargo.

Para respaldar su decisión, la Juez de primera instancia sostuvo la tesis de que en el caso concreto había operado el fenómeno de la prescripción respecto de las mesadas pretendidas por el actor. Estimó que había transcurrido el término trienal señalado en el artículo 151 del CPTSS, ya que, el actor realizó por primera vez la solicitud de reconocimiento y pago de pensión de vejez en el año 2011 y, posteriormente, en el año 2019, reclamó el retroactivo pretendido.

Como resultado de lo anterior, sostuvo la Juez que se interrumpió la prescripción por una sola vez en el año 2011 y no adelantó acción judicial hasta el año 2020, por lo que efectuó el conteo de la prescripción, desde la reclamación elevada ante Colpensiones el 01 de febrero de 2019 bajo radicado 2019_1387577.

Frente al incremento por compañera permanente a cargo, la *a quo* señaló, en síntesis, que, si bien al actor se le reconoció la pensión de vejez con fundamento en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, el artículo 21 de dicho decreto, que consagra el incremento pensional por persona a cargo, fue objeto de derogatoria orgánica

¹ A partir del minuto 03:00- 21:05



con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según lo indicado por la Corte Constitucional dentro de la Sentencia SU-140-2019, por lo cual dejó de existir a partir del 1º de abril de 1994, aún para los beneficiarios del régimen de transición, siendo por ello improcedente su reconocimiento en este caso, pues al demandante se le reconoció la pensión de vejez a partir del 17 de julio de 2014, es decir, cuando ya habían desaparecido de la vida jurídica los incrementos pensionales.

Para tales efectos citó los artículos 36 y 141 de la Ley 100 de 1993, artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el acuerdo 758 de la misma anualidad y Sentencias CC SU 140-2019 y SU 298-2015.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación¹ y solicitando su revocatoria. Como sustento de la alzada argumentó que la a quo erró al estimar prescritas las mesadas causadas entre el 21 de diciembre de 2010 hasta el 17 de julio de 2014, sostiene que Colpensiones negó el reconocimiento prestacional al actor en el año 2011 y lo indujo a error por lo que se solicitó una indemnización sustitutiva, y de manera posterior reconoció la pensión de vejez sin tener en cuenta los periodos señalados, respecto del incremento por compañera a cargo, sostuvo que el Juez tiene posibilidad de apartarse del precedente de la Corte Constitucional y el enmarcado en la Sentencia SU 140-2019, y que en este caso debe prevalecer la interpretación más favorable para el afiliado.

¹ A partir del minuto 28:46



V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por remisión del presente expediente por parte del despacho 09 a este despacho, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo CSJVAA23-18 del primero (01) de febrero de dos mil veintitrés (2023), *“Por medio del cual se redistribuyen procesos y se adoptan medidas de reparto en la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali – Valle del Cauca, de conformidad con lo reglado en el Acuerdo PCSJA22-12028 del Consejo Superior de la Judicatura.”*, corresponderá a esta sala resolver el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes.

En el término concedido para tal efecto, ninguna de las partes presentó alegatos.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo expuesto y en consonancia con el recurso de apelación formulado por la parte demandante, a esta sala le corresponderá determinar: (i) *si operó el fenómeno de prescripción respecto de las mesadas retroactivas causadas desde el 21 de diciembre de 2010 hasta el 17 de julio de 2014;* (ii) *Si es procedente reconocerle al señor MANUEL ANTONIO CAICEDO PAZ el incremento pensional por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.*

Para resolver los planteamientos señalados es menester advertir que son hechos que no están en discusión en esta instancia que:

(i) Que el demandante solicitó el reconocimiento de pensión de vejez el 25 de noviembre de 2011 y el 17 de julio de 2017 solicitó indemnización sustitutiva de vejez, (ii) Que el ISS hoy Colpensiones por medio de Resolución No. 100283 del 27 de



enero de 2012 negó el reconocimiento de pensión de vejez al señor MANUEL ANTONIO CAICEDO PAZ (iii) Que Colpensiones por medio de Resolución SUB 156123 del 15 de agosto de 2017 reconoce al demandante pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición y el Decreto 758 de 1990, en una cuantía mensual de \$616.000 a partir del 17 de julio de 2014 (iv) Que el demandante elevó petición ante Colpensiones el 01 de febrero de 2019 solicitando la modificación de la Resolución No. 100283 del 27 de enero de 2012 en el sentido de reconocer pensión de vejez y en consecuencia retroactivo a partir del 21 de diciembre de 2010 hasta el 17 de julio de 2014, asimismo los intereses de mora y el incremento pensional por compañera permanente que tiene a su cargo, (v) que la solicitud del demandante fue resuelta por Resolución No. SUB 124575 del 18 de mayo de 2019 se niega el reconocimiento de lo pretendido (vi) Que la demandante fue presentada el 30 de enero de 2020 (fls 15, 16 a 32, 36 a 43, Pdf 01 ED Juzgado).

i. Del fenómeno de la prescripción:

De vieja data, ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la prescripción es un medio para extinguir la acción frente a una pretensión concreta sin que implique la negación de derechos fundamentales como el acceso a la administración de justicia. Por regla general, en materia laboral y de la seguridad social, se aplica lo dispuesto en el artículo 488 del CST, según el cual los derechos regulados en dicha normativa prescriben en tres (3) años, contados desde que la obligación se hace exigible. Este contenido es congruente con lo dispuesto en el artículo 151 del CPTSS, que establece que *“las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres*



años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”.

De esta manera ha buscado el legislador, que los reclamos de derechos laborales o de los derivados de la seguridad social se hagan de manera oportuna, y en un término razonable garantizar la vigencia y efectividad del principio de seguridad jurídica.

También ha indicado el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral que el derecho a la pensión es imprescriptible debido a su carácter vitalicio y periódico, mientras que las mesadas pensionales pueden extinguirse si no son reclamadas en los plazos señalados por la ley, para lo cual se da aplicación a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. CSJ SL2501—2018, SL5172-2020, SL5181-2020 y SL1190-2022.

ii. De los incrementos pensionales por personas a cargo

El acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en sus artículos 21 y 22 consagraba la posibilidad de incrementar la pensión en un 7% o en un 14% cuando se cumplieran los presupuestos allí establecidos, y frente a su naturaleza, señala la norma en comentario que: *“...no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen...”*

Por lo anterior, los incrementos son elementos accesorios al derecho fundamental a la pensión, por lo que no resultan cobijados por el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.



Así, la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación 140 de 2019, señaló que al expedirse la Ley 100 de 1993 se realizó una regulación integral y exhaustiva de los regímenes pensionales. Por lo tanto, hubo una derogación orgánica de los regímenes anteriores, incluyendo los incrementos pensionales.

Esto significa que solo tienen vocación de prosperidad para aquellos pensionados que adquirieron ese derecho antes de la entrada en vigor del sistema general de pensiones.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido posibilidad de pronunciarse, señalando frente a los incrementos pensionales, que *la disposición que regulaba el asunto fue derogada por la Ley 100 de 1993, lo que llevó a su desaparición del ordenamiento jurídico, salvo derechos adquiridos antes del 1.º de abril de 1994*, por lo que salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultaran incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de la reforma introducida por el Acto legislativo 01 de 2015 (Sentencias CSJ SL2271-2023, SL4334-2022 SL 2061-2021).

Ahora bien, en lo que atañe a los principios de favorabilidad a favor del afiliado, ha de tenerse en cuenta que conforme a las consideraciones realizadas por la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se tiene que el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, se encuentra derogado, situación confirmada con la consagración del régimen de transición que se diseñó para proteger las



expectativas legítimas exclusivamente respecto del derecho a la pensión, y no fue intención del legislador, extenderlo a derecho extra pensionales accesorios a la misma, como es el caso de los incrementos pensionales, dado que éstos no fueron dotados de naturaleza pensional por expresa disposición del artículo 22 de la precitada norma.

iii. **Del caso concreto**

Frente al análisis del primer tópico respecto de la materialización del fenómeno prescriptivo, es preciso señalar que el demandante interrumpió la prescripción por una sola vez el 25 de noviembre de 2011 cuando solicitó por primera vez el reconocimiento de la pensión de vejez, de manera posterior presentó reclamación el 17 de julio de 2017 solicitando el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez, y de forma concreta el 19 de mayo de 2019 solicitó lo pretendido en la demanda que fuera presentada el 30 de enero de 2020, por lo que transcurrió el término trienal desde la primera solicitud hasta la presentación de la demanda, teniendo en cuenta la reclamación que fuera efectuada por el demandante el 01 de febrero de 2019, el cómputo del término de prescripción, lleva a concluir que operó respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 01 de febrero de 2016, por lo que para esta sala resulta adecuada la conclusión de la Juez de primer grado al advertir que el actor no presentó recursos u otros frente a la Resolución SUB 156123 del 15 de agosto de 2017 por lo que calificó de manera adecuada la inactividad de la parte demandante.

Finalmente, en lo correspondiente a los incrementos por persona a cargo, fue acertada la consideración de la Juez de primera instancia, al estimar que no eran procedentes en la



medida en que el reconocimiento pensional del demandante se hizo a partir del 17 de julio de 2014.

Por tanto, los argumentos planteados en el recurso de apelación formulados por la parte demandante no logran quebrantar la decisión recurrida, por lo que se confirmará la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR totalmente la sentencia No 099 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali el 10 de marzo de 2020.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo del apelante. Inclúyase como agencias en derecho la suma de un salario mínimo mensual legal vigente, equivalente a un millón ciento sesenta mil pesos (\$ 1.160.000) a favor de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Carolina Montoya L

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada ponente



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada

FABIAN MARCELO CHÁVEZ NIÑO
Magistrado