



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 023 2022 00519 01
DEMANDANTE: LUIS NARSIZO PUENTES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., MINISTERIO DE HACIENDA - OFICINA DE BONOS PENSIONALES y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante y por la demandada UGPP contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de agosto de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la validez de su afiliación efectuada el 30 de junio de 2014 a la AFP Porvenir, por lo que es beneficiario del régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS y; que es beneficiario de la devolución de saldos y rendimientos financieros, incluyendo el valor del bono pensional tipo A. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir y a la UGPP, a pagar la devolución de saldos y los rendimientos financieros, incluyendo el valor del bono pensional tipo A, a partir del 18 de junio de 2022; los intereses de mora; costas y las agencias en derecho y, lo extra y *ultra petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 15 de mayo de 1950. Laboró como guardián con el Instituto Nacional Penitenciario Y

Carcelario, desde el 1 de marzo de 1975 hasta el 26 de enero de 1980, con 55 días de interrupción. A la fecha no es pensionado y cuenta con más de 72 años. A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 43 años de edad; no se afilió inmediatamente a ninguno de los regímenes de pensiones vigentes y, solo se afilió en pensiones al RAIS a través de Porvenir S.A., como empleado dependiente, el día 30 de junio de 2014.

El día 17 de febrero de 2022 solicitó ante Porvenir la devolución de saldos, por lo que la AFP le hace la devolución por valor de \$2'255.827 correspondientes a los aportes obligatorios y rendimientos, pero no la devolución del valor del bono pensional tipo A, el cual, al ser reclamado, se le indica que el asegurado había manifestado que su historia laboral estaba completa. Mediante comunicado del 21 de julio de 2022, se le informa que el trámite del bono pensional tipo A, presenta el error 4447, relacionado con "*EL AFILIADO YA TENIA LA EDAD DE PENSION DE RPM EN EL MOMENTO DE LA AFILIACION AL RAIS*"; por lo que presenta ante el Ministerio De Hacienda Y Crédito Público - Oficina De Bonos Pensionales, reclamación administrativa, solicitando la liquidación del bono y, ante la UGPP, la aceptación y pago. El 8 de septiembre de 2022, el Ministerio contesta, aduciendo que a la edad de 64 años no se podía haber afiliado al RAIS y que lo que debió hacer era reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Aduce que, para el 18 de junio de 2022, acreditaba más de 62 años de edad y menos de 1.150 semanas cotizadas al sistema general de seguridad social en pensiones; así como menos de 300 millones de pesos en su cuenta de ahorro individual; por lo que no acreditaba los requisitos para acceder a la pensión de vejez; tenía conformada su historia laboral y, acreditaba los requisitos para la devolución de saldos; sin que a la fecha, las demandadas hayan adelantado trámite alguno tendiente a convalidar su historia laboral y, a que se proceda con la liquidación provisional, emisión, expedición, redención y pago del bono pensional tipo A, modalidad 2 (01Demanda, fls. 1 a 10).

Al dar contestación, la **Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social - UGPP -**

se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, su labor como guardián del INPEC en los extremos referidos y, su edad; manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de improcedencia de derecho alegado por derogatoria normativa, improcedencia de los intereses moratorios, improcedencia de condena en costas, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe de la UGPP, prescripción, caducidad y/o prescripción de la acción, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la UGPP carece de legitimación en la causa por pasiva para determinar efectos de la liquidación, emisión y redención del bono pensional por cuanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público es la entidad encargada de expedir los bonos pensionales de conformidad con el Decreto 1299 de 1994; además, se encuentra acreditado que el demandante se trasladó de Régimen Pensional a la AFP PORVENIR, por lo que es esta entidad la que tiene que realizar el trámite de redención del bono pensional, por lo cual será ésta la entidad encargada de verificar los requisitos y dar trámite a solicitud incoada por el demandante (archivo 05 fls. 2 a 15).

La Oficina de Bonos Pensionales - Ministerio de Hacienda manifestó oponerse a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la reclamación elevada, su respectiva respuesta y, la falta de trámite tendiente a la expedición, redención y pago del bono pensional solicitado; indicó no constarle los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación a cargo de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, buena fe y, las demás declarables de oficio. En su defensa expuso que, para el momento en que la AFP Porvenir efectuó la afiliación al RAIS del señor Puentes, el demandante no solo ya había cumplido con los requisitos exigidos por el régimen de prima media con prestación definida para haber obtenido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, es decir, ya tenía un derecho adquirido; sino que, no podía trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad - RAIS, porque, no solo se encontraba a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión, sino que ya había alcanzado la misma desde el mes de mayo de 2012; contrariando lo dispuesto en el artículo 2º de la ley 797 de 2003,

modificatorio del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 (archivo 07 fls. 6 a 16).

Finalmente, la **AFP Porvenir S.A.**, manifestó oponerse a todas y cada una de las pretensiones del actor. Aceptó la fecha de nacimiento del actor, su edad, su status de no pensionado, su falta de afiliación inmediata a alguno de los regímenes pensionales traídos por la Ley 100 de 1993, su afiliación al RAIS a través de esta AFP el 30 de junio de 2014, la solicitud de devolución de saldos, la devolución efectuada, la comunicación referente al error que presenta su trámite del bono pensional tipo A; el hecho de acreditar para el 18 de junio de 2022, más de 62 años de edad, no acreditar los requisitos para obtener la pensión de vejez, pero sí para ser beneficiario de la devolución de saldos. Indicó no constarle o no ser ciertos los demás hechos. Propuso las excepciones de fondo de: inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir s.a., cobro de lo no debido- pago, buena fe, cumplimiento de las obligaciones por parte de la AFP porvenir, mala fe del actor y, prescripción. En su defensa expuso no ser viable legalmente para Porvenir hacer devolución de saldos alguna al actor, puesto que ya la efectuó por valor de \$2'255.827, el 18 de febrero de 2022; asimismo, a Porvenir no le es factible devolver valor alguno al actor por concepto de Bono Pensional, respecto del cual la entidad obligada al reconocimiento, emisión y pago, esto es, al Ministerio De Hacienda Oficina De Bonos Pensionales, negó la existencia de dicho derecho (archivo 08, fls. 2 a 17).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 15 de agosto de 2023 (archivo 18), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que no tiene validez el traslado efectuado por el demandante LUIS NARSIZO PUENTES del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que se realizó a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA, dado que desconoce la prohibición contemplada en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, a RECONOCER y PAGAR al demandante LUIS NARSIZO PUENTES la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía de \$2'734.827.

TERCERO: ABSOLVER a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, de las pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARAR PROBADA la excepción improcedencia de intereses moratorios, y NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: ORDENAR se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP.

Como sustento de su decisión, señaló que para el momento en que el actor se afilió a Porvenir, contaba con 64 años de edad, sobrepasando la edad exigida en el régimen de prima media para acceder a la pensión por vejez y, por ello no era posible trasladarse de régimen, pues se desconocería el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 del 2013, teniendo en cuenta que con anterioridad a dicha vinculación, el actor se encontraba afiliado a Cajanal, entidad que pertenecía al régimen de prima media con prestación definida conforme el artículo 52 de la Ley 100 de 1993; por lo que el traslado no resulta válido y no puede producir efectos de ley.

En consecuencia, debe entenderse que el demandante únicamente ha estado afiliado al régimen de prima media con prestación definida, no siendo procedente la devolución de saldos, incluyendo el bono pensional como se solicita en la demanda, dado que dicha prestación es exclusiva del régimen de ahorro individual y, en su lugar, el actor tiene derecho al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión por vejez conforme lo establecido en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, a cargo de la UGPP, como responsable de las obligaciones pensionales que estaban a cargo de la extinta Caja Nacional de Previsión Social.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, demandante y demandada UGPP, recurrieron la sentencia.

La **parte actora** manifestó que no debió tomarse el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, como base fundamental de la sentencia, pues el actor al afiliarse al sistema de régimen de ahorro individual con solidaridad no se trasladó, sino que hizo una selección inicial del régimen. Si bien es cierto, él venía en el régimen de prima media con prestación definida, administrado por la otrora Cajanal, esto fue antes de la vigencia de la ley 100 del 93, encontrándose inmerso en el sistema pensional que existía en Colombia. La nulidad de la afiliación planteada por el juez de conocimiento no viene al caso, porque, si bien en la contestación de la demanda, algunas de las demandadas dijeron que procede es la nulidad de la afiliación, ello no fue planteado como una demanda de reconvencción, además reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, extralimita las facultades extra y ultra *petita*, al no ser eso lo pretendido en la demandada, ni discutido en el proceso.

Por su parte, **la demandada UGPP**, solicita se revoque la condena, aduciendo que el Decreto 5021 del 2009, señala la UGPP *“tiene por objeto reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional o de las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad porquien la esté desarrollando.”*; esto con base a los principios de sostenibilidad y equilibrio financiero del sistema pensional. Por lo anterior carece de falta de legitimación en la causa por pasiva y, falta de competencia conforme a los aportes realizados por el demandante.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a la UGPP entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor: **(i)** nació el 15 de mayo de 1950, por lo que cumplió 62 años de edad el mismo día y mes del año 2012, según se infiere de la copia de la cédula de ciudadanía (archivo 01, fl. 23); **(ii)** estuvo afiliado y cotizó al régimen de prima media con prestación definida, a través de la Caja Nacional de Previsión Social, en virtud de su vinculación laboral al Ministerio de Justicia, a través del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, del 1º de marzo de 1975 al 26 de enero de 1980 (archivo 01, fls. 41 a 47) y; **(iii)** en el mes de julio de 2014, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. (archivo 08 fl. 48 a 49).

En este entendido, corresponde a esta Sala definir, en primer lugar, la validez de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad llevada a cabo en el año 2014.

De la validez del acto jurídico

Sea lo primero recordar que, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

A su vez, el literal e) *ejusdem*, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, establece que: *“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.”*

Pues bien, la referida Ley 797 de 2003, entró a regir el 29 de enero de 2003, y en los términos del precepto en cita, trajo para los afiliados una prohibición expresa para el traslado entre regímenes, que inició en vigor a partir del 29 de enero de 2004, fecha a partir de la cual, un afiliado al que le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión de vejez, queda imposibilitado legalmente para cambiar del régimen público al privado, o viceversa, esto es, a partir de los 47 años en el caso de las mujeres y, de los 52 para los hombres. Lo anterior en aras de evitar la descapitalización de los fondos y, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones; así lo explicó la Corte Constitucional cuando estudió la constitucionalidad de dicha norma, mediante Sentencia C-1024 de 2004:

La medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional. (...)

En el presente asunto, se tiene que el actor venía afiliado al régimen público de pensiones, a través de la Caja Nacional de Previsión Social, cual era la regulada para las personas vinculadas al INPEC (sector público), por lo que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, quedó automáticamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida (artículo 151 ley 100 de 1993), pese a que no haya efectuado manifestación expresa de su intención de vincularse a dicho régimen pensional.

En este sentido, es claro que su afiliación al RAIS en julio del año 2014, sí constituyó un traslado de régimen pensional, pues viniendo de estar vinculado al régimen público a través de la entonces CAJANAL,

quedó automatizado como afiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo cual, su vinculación a la AFP Porvenir en el 2014, no sería su primera vinculación al sistema general de pensiones, sino un traslado al régimen privado del RAIS.

De acuerdo con lo anterior, no resulta válido su traslado al RAIS, por encontrarse inmerso en la prohibición expresa establecida en el referido literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, dado que, no solo le faltaban menos de 10 años para el cumplimiento de la edad mínima de pensión de vejez en el régimen de prima media, esto es 62 años de edad, sino que, de hecho, ya sobrepasaba tal requisito, pues para julio del año 2014, el actor contaba con 64 años de edad cumplidos; razón por la cual, de validarse su traslado al RAIS, se estaría avalando una clara desfinanciación del sistema y, abierta vulneración del marco normativo.

Al no resultar próspera la pretensión encaminada a declarar la invalidez de la afiliación del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se caen por sustracción de materia, las pretensiones consecuentes, encauzadas a obtener la devolución de saldos con la inclusión del Bono Pensional tipo A, pues el mismo, nunca se generó y; en este entendido, se confirmará este punto de la sentencia del a quo.

De la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez

El a quo consideró que al no resultar válida la vinculación del accionante al RAIS y, entenderse que siempre ha pertenecido al régimen de prima media, le asiste derecho al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión por vejez conforme lo establecido en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, a cargo de la UGPP, como responsable de las obligaciones pensionales que estaban a cargo de la extinta Caja Nacional de Previsión Social; pretensión que no fue objeto del litigio.

1. Facultades ultra y extra petita

Debe precisarse que el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social dispone que: *“el juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que estas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas”*.

Sobre el punto, la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, ha establecido que la facultad extra *petita* -por fuera de lo pedido- requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio. Por su parte, la ultra *petita* -más allá de lo solicitado- exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y (ii) que del juicio no emerja que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor (CSJ SL3614-2020).

Revisados los hechos y pretensiones del asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, se observa con claridad que todos ellos se erigen bajo el supuesto de haber causado aportes en Cajanal por la vinculación laboral con el INPEC y, posteriormente haberse vinculado al RAIS a través de la AFP Porvenir, efectuando aportes pensionales a dicha administradora, de quien se pretende el trámite correspondiente para obtener la total devolución de sus aportes, incluyendo el valor del bono pensional tipo A, de conformidad con lo establecido en los artículos 61, 65, 66 y 67 de la ley 100 de 1993, en concordancia con lo establecido en el artículo 198 de la Ley 1955 de 2019; que rigen el sistema pensional del régimen de ahorro individual con solidaridad.

El *a quo*, tras señalar que no procedía imponer condena por ninguna de las pretensiones de la demanda, al no haberse demostrado los supuestos fácticos en que se soportaron, concluyó procedente la

imposición de condena por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, que opera únicamente para el régimen de prima media con prestación definida y, que se encuentra regulada bajo parámetros completamente diferentes a los que regulan la devolución de saldos y, más aún, la expedición del bono pensional, en cualquiera de sus modalidades. Aunado a lo anterior, la procedencia de esta prestación, no fue discutida en ninguna de las etapas del proceso, pues como quedó visto, no fue peticionada por la parte actora, ni menos se dio la oportunidad a la pasiva de exponer su defensa en este aspecto.

Recuérdese, que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda y, bajo ninguna circunstancia se puede sorprender a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Constitución Nacional. En consecuencia, no podía imponerse condena por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, cuando esta petición ni siquiera ha sido formulada por el accionante ante la entidad pertinente; encontrando que el juez de primer grado, extralimitó el uso de sus facultades extra *petita*, que se insiste, tienen una limitación que impide que el juzgador profiera condenas no debatidas en juicio, sino en estricto sentido, deben corresponderse con el objeto y la causa del proceso incoado, para garantizar el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción de la pasiva.

2. Falta de legitimación en la causa por pasiva

Ahora bien, aun si en aras de decisión se procediera a estudiar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en este proceso, debe tenerse en cuenta que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto que dicha prestación estaría a cargo exclusivamente de Colpensiones.

Ello es así, por cuanto, como se dijo anteriormente, mediante el Decreto 2196 de 2009 el Gobierno Nacional ordenó la supresión y liquidación de CAJANAL, la cual finiquitó en julio de 2013, disponiendo en

el citado Decreto como efectos, que desde su orden Cajanal no podría iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social y que sus afiliados cotizantes debían ser trasladados a la administradora del Régimen de Prima Media; el cual, en los términos del artículo 52 de la Ley 100 de 1993, sería administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES.

En dicho precepto, también se estableció, que las cajas del sector público o privado existentes administrarían dicho régimen respecto de sus afiliados y mientras subsistieran. A su vez, el referido Decreto 2196 de 2009 dispuso que la Caja Nacional de Previsión Social debía de adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, como en este caso lo era el aquí demandante, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de tal decreto, a la administradora del régimen de prima media del ISS, hoy Colpensiones.

De esta manera, la administración del régimen de prima media con prestación definida, se encuentra en cabeza exclusiva de Colpensiones, resultando clara la improcedencia de la condena por una prestación correspondiente a este régimen, como lo es la indemnización sustitutiva, a cargo de la UGPP, máxime, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 3 del susodicho decreto de supresión y liquidación de Cajanal, aquella únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, mas no la afiliación de los cotizantes.

Bajo estas condiciones, forzoso resulta concluir que, la única entidad a cargo de la administración de los aportes pensionales del demandante es Colpensiones, por ser el ente que actualmente está administrando el Régimen de Prima Media, entidad que no fue llamada a este juicio y, que la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, no se encuentra llamada a responder en la presente actuación pues no existe obligación alguna a su cargo.

3. Falta de jurisdicción

Finalmente, cumple precisar que, en el evento de que procediera el estudio de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez bajo los

supuestos fácticos concedidos por el juez de primer grado, esto es, tomando única y exclusivamente los aportes pensionales causados por la vinculación laboral del demandante con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, efectuados a Cajanal; el conocimiento del presente asunto no correspondería a la Jurisdicción Ordinaria, sino a la de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, los aportes del actor realizados entre 1975 y 1980, lo fueron en virtud de una relación legal y reglamentaria como Guardian del INPEC, establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Justicia, y cuyos empleados ostentan la calidad de empleados públicos¹.

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, se revocará la condena impuesta por el juez de primer grado por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a cargo de la UGPP, para en su lugar absolver también a esta demandada.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de agosto de 2023, para en su lugar absolver también a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones

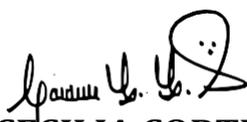
¹ Decreto 407/94. Art. 8o. CARACTER DE SUS SERVIDORES. Las personas que prestan sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, son empleados públicos con régimen especial.

Parafiscales de la Protección Social - UGPP, de todas las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de la *a quo*.

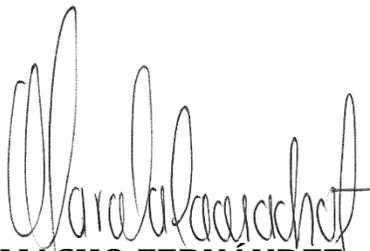
TERCERO: Sin **COSTAS** en la consulta, ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

(Salva Voto Parcial)



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 032 2022 00072 01
DEMANDANTE: HERNANDO SANCHEZ RAMIREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de noviembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, encontrándose válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordenó a las AFP, el traslado de todos los aportes del actor, debidamente indexados, con sus intereses y rendimientos legales, sin descuento alguno, con destino a Colpensiones. Asimismo, se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho y lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 17 de septiembre de 1955, empezó a hacer sus aportes a pensión en el régimen de prima media con prestación definida, ante el Instituto de Seguros Sociales; al momento de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no

recibió ningún tipo de información o asesoría, por parte de Skandia S.A., ni por parte de Porvenir S.A.; ninguna de las administradoras del régimen privado lo ilustró respecto a las características, ventajas y desventajas del mismo, ni hizo un análisis respecto a su situación personal (archivo 01 fls. 6 a 13).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación y cotizaciones al ISS. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de mérito que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 05 fls. 2 a 38).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante y la de su traslado al RAIS y, manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de obligación y buena fe. En su defensa expuso que la afiliación del demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido (archivo 07 fls. 2 a 31).

Por su parte, Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones. Frente a los hechos manifestó que no le constan o no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó: actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitados para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal- falta de interés negociable, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, buena fe y, las demás declarables de oficio. En su defensa alegó que el demandante no acreditó los fundamentos fácticos para obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación; aduce haber cumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones y, que el demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado en atención a la edad. (archivo 6, fls. 3 a 18).

Skandia S.A. llamó en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos entre las partes (archivo 6, fls. 87 a 93); quien al contestar la demanda inicial rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que los hechos no le constan. Como fundamentos de defensa indicó que es evidente que la manifestación del consentimiento del demandante, a través del acto jurídico de afiliación como expresión de la autonomía de voluntad, estuvo precedido de libertad e información, exenta de error o de inducción indebida, con una consecuencia jurídico material inobjetable.

Frente al llamamiento en garantía propuso las excepciones que denominó: i) el llamamiento en garantía realizado a Mapfre es improcedente por cuanto Skandia S.A. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones; ii) inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia, iii) Frente a la acción material ejercida por el demandante, la AFP Skandia

carece de amparo y/o cobertura, pues el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., iv) Mapfre no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, v) a Mapfre no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando al llamante, AFP Skandia y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna. vi) prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y vii) la innominada. Frente al llamamiento, admitió la presentación de la demanda ordinaria, la suscripción del contrato de seguro previsual, su vigencia y, los pagos correspondientes a las primas de seguro previsual de invalidez y sobrevivientes. (archivo 10, fls. 11 a 23).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 23 de noviembre de 2023 (archivo 22), resolvió:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas y **DECLARAR** PROBADA la excepción denominada inexistencia de derecho contractual por parte de la Afp Skandia formulada por la llamada en garantía, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante HERNANDO SÁNCHEZ RAMÍREZ a través de la AFP INVERTIR, de fecha 04 de noviembre de 1994, así como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE estuvo afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos.

CUARTO.- CONDENAR a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos y el bono pensional si a ello hubiere lugar. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE ha estado afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO.- ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante HERNANDO SÁNCHEZ RAMÍREZ como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. Para el efecto COLPENSIONES deberá actualizar la Historia Laboral del demandante incluyendo los tiempos cotizados a través de las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

SEXTO.- ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.

SÉPTIMO.- CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smlmv. Así mismo, CONDÉNESE en costas a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a favor de la llamada en garantía, fijando como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

OCTAVO.- En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que las AFP no demostraron haber brindado al momento de la afiliación información clara y suficiente

que le permitiera tomar una decisión informada sobre el cambio de régimen pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

Skandia solicita que se absuelva a la AFP de devolver los gastos de administración y primas de seguros previsionales, debido a son unas erogaciones que se hicieron al demandante por disposición legal, recursos a los que además ya se les dio la destinación pertinente, por lo que no están en poder de la AFP. Estima que, devolver los gastos de administración, generaría un enriquecimiento sin justa causa y un pago de lo no debido a Colpensiones, dado que la AFP realizó una adecuada gestión, cumpliendo con su deber de generar una rentabilidad acorde a las directrices legales y de la superintendencia financiera. Estima la improcedencia de la indexación en tanto comportaría una doble sanción por un mismo hecho, ya que los rendimientos obtenidos retribuyen la pérdida de poder adquisitivo de la moneda. Frente al llamamiento en garantía, estima que ante la declaratoria de ineficacia del traslado, la aseguradora Mapfre está en la obligación de la devolución de las primas que le fueron pagadas.

Porvenir S.A. reprocha la declaratoria de ineficacia del traslado; estima que la afiliación del demandante en el año 1994, se llevó a cabo de forma voluntaria y sin presiones, cumpliendo con la normatividad aplicable para esa época; las condiciones y características del RAIS se encuentran compiladas en la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información que le suministraron los asesores; el demandante como consumidor financiero, tenía el deber de actuar con mediana diligencia; el actuar de esa administradora siempre ha sido de buena fe; rechaza la orden de devolver los rubros correspondientes a gastos de administración, que corresponde a una sanción injustificada; pide se revoque la orden relativa a la indexación, en tanto los rendimientos ya se compensa la depreciación de la moneda.

La demandada Colpensiones manifestó que al accionante no le asiste derecho a retornar al régimen de prima media, al tener menos de 10 años para adquirir la categoría pensional; por lo que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Finalmente, debe tenerse en cuenta que Colpensiones no puede resultar afectada al ser un tercero en el acto jurídico del traslado, en atención al principio de la relatividad jurídica.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios

pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 4 de junio de 1979 al 3 de noviembre de 1994 (archivo 01, fl. 15), y migró al RAIS, a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Invertir Organismo Cooperativo, hoy Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación, del 4 de noviembre de 1994 (archivo 07 fl. 32 y 48).

Al absolver interrogatorio, el demandante señaló que en el año 1994, la entidad financiera en que trabajaba, dio la directriz de afiliarse al fondo privado; el asesor del fondo Invertir no le ofreció ninguna información relativa a las diferencias entre regímenes, características, ventajas y desventajas del RAIS, ni se analizó su situación pensional en particular. Su motivación para regresar al régimen de prima media, principalmente obedece a su deseo de obtener una pensión digna de acuerdo a los aportes

que ha realizado. No recuerda haber adelantado ninguna gestión de traslado a Skandia, pero reconoce haber firmado el formulario de afiliación y haber recibido extractos mensuales por parte de esa AFP; nunca solicitó la ampliación de la información relativa a su derecho pensional, quizás por descuido.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Skandia S.A. administradora a la que se encuentra actualmente afiliado el accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). Por tanto, la sentencia se modificará en esta parte.

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

En relación con el llamamiento efectuado por SKANDIA S.A. a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., basta con precisar que no existe mérito para condenar a la aseguradora, en razón a que el porcentaje de gastos de administración recibido por las AFP debe ser reintegrado con cargo a su propio patrimonio, toda vez que las consecuencias de la falta de información de la AFP, no pueden ser asumidas por la entidad aseguradora, máxime si se tiene en cuenta que el amparo del contrato de seguros se cierne al pago de una suma adicional en el evento que se requiriera financiar una pensión de invalidez o sobrevivencia, situación ajena a la de ineficacia del traslado, objeto de estudio.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de noviembre de 2023, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto

con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral CUARTO de la sentencia recurrida, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

(Salva Voto Parcial)



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HERNANDO SÁNCHEZ RAMÍREZ
CONTRA COLPENSIONES Y OTROS**

RAD. 32-2022-00072-01

M.P. CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Con todo respeto hacia mis compañeros de sala, me distancio de los fundamentos que llevaron a la mayoría a concluir que no procede imponer costas de segunda instancia a la parte a la que se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, tal como se detallará a continuación.

Las costas procesales, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (C.G.P.), implican la condena a la parte vencida en un proceso, o a quien le sea desfavorable un recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia define las costas como "la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial" (Sentencia AL1906 del 6 de abril de 2016). Dichas costas incluyen dos conceptos distintos: (i) las expensas y (ii) las agencias en derecho. Este último concepto se refiere a la compensación por los gastos legales en los que incurrió la parte vencedora, incluso si no intervino directamente un profesional del derecho.

En este contexto, no hay duda alguna de que la condena en costas debió imponerse a la parte que presentó la apelación, ya que el recurso fue resuelto desfavorablemente por este Colegiado. Y Aunque es plausible argumentar, por un lado, que el proceso en cuestión no reviste una gran complejidad, dado que la solicitud principal se centraba en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la devolución de aportes al Régimen de prima media con prestación definida, asunto que ha sido objeto de jurisprudencia vinculante a lo largo de varios años, y por otro lado, que este tribunal, pese a la interposición del recurso, estaba obligado a examinar el asunto en grado jurisdiccional de consulta, lo que implicaba abordar los temas materia de alzada, estas interpretaciones no pueden automáticamente eximir a la parte vencida de su responsabilidad, máxime cuando no constituyen causales para que el juez se abstenga de emitir condena a la luz del citado precepto.

Es pertinente destacar que el presupuesto contemplado en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. se encuentra plenamente respaldado en el presente caso, toda vez que el mandatario profesional tuvo una participación acuciosa en la causa, no solo en su parte sustantiva sino procesal, cuyo trámite implicó una inversión considerable de tiempo y reveló una atención diligente en defensa de los intereses de su poderdante, por lo que, el gasto de apoderamiento debe ser debidamente compensado al actor, no solo como un reconocimiento justo, sino también como un respaldo a la noble y digna labor de los abogados, encontrándose en consecuencia, que las costas judiciales están efectivamente causadas y probadas.

Radicación n.º 110013105 032 2022 00072 01.

En resumen, al considerarse las costas como una compensación por los gastos derivados de la atención de un proceso judicial y como una obligación procesal dirigida contra el patrimonio de la parte vencida, se evidencia que no existen fundamentos en este caso que permitan exonerar a la parte apelante de dicha responsabilidad, dado que su recurso no fue exitoso.

En los anteriores términos dejo plasmado mi salvamento de voto parcial.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 034 2019 00063 01
DEMANDANTE: MARITZA MENDEZ GONZALEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., primero (01) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de octubre de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A. En consecuencia, se ordene el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media y el giro de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos a Colpensiones y; a ésta última, a recibir nuevamente a la accionante y reconocerle pensión de vejez en la cuantía que el despacho determine. Así mismo, se condene a las demandadas el pago de las costas y agencias en derecho y, a lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 29 de diciembre de 1962; se afilió al régimen de prima media a través del ISS donde cotizó entre el 1º de febrero de 1984 y el 31 de mayo de 1995; sus cotizaciones fueron trasladadas a la AFP Colmena, hoy Protección S.A. el 4 de octubre de 1995, con motivo de la presencia en su lugar de trabajo de un asesor de la administradora, quien le advirtió que el ISS estaba en riesgo de quiebra y por ello debía asegurar su pensión en un fondo privado; sin embargo, no le informó sobre las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas de cada régimen, ni mucho menos le hicieron una proyección de su futura mesada pensional. Agregó que en aras de obtener un mejor rendimiento financiero, se afilió también a la AFP Skandia, hoy Old Mutual y a Porvenir S.A., administradoras que tampoco le suministraron información, clara y concreta en relación con el régimen que más le convenía. En el año 2018 solicitó a Colpensiones el retorno al régimen de prima media, recibiendo respuesta negativa. (archivo 02, fls. 87 a 103).

Old Mutual Pensiones y Cesantías, rechazó las pretensiones de la demanda, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante y su afiliación a esa AFP. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: buena fe, pago y la innominada. Argumentó que la afiliación de la demandante al RAIS es válida, se realizó con plena voluntad y sin la concurrencia de vicios de consentimiento; los asesores de Old Mutual ofrecieron a la demandante la información acorde con los parámetros contemplados en las normas vigentes para la época, la accionante está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad. Aduce que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado. (archivo 02, fls. 119 a 130).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones 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. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de

ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que la demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; durante su vinculación como afiliado de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad de hacerlo (expediente digital, archivo 02. fls. 205 a 243).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la fecha de nacimiento de la demandante, así como su afiliación y cotizaciones al ISS, su traslado al RAIS y la petición elevada con su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la causal alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y, las demás declarables de oficio. Argumentó que la afiliación de la demandante al RAIS se realizó con plena voluntad, suscribiendo el formulario, voluntad que se vio ratificada por más de 20 años en que ha realizado cotizaciones a ese régimen; la accionante está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad. Aduce que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado y; que sobre el afiliado también recaía su deber de información (archivo 02, fls. 327 a 361).

Protección S.A. rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la afiliación y cotizaciones al régimen de prima media y su traslado al régimen privado y la fecha de nacimiento. Manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional, inexistencia de afiliación previa al régimen de prima media y,

las demás que sean declarables en forma oficiosa. Sostuvo que la afiliación de la actora se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de su voluntad libre y espontánea, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento, no ejerció su derecho de retornar al régimen de prima media y no cumplió con sus deberes como consumidor financiero. (archivo 10, fls.3 a 23).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 19 de octubre de 2023 (archivo 30), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante MARITZA MENDEZ GONZALEZ, el 31 de mayo de 1995, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la afiliación a la Sociedad PENSIONES Y CESANTIAS COLMENA S.A., hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARITZA MENDEZ GONZALEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, SIN LUGAR a descontar valores por concepto de administración.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, con motivo de la afiliación de MARITZA MENDEZ GONZALEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones propuestas en la demanda.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de la demandada SOCIEDAD AFP PROTECCION S.A., liquidense por secretaría incluyendo la suma d 1 SMLMV por concepto de agencias en derecho.

SÉPTIMO: Conceder el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.L.

Como sustento de su decisión, arguyó que, conforme al criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha resaltado el deber de las AFP de suministrar información objetiva comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes así como de las consecuencias jurídicas del traslado, carga de la prueba que corre por cuenta de la AFP, quien no acreditó haberla cumplido.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones, recurrió la sentencia. Reprocha la declaratoria de ineficacia del traslado, atendiendo que la demandante se encuentra en prohibición legal para retornar al régimen de prima media por razón de su edad.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el demandante.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-

2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, cotizando al Instituto de Seguros Sociales desde el 1º de febrero de 1984 hasta el 31 de julio de 1995 (archivo 02, fl. 19). Migró al RAIS, a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación el 31 de mayo de 1995 (archivo 10, fl. 35).

Al absolver interrogatorio, la demandante señaló que en el año 1984 se afilió al Instituto de Seguros Sociales; en el año 1995 recibió visita de los asesores de Colmena AFP, quienes hicieron una reunión con todos los empleados y les dijeron que el ISS se iba a acabar y por eso debían trasladarse a los fondos privados, porque podían pensionarse cuando quisiera, tendrían mayores rendimientos, pero no les explicaron las características del régimen de ahorro individual y sus diferencias con el de prima media; tampoco les hablaron de las ventajas y desventajas de cada régimen, no analizaron el caso de cada persona en concreto, no les entregaron ningún documento con información, ni les hicieron una proyección pensional. Refirió que su afiliación a las otras AFPs, también se hicieron en su sitio de trabajo tras la visita de asesores, que no le suministraron información clara ni precisa.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colmena, hoy Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Por ello, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia del traslado, porque este es el acto de vinculación al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta del deber de información al momento de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Porvenir S.A., deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

En el mismo sentido, las AFP Protección S.A. y Old Mutual S.A. deberán trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados

en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros 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 SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de octubre de 2023, el cual quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, los valores utilizados en seguros previsionales y, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a las AFP Protección S.A. y OLD MUTUAL S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin **COSTAS** en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada
(Salva Voto Parcial)



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARITZA MÉNDEZ GONZÁLEZ CONTRA COLPENSIONES Y OTROS

RAD. 34-2019-00063-01

M.P. CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Con todo respeto hacia mis compañeros de sala, me distancio de los fundamentos que llevaron a la mayoría a concluir que no procede imponer costas de segunda instancia a la parte a la que se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, tal como se detallará a continuación.

Las costas procesales, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (C.G.P.), implican la condena a la parte vencida en un proceso, o a quien le sea desfavorable un recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia define las costas como "la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial" (Sentencia AL1906 del 6 de abril de 2016). Dichas costas incluyen dos conceptos distintos: (i) las expensas y (ii) las agencias en derecho. Este último concepto se refiere a la compensación por los gastos legales en los que incurrió la parte vencedora, incluso si no intervino directamente un profesional del derecho.

En este contexto, no hay duda alguna de que la condena en costas debió imponerse a la parte que presentó la apelación, ya que el recurso fue resuelto desfavorablemente por este Colegiado. Y Aunque es plausible argumentar, por un lado, que el proceso en cuestión no reviste una gran complejidad, dado que la solicitud principal se centraba en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la devolución de aportes al Régimen de prima media con prestación definida, asunto que ha sido objeto de jurisprudencia vinculante a lo largo de varios años, y por otro lado, que este tribunal, pese a la interposición del recurso, estaba obligado a examinar el asunto en grado jurisdiccional de consulta, lo que implicaba abordar los temas materia de alzada, estas interpretaciones no pueden automáticamente eximir a la parte vencida de su responsabilidad, máxime cuando no constituyen causales para que el juez se abstenga de emitir condena a la luz del citado precepto.

Es pertinente destacar que el presupuesto contemplado en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. se encuentra plenamente respaldado en el presente caso, toda vez que el mandatario profesional tuvo una participación acuciosa en la causa, no solo en su parte sustantiva sino procesal, cuyo trámite implicó una inversión considerable de tiempo y reveló una atención diligente en defensa de los intereses de su poderdante, por lo que, el gasto de apoderamiento debe ser debidamente compensado al actor, no solo como un reconocimiento justo, sino también como un respaldo a la noble y digna labor de los abogados, encontrándose en consecuencia, que las costas judiciales están efectivamente causadas y probadas.

Radicación n.º 110013105 034 2019 00063 01.

En resumen, al considerarse las costas como una compensación por los gastos derivados de la atención de un proceso judicial y como una obligación procesal dirigida contra el patrimonio de la parte vencida, se evidencia que no existen fundamentos en este caso que permitan exonerar a la parte apelante de dicha responsabilidad, dado que su recurso no fue exitoso.

En los anteriores términos dejo plasmado mi salvamento de voto parcial.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 034 2019 00191 01
DEMANDANTE: GUILLERMO MORENO ACOSTA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y LA NACIÓN -MINISTERIO DE
HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.
LITIS CONSORTE SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA -
NECESARIO: FIDUREVISORA

Bogotá, D.C., primero (1º) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de junio de 2022. Igualmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y la Nación.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del oficio No. BZ2018_300147_315761 del 02 de febrero de 2018, proferido por COLPENSIONES, con el cual se negó el ajuste o modificación del salario base de liquidación del bono pensional por él solicitado y como consecuencia de lo nulidad de dicho oficio, le sea ordenado reajustar el salario base de liquidación para el bono pensional en un monto igual a \$230.000 por ser este su salario certificado tanto en su historia laboral como en el archivo laboral masivo, para que posteriormente, sea reliquidado su bono pensional e informado a las entidades competentes y que integran el extremo pasivo en la presente demanda.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó sus servicios al Banco Cafetero entre agosto de 1983 y julio de 2005, encontrándose afiliado al entonces Instituto de Seguros Sociales hasta el año 1997, anualidad en la cual se trasladó al Régimen de Ahorro Individual siendo Colfondos su actual administrador de pensiones. Solicitó a Colfondos la liquidación del bono pensional pero optó por no aceptar la liquidación que le fue realizada dado que ésta tuvo en cuenta como salario base de liquidación la suma de \$181.050, debiéndose haber efectuado sobre el valor de \$230.000 que era el monto al cual ascendía su salario para la fecha 30 de junio de 1992, tal como le fue certificado el 2 de septiembre de 2015 por la Coordinadora de Historias Laborales de la Subdirección de Recursos Humanos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (*fl. 24 del archivo PDF "01.01 11001 31 05 034 2019 00191 Guillermo Moreno Acosta (fls 1-131)*). De acuerdo con lo anterior, indicó que ente tanto que el Banco Cafetero S.A., ya había sido liquidado, solicitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el reajuste del salario base en la historia laboral para la liquidación del bono pensional, entidad que entregó una respuesta negativa bajo el argumento que tal modificación solamente podía ser efectuada por Colpensiones. Con base en la respuesta que recibió por cuenta del Ministerio aquí demandado, pidió a Colpensiones el ajuste del salario base de liquidación en la historia y archivo laboral masivo, por el valor de \$230.000. Colpensiones negó su solicitud mediante oficio BZ2018_300147_315761, aduciendo que no procede la solicitud efectuada dado que \$181.000 fue el salario reportado por el empleador para la fecha 30 de junio de 1992.

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Frente a los hechos, aceptó las cotizaciones realizadas a Colpensiones entre agosto de 1983 a junio de 1997, el posterior traslado al régimen de prima media con prestación definida, la petición realizada por el demandante y la respuesta que le fue entregada mediante oficio No. BZ.22018-3001 47 315761 (*fls.90 a 106*).

Por su parte, la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con la petición efectuada a dicho Ministerio, la

respuesta que le fue entregada, el contenido de la certificación expedida a petición del señor Moreno, pero advirtiéndole que la expidió por ser una función inherente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público como entidad encargada y el agotamiento del requisito de procedibilidad aclarando que éste no resultaba necesario ante debates como el que atañe a la presente causa ordinaria (*fls. 130 a 149*).

En audiencia del 8 de marzo de 2021, se dispuso la integración de la SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. FIDUPREVISORA S.A., como administradora del patrimonio autónomo de remanentes de BANCAFE, en calidad de Litis consorcio necesario; quien al dar contestación se opuso a la totalidad de las pretensiones y; manifestó no constarle los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, falta de agotamiento de la vía gubernativa, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, conmutación pensional del banco cafetero S.A., con el ISS hoy Colpensiones, cobro de lo no debido, bono pensional a cargo del ISS hoy Colpensiones o la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, inexistencia de la solidaridad en los términos del código civil, procesos pensionales a cargo de Colpensiones, buena fe, prescripción y, la genérica. Fundamentó su defensa en que el proceso de liquidación del BANCO CAFETERO S.A., culminó con la suscripción del acta final de liquidación y la Entidad desapareció de la vida jurídica, dejando de ser objeto de derechos, deberes y obligaciones, aunado al hecho que el contrato de Fiducia siempre tiene un fin específico, es decir debe ser necesariamente destinado a cumplir una tarea que puede ser entre otros, el pago de un fin específico y no es posible que los recursos generados en este contrato sean destinados a otra función sin la autorización previa del fideicomitente, lo que en este caso resulta imposible dado que la autorización está dada en el contrato primigenio o a través de modificación de este (*fls. 5 al 79 del archivo PDF “Contestación Fiduprevisora”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de junio de 2022, resolvió¹:

PRIMERO: Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a modificar al archivo general masivo y la historia laboral del demandante Guillermo Moreno Acosta, conforme el salario base de \$230.000 al 30 de junio de 1992.

SEGUNDO: Autorizar a Colpensiones reclamar la diferencia del pago de aportes a pensión del demandante que corresponda al SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUREVISORA, como responsable de las prestaciones económicas y pensionales que estaban a su cargo del Banco Cafetero en Liquidación.

TERCERO: CONDENASE en Costas a las partes demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUREVISORA, liquidense por secretaría incluyéndose la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, valor en que se estiman las agencias en derecho.

En sustento de su decisión, indicó que, era evidente su afiliación válida al RAIS, y el derecho que el actor tiene al bono pensional tipo A, debidamente liquidado, por lo que la controversia se resolvía con la aplicación del contenido del artículo 117 de la Ley 100 de 1993 y la prueba válidamente aportada y no refutada por las demandadas, correspondiente a la certificación del salario devengado para el mes de junio de 1992 el cual era superior al que el extinto Banco Cafetero reportó al ISS hoy Colpensiones en la historia laboral, yerro que se debió a la necesidad de la demandada en ajustar el Ingreso base de liquidación a la categoría 33 contenida en el Decreto 2610 de 1989, por lo que bastaba con tener en cuenta el salario real debidamente certificado y desde luego, que éste no excediera la categoría máxima contenida en el citado decreto de 1989, por lo que en su interpretación normativa había lugar a ordenar la modificación del archivo general masivo y la historia laboral del demandante conforme el salario base de \$230.000 al 30 de junio de 1992.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA, interpuso recurso de apelación en el que argumentó que dicha entidad no es, ni fungió como empleador directo y no le asiste la obligación de pagar condena alguna, destacando que el empleador era el

¹ Expediente digital, Archivo PDF18. Acta de Audiencia y Video “17. Audiencia PO1110013105034201900191 (ART 80CPT).

Banco Cafetero y por ende, la sociedad fiduciaria no es el legitimado para participar como pasiva en la demanda ordinaria.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Colpensiones, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si el accionante tiene derecho al reajuste del salario base de liquidación para el bono pensional y la consecuente modificación de dicha base de liquidación en el archivo general masivo y la historia laboral conforme al salario base de \$230.000 por ser el realmente percibido al 30 de junio de 1992 o si por el contrario, debe mantenerse el salario contemplado para la categoría 33 con base en las disposiciones del Decreto 2610 de 1989.

Para empezar a dilucidar el problema jurídico debe destacarse que se encuentra probado que: **(i)** trabajó en el Banco Cafetero S.A., entre el 22 de agosto de 1983 hasta el 29 de junio de 2005 (*fl. 24 del archivo PDF “01.01 11001 31 05 034 2019 00191 Guillermo Moreno Acosta (fls 1-131); (ii)* estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones entre agosto de 1983 y junio de 1997 (*fl. 99 aceptación del hecho por parte de la demandada*); y **(iii)** se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP COLFONDOS., desde el 1º de julio de 2004 (*fl.12 Extracto fondo de pensiones obligatorias*).

Siendo este el objeto del debate, no resulta comprensible el argumento central del recurso de apelación presentado por la demandada Sociedad Fiduciaria La Previsora – Fiduprevisora, pues en parte alguna de la demanda o el debate que aquí se dirime, se discute la calidad de empleador o trabajador de un extremo u otro, pero en tanto que se expuso

de manera somera como argumento de controversia, la obligación de pago que se generaría al modificar el bono del demandante, se estudiará el recurso teniendo en cuenta para ello el tipo de bono del cual se solicita la modificación, el salario certificado y la base cotización tenida en cuenta para la expedición del ya referido bono y el eventual responsable de asumir la obligación económica que se genere.

En armonía de lo anterior, los artículos 60 y 115 de la ley integral de seguridad social, establecen que a los bonos pensionales tendrán derecho entre otros, los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público, supuesto en el que se encuentra el promotor del juicio y que en síntesis no es motivo de discusión, por lo que el debate debe centrarse en el monto del precitado Bono.

En ese horizonte, estando en controversia el monto del mencionado Bono pensional, debe atenderse la disposición contenida en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, el cual literalmente establece que:

“Para determinar el valor de los bonos, se establecerá una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, que se calculará así:

*a) Se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, **como el resultado de multiplicar la base de cotización del afiliado a 30 de Junio de 1992**, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase cesante, actualizado a la fecha de su ingreso al Sistema según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del DANE, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que hubiere tenido el afiliado en dicha fecha. Dichos salarios medios nacionales serán establecidos por el DANE;*

De dicho extracto normativo, se arribaría a la conclusión que, con base en el documento denominado “Liquidación provisional Bono Pensional de fecha 04 de mayo de 2020” (fil. 155 a 157), el valor que debía tenerse en cuenta es el Ingreso Base de Liquidación reportado en la “Historia Laboral para Bono”, esto es la cifra de \$181.050; sin embargo, esta cifra no es consonante con la certificada por la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el documento incorporado a folio 71, en la

cual claramente se aprecia y no fue objeto de discusión por las convocadas a juicio, que el sueldo básico mensual para el 30 de junio de 1992 del señor Guillermo Moreno Acosta fue equivalente a \$230.000.

Ante esta diferencia entre el valor que en su momento la empleadora reportó como Ingreso Base de Cotización y el salario realmente certificado, obliga a esta Sede a revisar la pretensión del demandante, teniendo en cuenta el contenido del Decreto 2610 de 1989, con el cual se aprobó el Acuerdo 089 del mismo año, y los que consecuentemente establecen que el salario equivalente a \$230.000 que fue el certificado al demandante, no excede el monto y categoría máxima de los salarios bases y aportes al seguro social, notándose que la única diferencia es que el valor tenido en cuenta en el Ingreso Base de liquidación corresponde a la categoría 33 y el certificado por la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público se encuentra en la categoría 36 de salarios máximos asegurables, cuyo tope es \$234.720, es decir no se supera el salario máximo asegurable de \$665.070 correspondiente a la categoría más alta, por lo que resulta evidente la falta cometida por el Banco Cafetero al querer ubicar en una categoría diferente a la que realmente correspondía dado el monto salarial del actor.

Siendo este la columna que cimienta la presente causa ordinaria, esta colegiatura adopta la postura contenida en la Sentencia SL3871-2020 del 24 de noviembre de dos mil veinte, Radicación No. 74399, la cual abordó un asunto de similares contornos y en el que la Corte Suprema de Justicia consignó:

En efecto, si se revisan las pruebas allegadas al expediente, se establece que, para el 30 de junio de 1992, fecha de referencia para calcular el bono pensional, el señor Restrepo Ospina recibía un salario equivalente a \$362.243, tal como lo informa Sofasa S.A. en la certificación emitida el 26 de octubre de 1999 vista a folio 20, en la que expresamente señaló:

Que el señor Carlos Enrique Restrepo Ospina [...] estuvo vinculado a la Compañía con un contrato a término indefinido desde la fecha 24 de septiembre de 1979 hasta el 22 de julio de 1998.

- *Salario al momento de su retiro \$1.223.080*
- *Salario a junio 30 de 1992 \$362.243. (subraya la Sala).*

Sin embargo, en las historias laborales expedidas por el ISS y allegadas al proceso, se observa que para dicha data la empresa demandada reportó

como salario base de cotización la suma de \$275.850 (f.º 21 a 23, 278 a 280), y con este rubro se calculó el bono pensional tipo A, al que tenía derecho el demandante, como consta a folio 116.

Tal diferencia de salarios resulta relevante, como quiera que, en virtud del salario reportado por la empresa, la cotización para pensión se ubicó en la categoría 38 de la tabla de aportes señalada en el Decreto 2610 de 1989, que precisamente tiene como tope la suma de \$275.850, mientras que con el salario realmente devengado por el actor (\$362.243) habría sido necesario que la empresa realizara los aportes sobre el máximo asegurable de la categoría 42.

Aunque en su defensa la accionada adujo que el monto de la cotización al ISS no obedecía al salario devengado sino a la categoría preestablecida por dicha administradora, lo cierto es que Sofasa S.A., **no atendió tal parámetro, pues realizó los aportes bajo una categoría inferior a la que le correspondía al actor según su salario, que en ningún caso superó el máximo asegurable de la categoría más alta (\$665.070, categoría 51).**

(...)

En esa medida, aunque la acusación es parcialmente fundada, en cuanto el Tribunal se equivocó al entender procedente la aplicación del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994, lo cierto es que por las razones antes expuestas el cargo no prospera, pues en instancia la condena se mantendría incólume, **sobre la base del pago deficitario de aportes por parte de Sofasa S.A., dado que no lo hizo sobre la verdadera remuneración percibida por el trabajador, la cual no superaba el salario máximo asegurable de la categoría más alta contemplada en el Decreto 2610 de 1989. De ahí que le corresponda asumir la reliquidación pretendida.** (negrilla fuera del texto original).

De la jurisprudencia reseñada, surge con total claridad que el error del empleador respecto a consignar en la historia laboral un IBL inferior al real y por ende realizar un pago sin tener en cuenta la verdadera remuneración percibida, no puede ni debe afectar un legítimo derecho del aquí demandante, amparado no solo en la Ley 100 de 1993 sino en el Decreto que estableció las categorías y salarios máximos asegurables, por lo que, argumentos como la necesidad de ubicar el salario en un ingreso base de cotización y categoría inferior por ser la que resultaba acorde al cargo del demandante, no puede predominar sobre la realidad objetiva correspondiente al salario que realmente percibía el señor Moreno, por lo que las pretensiones, tal como lo expuso la Juez de primera instancia, deben ser confirmadas y por ende, es la entidad que asumió la liquidación del extinto Banco Cafetero es la encargada de responder económicamente por el pago deficitario máxime cuando la obligación reclamada es de carácter imprescriptible y por ende, corresponde a Colpensiones ser la

obligada a modificar la historia laboral del demandante teniendo en cuenta para ello el salario certificado para el 30 de junio de 1992 del señor GUILLERMO MORENO ACOSTA, esto es en cuantía de \$230.000.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta, ni en la apelación ante su no causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

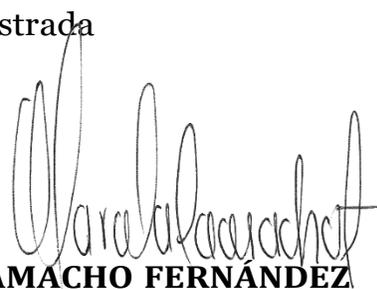
SEGUNDO: Sin costas en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

(Salva Voto Parcial)



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

|Radicación n.º 110013105 034 2019 00191 01.

Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

■

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GUILLERMO MORENO ACOSTA CONTRA COLPENSIONES Y OTRA

RAD. 34-2019-00191-01

M.P. CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Con todo respeto hacia mis compañeros de sala, me distancio de los fundamentos que llevaron a la mayoría a concluir que no procede imponer costas de segunda instancia a la parte a la que se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, tal como se detallará a continuación.

Las costas procesales, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (C.G.P.), implican la condena a la parte vencida en un proceso, o a quien le sea desfavorable un recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia define las costas como "la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial" (Sentencia AL1906 del 6 de abril de 2016). Dichas costas incluyen dos conceptos distintos: (i) las expensas y (ii) las agencias en derecho. Este último concepto se refiere a la compensación por los gastos legales en los que incurrió la parte vencedora, incluso si no intervino directamente un profesional del derecho.

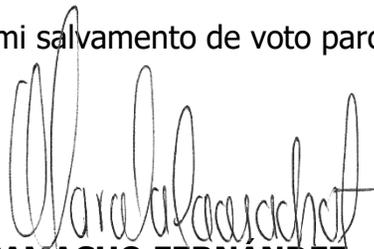
En este contexto, no hay duda alguna de que la condena en costas debió imponerse a la parte que presentó la apelación, ya que el recurso fue resuelto desfavorablemente por este Colegiado. Y Aunque es plausible argumentar, por un lado, que el proceso en cuestión no reviste una gran complejidad, dado que la solicitud principal se centraba en la reliquidación del bono pensional, y por otro lado, que este tribunal, pese a la interposición del recurso, estaba obligado a examinar el asunto en grado jurisdiccional de consulta, lo que implicaba abordar los temas materia de alzada, estas interpretaciones no pueden automáticamente eximir a la parte vencida de su responsabilidad, máxime cuando no constituyen causales para que el juez se abstenga de emitir condena a la luz del citado precepto.

Es pertinente destacar que el presupuesto contemplado en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. se encuentra plenamente respaldado en el presente caso, toda vez que el mandatario profesional tuvo una participación acuciosa en la causa, no solo en su parte sustantiva sino procesal, cuyo trámite implicó una inversión considerable de tiempo y reveló una atención diligente en defensa de los intereses de su poderdante, por lo que,

el gasto de apoderamiento debe ser debidamente compensado al actor, no solo como un reconocimiento justo, sino también como un respaldo a la noble y digna labor de los abogados, encontrándose en consecuencia, que las costas judiciales están efectivamente causadas y probadas.

En resumen, al considerarse las costas como una compensación por los gastos derivados de la atención de un proceso judicial y como una obligación procesal dirigida contra el patrimonio de la parte vencida, se evidencia que no existen fundamentos en este caso que permitan exonerar a la parte apelante de dicha responsabilidad, dado que su recurso no fue exitoso.

En los anteriores términos dejo plasmado mi salvamento de voto parcial.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 034 2021 00465 01
DEMANDANTE: MARTHA LUCIA OTALORA VARGAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., primero (01) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de julio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media y el giro de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos a Colpensiones y; a ésta última, a recibir nuevamente a la accionante. Así mismo, se condene a las demandadas el pago de las costas y agencias en derecho y, a lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 24 de mayo de 1966; se afilió al régimen de prima media a través del ISS donde cotizó entre el 21 de abril de 1992 y el 30 de noviembre de 2001. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A., mediante diligenciamiento de formulario de afiliación el 25 de octubre de

2001. Afirma que accedió a trasladarse de régimen porque el asesor del fondo privado la aseguró que el ISS no tendría los fondos suficientes para responder por sus mesadas pensionales, en el RAIS obtendría una muy buena pensión y además podría pensionarse antes de alcanzar la edad requerida. Sin embargo, el asesor no le brindó información relativa a las condiciones para pensionarse en el RAIS, los requisitos para obtener la pensión anticipada, las ventajas y desventajas de cada régimen, ni que su mesada podría ser inferior a la que le correspondería en prima media. Tampoco le informaron sobre la garantía de pensión mínima o las modalidades de pensión; solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado, recibiendo respuesta negativa (archivo 03, fls. 7 a 16).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la fecha de nacimiento de la demandante, así como su afiliación y cotizaciones al ISS y la petición elevada con su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, las demás declarables de oficio. Argumentó que la afiliación de la demandante al RAIS se realizó con plena voluntad, suscribiendo el formulario, voluntad que se vio ratificada por más de 20 años en que ha realizado cotizaciones a ese régimen; la accionante está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad. Aduce que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado y; que sobre el afiliado también recaía su deber de información (archivo 08, fls. 2 a 41).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al

fondo de pensiones Porvenir se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que la demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; durante su vinculación como afiliado de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad de hacerlo (expediente digital, archivo 07. fls. 2 a 29).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 7 de julio de 2023 (expediente digital, archivo 18), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante MARTHA LUCIA OTALORA VARGAS, el 25 de octubre de 2001, entre el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARTHA LUCIA OTALORA VARGAS, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, SIN LUGAR a descontar valores por concepto de administración o primas de seguros.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones analizadas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, con motivo de la afiliación de MARTHA LUCIA OTALORA VARGAS, como son cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de la demandada SOCIEDAD AFP PORVENIR S.A., liquidense por secretaría incluyendo la sumade 3 SMLMV por concepto de agencias en derecho.

SEXTO: en caso de no ser apelada la presente decisión concédase el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.L.

Como sustento de su decisión, arguyó que, conforme al criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha resaltado el deber de las AFP de suministrar información

objetiva comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes así como de las consecuencias jurídicas del traslado, carga de la prueba que corre por cuenta de la AFP, quien no acreditó haberla cumplido.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones, recurrió la sentencia. Reprocha la orden que se le impartió de recibir todos los aportes de la cuenta individual de la demandante, en el sentido que se ordene que entregue dichos conceptos indexados, incluidos los gastos de administración, seguros previsionales, ello como quiera que la entidad tiene que asumir en el futuro el reconocimiento pensional a la demandante y claramente se ve afectada en su patrimonio y si el superior lo estima pertinente se paguen intereses moratorios por la tardanza en la devolución de dichos conceptos.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el demandante.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, cotizando al Instituto de Seguros Sociales desde el 21 de abril de 1992 hasta el 30 de noviembre de 2001 (archivo 03, fl. 30). Migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A.,

mediante la suscripción de formulario de vinculación el 25 de octubre de 2001 (archivo 03, fl. 46).

Al absolver interrogatorio, la demandante señaló que en el año 1996 se afilió al Instituto de Seguros Sociales; en el año 2001 cuando estaba trabajando en la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, se trasladó al régimen de ahorro individual por medio de la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A. En una reunión grupal, el asesor de la AFP le informó a ella y un grupo de compañeros de trabajo que el ISS se iba a acabar y se podían quedar sin pensión, que en esa AFP se podrían pensionar a los 50 años, tendrían más ahorro pensional, posteriormente les llevaron los formularios diligenciados para su firma. Explicó que en aquella reunión no les informaron las características del régimen pensional privado, no les hicieron ninguna proyección pensional, ni les entregaron información escrita. En el año 2017 solicitó asesoría en Colpensiones, donde le dijeron que ya no podía trasladarse al RPM.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Por ello, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia del traslado, porque este es el acto de vinculación al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta del deber de información al momento de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Porvenir S.A., deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto

respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia analizada, el cual quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, los valores utilizados en seguros previsionales y, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle

pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin **COSTAS** en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA LUCIA OTALORA VARGAS
CONTRA COLPENSIONES Y OTROS**

RAD. 34-2021-00465-01

M.P. CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Con todo respeto hacia mis compañeros de sala, me distancio de los fundamentos que llevaron a la mayoría a concluir que no procede imponer costas de segunda instancia a la parte a la que se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, tal como se detallará a continuación.

Las costas procesales, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (C.G.P.), implican la condena a la parte vencida en un proceso, o a quien le sea desfavorable un recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia define las costas como "la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial" (Sentencia AL1906 del 6 de abril de 2016). Dichas costas incluyen dos conceptos distintos: (i) las expensas y (ii) las agencias en derecho. Este último concepto se refiere a la compensación por los gastos legales en los que incurrió la parte vencedora, incluso si no intervino directamente un profesional del derecho.

En este contexto, no hay duda alguna de que la condena en costas debió imponerse a la parte que presentó la apelación, ya que el recurso fue resuelto desfavorablemente por este Colegiado. Y Aunque es plausible argumentar, por un lado, que el proceso en cuestión no reviste una gran complejidad, dado que la solicitud principal se centraba en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la devolución de aportes al Régimen de prima media con prestación definida, asunto que ha sido objeto de jurisprudencia vinculante a lo largo de varios años, y por otro lado, que este tribunal, pese a la interposición del recurso, estaba obligado a examinar el asunto en grado jurisdiccional de consulta, lo que implicaba abordar los temas materia de alzada, estas interpretaciones no pueden automáticamente eximir a la parte vencida de su responsabilidad, máxime cuando no constituyen causales para que el juez se abstenga de emitir condena a la luz del citado precepto.

Es pertinente destacar que el presupuesto contemplado en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. se encuentra plenamente respaldado en el presente caso, toda vez que el mandatario profesional tuvo una participación acuciosa en la causa, no solo en su parte sustantiva sino procesal, cuyo trámite implicó una inversión considerable de tiempo y reveló una atención diligente en defensa de los intereses de su poderdante, por lo que, el gasto de apoderamiento debe ser debidamente compensado al actor, no solo como un reconocimiento justo, sino también como un respaldo a la noble y digna labor de los abogados, encontrándose en consecuencia, que las costas judiciales están efectivamente causadas y probadas.

Radicación n.º 110013105 034 2021 00465 01.

En resumen, al considerarse las costas como una compensación por los gastos derivados de la atención de un proceso judicial y como una obligación procesal dirigida contra el patrimonio de la parte vencida, se evidencia que no existen fundamentos en este caso que permitan exonerar a la parte apelante de dicha responsabilidad, dado que su recurso no fue exitoso.

En los anteriores términos dejo plasmado mi salvamento de voto parcial.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 036 2020 00237 01
DEMANDANTE: LUZ ADRIANA PARRA SANCHEZ
DEMANDADO: BANCOLOMBIA S.A.

Bogotá, D.C., primero (1º) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de junio de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada, a término indefinido, vigente entre el 8 de abril de 2015 y el 25 de septiembre de 2017, como Cajera; que es asociada de la Unión Nacional de Empleados Bancarios “UNEB”, desde el 8 de marzo de 2017; que es beneficiaria del fuero circunstancias consagrado en el artículo 25 del Decreto Ley 2351 de 1965 y; que fue despedida sin justa causa, por lo que su terminación del contrato no produce efectos.

En consecuencia, se condene a la demandada a reintegrarla, sin solución de continuidad, al cargo de Cajera o a otro de igual o superior jerarquía, a partir de la fecha de su despido, así como al pago de los salarios, primas, cesantías, intereses a las cesantías y demás prestaciones sociales legales y extralegales; el auxilio de alimentación, el incentivo de caja, el auxilio de transporte, prima de vacaciones y demás prestaciones convencionales; y los periodos de vacaciones; todo lo anterior, correspondientes a todo el tiempo que transcurra desde su ineficaz despido y hasta la reincorporación efectiva, junto con las respectivas alzas

a que haya lugar; la indexación; las costas del proceso y; lo ultra y extra *petita*.

Como fundamento de sus pretensiones expuso en primer lugar, las normas de existencia de la demandada, así como de la UNEB. Indicó que prestó sus servicios a la demandada, desde el 8 de abril de 2015, desempeñando las funciones de cajera, en la oficina del municipio de Cota, devengando un último salario básico de \$863.097, más auxilio de transporte, auxilio de alimentación, incentivo de caja y la remuneración por horas extras nocturnas y festivas, entre otras, para un promedio salarial mensual, durante los últimos tres meses que ascendió a la suma de \$1'652.862; y sus cesantías definitivas fueron canceladas con un promedio salarial mensual para el año 2017 de \$1'396.709 mensuales.

Aduce que se afilió a la UNEB el 8 de marzo de 2017, a partir de cuando le fueron realizados por la accionada los descuentos automáticos por nómina, de la cuota sindical. Fue despedida sin justa causa el 25 de septiembre de 2017; misma fecha en que la asociación sindical, presentó pliego de peticiones a la entidad, pero antes de que despidiera a la trabajadora; no obstante, Bancolombia dio por recibido el pliego de peticiones al día siguiente y citó para iniciar la etapa de arreglo directo, negociación que terminó con la suscripción de la convención colectiva 2017 – 2020.

Manifiesta que los motivos alegados para su despido, no constituyen una justa causa. Bancolombia dio inicio a un proceso disciplinario el 25 de septiembre de 2017 a las 3 de la tarde, sin que se permitiera a la trabajadora estar asesorada por dos miembros del sindicato del cual hacía parte y, procedió dos horas después, al despido fulminante; pues la carta de despido fue recibida por la trabajadora a las 4:55 de la tarde. Aduce que Bancolombia vulneró el debido proceso constitucional porque: Impidió la asistencia de dos miembros del sindicato del cual hace parte la trabajadora demandante; le impidió escoger si efectuaba los descargos de manera verbal o por escrito; nunca remitió la comunicación exigida por la convención al sindicato del cual hace parte; no realizó la totalidad de diligencias que exige la convención colectiva. La entidad demandada

fundamentó el despido de la demandante, en acciones que nunca fueron realizadas por la trabajadora y, que se logró establecer que fueron realizadas por el señor Rafael Casallas, a quien sancionó; así mismo, hizo mención a unos descuadres en caja, los cuales en su debida oportunidad fueron totalmente pagados por la demandante.

Finalmente, indica que mientras se desempeñó como trabajadora de la entidad demandada, nunca recibió llamado de atención verbal o escrito por parte de sus jefes o superiores; por el contrario, se esforzó y dedicó a ser excelente empleada; recibiendo en el año 2016, el trofeo a la excelencia en su trabajo (archivo 03Demanda, fls. 1 a 13).

Al dar contestación, **Bancolombia S.A.** se opuso a prosperidad de las pretensiones, salvo a las declaraciones de la existencia del contrato con la demandante, la calidad de asociada a la UNEB y la presentación del pliego de peticiones por parte de la asociación. Admitió la regulación de existencia de la entidad y de la UNEB, la prestación de servicios por parte de la demandada, los extremos temporales, el cargo, el último salario básico, la afiliación de la actora a la UNEB, los descuentos automáticos de la cuota sindical, la recepción del pliego de peticiones y citación para iniciar la etapa de arreglo directo, la suscripción de la convención colectiva 2017 – 2020; la recepción de la carta de despido por parte de la actora y; el hecho que la demandante recibió en el año 2016, el trofeo a la excelencia en su trabajo, aclarando que ello no enerva los graves hechos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo. Manifestó que los restantes supuestos de hecho no son ciertos.

Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación, justa causa para terminar el contrato de trabajo, prescripción, el despido no es equiparable a una sanción disciplinaria y, la que denominó: imposibilidad de aplicar el artículo 25 del decreto ley 1351 de 1965 por cuanto el despido se produjo por justa causa. En su defensa adujo que, decidió terminar el contrato de trabajo de la demandante, en razón a que incumplió gravemente las obligaciones propias de su cargo, brindando a la

trabajadora la posibilidad de ser escuchada y rendir sus explicaciones (02Contestación, pruebas y anexos, fls. 1 a 20).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 30 de junio de 2022, absolvió a la demandada y condenó en costas a la demandante.

En lo fundamental, señaló que no existe discusión en que para la data en que culminó el vínculo laboral de la que demandante era beneficiaria del fuero circunstancial contemplado en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965; no obstante, acorde a los medios probatorios recaudados, encontró acreditados los supuestos de hecho que se le imputaron a la demandante como justa causa de despido, destacando que, acorde a la jurisprudencia, no es dable al fallador entrar a calificar la gravedad de la falta en la medida en que se encuentran previstas en el Reglamento Interno de Trabajo; constituyéndose como justa causa despido, acorde lo regulado en el numeral sexto, literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante, apeló la decisión, arguyendo que la falta argüida relacionada con los clientes referidos por Rafael, no es una conducta contraria a derecho ni a lo que plantea el Banco, sino que es función propia de ella; el hecho que Rafael haya hecho otros referidos, lo hizo a motu propio porque él quiso, no porque hubieran concertado previamente con la trabajadora alguna irregularidad; aunado a que el Banco no sufrió perjuicio con ello.

En relación a los faltantes de 5 millones, el banco tampoco tuvo pérdida alguna, y permitió que a ella tuviera que pagar. En esa medida, si le han de aplicar a la trabajadora alguna falla, debe estar en el numeral noveno del artículo 62, literal a), conforme al cual tenían que presentarle solicitarle un requerimiento para su corrección en un plazo razonable.

Igual pasa con el formulario de impuestos, error que no era fácilmente verificable, además que el Banco tampoco sufrió perjuicio alguno.

Respecto del incumplimiento del horario, no puede tenerse en cuenta la declaración de la testigo que habla al respecto, pues refiere que ello ocurrió en días sábado, y ella misma planteó que solo trabajaba de lunes a viernes, por lo que no le consta nada; por lo que dicho testimonio debe desecharse. Ahora, a pesar de existir documento de esta falta, debe tomarse el mismo numeral 9, del literal a), artículo 62; teniendo que el mismo Código plantea que en estos casos de los numerales del 9 al 15, para la terminación del contrato, el patrono deberá dar aviso al trabajador de anticipación no menor de 15 días.

De todas estas faltas, las más graves son las que cometió Rafael, a quien no echaron; las demás faltas, entran en ese punto del rendimiento en el trabajo, por lo que tenían que haberle escrito a la trabajadora y decirle que mejorara en 15 días, al no hacerlo, su despido es ilegal y, por ende, debe proceder el reintegro; entre otras, porque el Banco no sufrió perjuicio alguno, no se le hizo daño alguno a su imagen, no hubo queja de ningún cliente, ni una reconvención; por lo que el debido proceso, era llamarle la atención.

IV. CONSIDERACIONES

No fue objeto de debate que entre las partes existió un contrato de trabajo vigente entre el 8 de abril de 2015 y el 25 de septiembre de 2017, para desempeñar el cargo de Cajera, devengando un último salario básico mensual de \$863.097, pues así fue aceptado por la demandada desde la contestación, además de corroborarse con el contrato de trabajo, la comunicación de terminación del contrato, la liquidación del contrato, los recibos de pago, así como la certificación laboral del 9 de octubre del 2017 (fls. 30 a 46, archivo 03Demanda).

Asimismo, quedó acreditado, sin que fuera objeto de reproche, que la promotora del juicio pertenecía a la organización sindical Unión Nacional de Empleados Bancarios – UNEB, organización que presentó pliego de peticiones ante la accionada, el 25 de septiembre de 2017, que dio lugar al

depósito de la Convención Colectiva de trabajo vigente del 1 de noviembre de 2017 al 31 de octubre de 2020 (fls. 47, 48 y 52, archivo 03Demanda); razón por la cual, estaba protegida por el fuero circunstancial de que trata el artículo 25 del Decreto 2351 de 1.965, que establece que *“Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la prestación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto”*; reglamentado por el Decreto 1469 de 1978, artículo 36¹.

Precisado lo anterior, procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar, en primer lugar, si la terminación del contrato de trabajo de la actora obedeció o no, a una justa causa debidamente acreditada y, de no ser así, si proceden las pretensiones de la demanda.

De la terminación del contrato por justa causa

En reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral ha puntualizado que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa para exonerarse de indemnizar los perjuicios (CSJ SL284-2018). Al respecto, encuentra el Tribunal que la demandada mediante comunicación de 25 de septiembre de 2017 (fls. 37 a 40), informó a la demandante su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, indicándole que:

“Le informamos que BANCOLOMBIA S.A. ha decidido dar por terminado en forma unilateral y con justa causa, a partir de la fecha, el contrato de trabajo suscrito con usted, con fundamento en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7 del Decreto L. 2351 de 1965, literal a) numeral 6) en concordancia este último con el artículo 58 numeral 1) y 5) del mismo texto normativo; así como con fundamento en los artículos 55 literales d), e), g), h) y k), artículo 60 numerales 1), 5) y 10) y artículo 67 literales b), e) y k) del Reglamento Interno de Trabajo de la Institución. Así como con fundamento el Código de Ética de la Entidad en lo referente al valor de la transparencia.

¹ *“La protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o el pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso.”*

Los hechos en los que se fundamenta la decisión adoptada por el Banco fueron conocidos recientemente y son los siguientes:

Usted, en el ejercicio de sus funciones como Cajera de esta sucursal, incumplió gravemente las labores para las cuales fue contratada, como quiera que no observó rigurosamente las políticas y normas que el Banco tiene establecidas para el cumplimiento de la gestión comercial, para el cuadre diario del efectivo, recepción de impuestos, así como tampoco acató el Reglamento Interno de Trabajo, siendo usted recurrente en el incumplimiento del horario de trabajo.

En efecto, a raíz de una investigación interna realizada por parte de la dirección de seguridad corporativa, que culminó con informe fechado 15 de Septiembre de 2017 se logró establecer que usted durante los meses de julio y mayo del presente año y encontrándose radicada en la sucursal Cota, llevo a cabo una mala práctica en la gestión comercial, de acuerdo a lo establecido en la circular 00869-1556 la cual establece como conductas prohibidas: “Regalar, ceder y/o intercambiar puntos o productos con otros integrantes del equipo comercial”, “Cualquier venta ficticia en beneficio propio o del equipo comercial”, “Grabar un producto con código de referido cuando realmente no se atendió al cliente o no se tuvo contacto directo con él”.

En efecto, de acuerdo al resultado de la investigación, en el mes de Julio de 2017 aparecen reportadas en su plan de gestión comercial seis ventas de cuentas de ahorros con la siguiente numeración 33778929835, 33778946616, 33778987878, 33779012994, 33779232200 y 33779315687 las cuales fueron referidas por comerciales desde la sucursal Chía la cual es diferente a la oficina en la cual usted estaba radicada para esa fecha, de igual manera en este mismo mes presenta un debito automático para la tarjeta de crédito 5406910122445660 referido por un comercial desde la oficina Villapinzón; de otra parte para el mes de Mayo de 2017 aparecen reportadas en su plan de gestión comercial una cuenta de ahorros número 90976880578, un debito automático para la tarjeta de crédito número 5406910114788788 y un abono a giro internacional para la cuenta de ahorros número 18661050060, estos productos fueron referidos por comerciales desde la sucursal El Rosal la cual es diferente a la oficina en la cual usted estaba radicada para esa fecha.

Lo anterior se considera una mala práctica toda vez que dentro del marco de los valores corporativos de la Institución, la actividad comercial y de ventas se debe efectuar dentro de los más altos criterios éticos y bajo esa concepción de integridad esta conducta está prohibida en la actividad comercial pues no es fiel a la realidad y de esta manera usted se benefició, sin ser merecedora, de los incentivos otorgados por el Banco a los colaboradores que cumplen su plan de gestión comercial, como constancia de esto usted recibió una bonificación correspondiente al segundo trimestre del año (abril, mayo y junio) por el valor de \$ 612.000,00 abonados en su cuenta de nómina en la segunda quincena de agosto del presente año.

De acuerdo a lo anterior, la circular 00869-1556 es clara en mencionar que “no se debe grabar un producto con código de referido cuando realmente no se atendió el cliente o no se tuvo contacto directo con él” y es claro manifestar que usted llevo a cabo esta mala práctica en provecho propio y para beneficiarse de los incentivos económicos que el Banco otorga por el cumplimiento de las metas comerciales aun sabiendo que estos referidos no eran reales pues usted nunca tuvo contacto con estos clientes.

De otra parte, con fechas 01 y 16 de agosto de 2017 usted presentó faltantes en la caja a su cargo por valor de \$ 50.000,00 y \$ 20.000,00 respectivamente, por esta razón se procedió a verificar todo el movimiento de su estación de trabajo sin que a la presente fecha se haya podido establecer el origen de los mismos. No era esta la primera vez que usted presentaba una situación similar a esta, toda vez que en el mes de abril de 2017 presentó un faltante en la caja a su cargo por valor de \$ 5.000.000,00 (cinco millones de pesos) sin que se hubiese podido identificar el origen del mismo, de acuerdo a lo anterior con fecha 03 de junio de 2017 usted realizó el reintegro de este valor.

Por otro lado, con fecha 07 de Septiembre recibimos un correo desde la Gerencia de Servicios de Recaudo y pago donde nos informaron de una inconsistencia en el recaudo de impuestos recibidos en la caja a su cargo para el día 01 de Septiembre; la inconsistencia radica en que usted recibió el formulario de impuestos nacionales número 4910147655893 de parte del contribuyente identificado con cedula numero 79109667 por valor de \$ 1.477.000,00, este formulario estaba entrecortado, es decir, los campos no eran legibles y presentaba dos códigos de barras; de acuerdo a lo anterior se hizo necesario contactar al contribuyente e informarle sobre la inconsistencia para que este se presentara nuevamente a la oficina y trajera un nuevo formulario. La admisión de este formulario por parte suya deja en evidencia que no realizó las validaciones que son de estricto cumplimiento antes de realizar la recepción de los mismos, con esto usted puso en riesgo de pérdida económica a nuestra Entidad pues una inconsistencia como esta puede generar al Banco una cuantiosa sanción económica por parte de la Dian.

De otra parte, usted es recurrente en el incumplimiento del horario de trabajo, tal como sucedió específicamente los días 09 de Septiembre, 26 de Agosto y 01 y 08 de julio cuando se presentó a laborar posterior a la hora de ingreso acordada.

El día 25 de Septiembre 2017 siendo las 3:00 p.m. aproximadamente usted fue citada por parte de esta Gerencia, quien en compañía del Director de Servicio se le brindó el espacio suficiente para que presentara sus explicaciones o justificaciones en relación a las irregularidades advertidas anteriormente; sin embargo usted no supo dar explicación satisfactoria para los hechos endilgados.

Las situaciones mencionadas son trasgresión a los procesos establecidos y algunas de las conductas presentadas por usted son consideradas como mala práctica y van en contravía de los lineamientos que el Banco le ha suministrado para el cumplimiento de sus funciones como Cajera, y a pesar de que en oportunidades anteriores el Banco le ha realizado las retroalimentaciones y recomendaciones correspondientes para que usted atienda puntualmente los procesos y deberes no ha sido posible que a la fecha usted cumpla a cabalidad con estas obligaciones.

Así mismo, es de anotar que con su comportamiento usted faltó al Reglamento Interno de Trabajo de esta Entidad, en especial lo señalado en el Capítulo X- Prescripciones de Orden, artículo 55 literal k) “Asistir puntualmente al sitio de trabajo, según el horario establecido, así como a las actividades laborales convocadas por el Banco.” Adicional hubo falta de su parte al incurrir en comportamientos como los enunciados anteriormente; lo cual de acuerdo a la circular 00869-1556 dará lugar, conforme a la ley, a sanciones disciplinarias o incluso, a la terminación del contrato de trabajo por parte del banco con justa causa; con el agravante que usted tampoco puso en conocimiento de sus superiores, para previamente poder revisar quienes sin aparentemente autorización estaban grabándole productos, por ello no es consistente su manifestación de no tener conocimiento de ello, ya que son su actuar logro un beneficio como lo es la bonificación trimestral.

En consecuencia con su proceder usted actuó en contra de las normas establecidas en el Código Sustantivo de Trabajo, Reglamento Interno de Trabajo, código de ética de la entidad, y en contravía de las políticas y procedimientos internos.

Faltas como las enunciadas, individualmente consideradas y en su conjunto, no responden a la confianza que la Institución depositó en Usted al designarla en su cargo como Cajera y a la experiencia que usted ha adquirido en el mismo e implican un grave incumplimiento de las normas, reglamentos y procedimientos a su cargo, razón por la cual su permanencia en el Banco se hace incompatible.

Todas estas conductas están consagradas como graves en la Ley, en el Reglamento Interno de Trabajo y en los códigos y políticas internas, y en consecuencia dan lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa, razón por la cual se procede en este sentido. (SIC)

(...)”

El referido numeral 6 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo Subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965, consagra: *“Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.”*

A su vez, los numerales 1 y 5 del artículo 58 ibídem, establecen:

ARTICULO 58. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR. Son obligaciones especiales del trabajador:

1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

(...)

5a. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios.

Por su parte, el artículo 55 del reglamento interno del trabajo, establece los deberes generales de los trabajadores, indicando entre otros: *“d. Guardar buena conducta en todo sentido y obrar con espíritu de leal colaboración en el orden moral y disciplina general del Banco. e. Ejecutar el trabajo que se le confíe con honradez, compromiso, eficiencia, y de la mejor manera posible. (...) g. Ser veraz en todo caso. h. Recibir y aceptar las órdenes, instrucciones y correcciones relacionadas con el trabajo, el orden y la conducta en general, en su verdadera intención, que es en todo caso la de encaminar y perfeccionar los esfuerzos en provecho propio y de la empresa en general. (...) k. Asistir puntualmente al sitio de trabajo, según el horario establecido, así como a las actividades laborales convocadas por el Banco.”* (fl.61 y 62, archivo 02Contestación).

El artículo 60 ejusdem, consagra como obligaciones especiales del trabajador, entre otras: *“1. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos de este Reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta el Banco o sus representantes, según el orden jerárquico establecido. (...) 5. Comunicar*

oportunamente al Banco las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios. (...) 10. 10. Atender en forma oportuna, respetuosa, cortés y eficiente a los clientes o usuarios del Banco.” (fl. 68 y 69, archivo 02Contestación).

Las justas causas de terminación del contrato de trabajo calificadas en el reglamento interno de trabajo, se encuentran establecidas en el capítulo XV, en cuyo artículo 67 se califican las faltas graves, dentro de las que se resaltan las invocadas por la empresa, así:

“ARTÍCULO 67. Se califican como graves y dan, por tanto, lugar a la terminación del contrato por decisión unilateral del Banco, por justa causa, además de las establecidas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo o en el contrato de trabajo, las siguientes faltas:

b. El no cumplimiento del horario de trabajo en los términos establecidos en el Reglamento Interno de Trabajo o contrato laboral.

e. Retener, distraer, apoderarse o aprovecharse en forma indebida de dineros, valores u otros bienes que por razón de su oficio en el Banco tenga que manejar, lleguen a sus manos, o sean elementos de trabajo.

k. Descuadrarse en caja, cuando en ese evento el Banco sufra perjuicio de carácter económico grave, u omitir, aún por la primera vez, el aviso inmediato de tal hecho.”

Pues bien, de la carta de terminación se desprende que la demandada imputa básicamente 4 actuaciones de la demandante que dieron lugar a su desvinculación, consistentes en haber registrado referidos cuando realmente no atendió al cliente, presentar faltantes en caja, el error en el formulario de la DIAN y el reiterado incumplimiento en el horario de trabajo; lo que reprocha en recurrente, al argüir que en cuanto a los clientes referidos, no es una conducta contraria a derecho aunado a que no provino de la voluntad de la actora y, respecto de las demás, que no constituyeron falta grave, además de no haber representado pérdida económica para el Banco.

Las conductas imputadas a la demandante, en efecto encuentran sustento en las normas contenidas en el Código Sustantivo del trabajo, así

como en el reglamento interno de la entidad, Código de ética y, en la circulas de malas prácticas.

Sobre esta causal de terminación del contrato de trabajo, en reciente sentencia, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, reevaluó su criterio referente a la forma en que se evalúan las faltas graves en los procesos judiciales en que se debate la configuración o no de un despido con justa causa, precisando que la misma no opera de manera automática, recoge cualquier criterio en contrario donde se haya indicado, que al juez no le es dable juzgar la gravedad de la falta cuando esta ha sido previamente convenida por las partes, y precisa que siempre la gravedad de la falta deberá estar precedida de un juicio valorativo por parte del juez, en el que se avale la entidad jurídica de la conducta allí prevista como justa causa de despido, o se descalifique la misma, atendiendo las circunstancias o características particulares de cada caso (Sentencia CSJ-SL-2857-2023, Rad. 94307, MP. Dr. Gerardo Botero Zuluaga). En este sentido la H. corporación, indicó:

i). Faltas graves en el reglamento interno de trabajo.

El reglamento interno de trabajo es un documento que el legislador le permitió al patrono crear para la implementación de normas internas que rijan las relaciones laborales, siempre y cuando no afecten los derechos mínimos de los trabajadores (artículo 104 del Estatuto Laboral).

Dicho texto, hace parte del contrato individual de cada trabajador, y marca la pauta para resolver los conflictos internos que se llegaren a presentar en ejecución de aquellos; por su relevancia, el empleador debe incluir en él los aspectos que prevé el artículo 105 del Estatuto Laboral, entre los que se encuentra el salario mínimo legal o convencional, los días de pago y descanso, el horario, el orden jerárquico, las obligaciones y prohibiciones especiales para las partes de la relación, la escala de faltas y procedimientos para su comprobación, y escala de sanciones disciplinarias y forma de aplicación de ellas, entre otros.

Para los fines del presente recurso, resulta procedente recordar que las posibilidades que justifican un despido con justa causa, es en principio, que el trabajador vulnere alguna de las obligaciones y prohibiciones especiales determinadas en la ley, o en segundo orden, que incurra en una de las faltas graves calificadas como tal en los instrumentos que rigen a las partes.

La gravedad de una falta deviene, por lo general, de la naturaleza intrínseca del hecho, o de su reiteración, que como bien se mencionó, al patrono le está permitido definir las faltas en el reglamento interno para efectos de despedir con justicia al servidor que en ellas incurre, circunstancia que, por sí sola, no puede tenerse como lesiva de los intereses del asalariado, en tanto se convierte en un elemento que lo obliga a extremar su prudencia en

el desempeño del cargo, pues de antemano sabe que su comportamiento, calificado como grave, puede conllevar la finalización del vínculo. Es por ello, que cualquier incumplimiento del contrato por parte del empleado no es causa de despido, salvo que así lo haya dispuesto el patrono en el reglamento interno.

En ese orden, y en virtud del deber de lealtad y sujeción al principio de buena fe, presentes en las relaciones de trabajo, en las que prima el respeto y los actos ligados de transparencia, es que las cláusulas o normas que sirvan al despido justificado deben, en principio, evitar situaciones genéricas, oscuras e imprecisas, entendidas, según la RAE como «común a varias especies», «falta de claridad», y «no preciso, vago e indefinido», en su orden, puesto que con ellas lo que se busca es, precisamente, gestar el móvil para agotar el nexo laboral.

ii) Facultades de apreciación del juez.

Efectivamente, como lo afirma la censura, el citado literal a), numeral 6 del artículo 62, comprende dos hipótesis para que se configure la justa causa motivo de terminación del contrato por parte del empleador; la primera, que se trate de cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o la segunda, cualquier falta grave calificada en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos internos. (...)

Por lo descrito, queda claro que la diferencia entre las anteriores circunstancias, es que, en el primer evento, la gravedad de la conducta es calificada por el juzgador, mientras que, en el restante, la calificación ha de estar demarcada por el empleador o las partes, según sea el caso, en los reglamentos internos, pacto o convención colectiva, contrato de trabajo, o acuerdo entre las partes, de suerte que al juez le está vedado analizar la declaratoria de la gravedad o no de esa falta.

No empece, en situaciones en las que el empleador consigna normas que no develan con claridad las conductas en que pudiera incurrir el trabajador -genéricas, oscuras o abstractas-, o que en otras palabras, no dejan claro cuál es el incumplimiento de la obligación contractual, que genera la consecuencia analizada, de cara a la actividad productiva, a la organización del trabajo y/o al funcionamiento regular del mismo, el operador judicial deberá apreciar la gravedad de la conducta, conforme a las obligaciones y prohibiciones especiales de que tratan los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, sin perjuicio de la potestad que le asiste de formar su convencimiento con báculo en los elementos de juicio que lo persuadan mejor sobre la verdad real, acompañado de las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante el proceso.

Así se afirma, por cuanto admitir como falta grave aquella que se haya prevista como tal en el reglamento, sin miramiento de ninguna naturaleza, sería tanto como aceptar un tipo de responsabilidad objetiva proscrita en nuestro ordenamiento jurídico para estas materias, en las que se le priva al asalariado de su fuente de ingresos con la drástica decisión del despido, pues en función de determinar la entidad jurídica de la conducta bien por acción o por omisión del asalariado, el operador jurídico ha de constatar no solo si efectivamente el trabajador incurrió en ella, sino además, auscultar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos, para de esa forma inferir si eventualmente existen razones que justifiquen el proceder del trabajador, o que le puedan restar la entidad jurídica de

grave, atendiendo las particularidades especiales en cada caso, según la afectación que provoque la conducta.

Conforme a lo advertido, la Corte recoge cualquier criterio en contrario donde se haya indicado, que al juez no le es dable juzgar la gravedad de la falta, cuando esta ha sido previamente convenida por las partes, bien en el contrato de trabajo, la convención colectiva o el reglamento interno, pues al juez laboral no se le puede privar de esa función bien por acuerdo entre las partes o por decisión unilateral del patrono, en tanto las consecuencias que puede tener una estipulación en ese sentido, puede conllevar a la renuncia de derechos sociales, en virtud de las consecuencias jurídicas que encarna la terminación del contrato de trabajo. De ahí que siempre la gravedad de la falta deberá estar precedida de un juicio valorativo por parte del juez, en el que se avale la entidad jurídica de la conducta allí prevista como justa causa de despido, o se descalifique la misma, atendiendo las circunstancias o características particulares de cada caso.

(Subrayas fuera de texto).

Por lo anterior, conforme al reciente criterio jurisprudencial, la Sala procederá a verificar, cada una de las actuaciones imputadas a la ex trabajadora, para determinar si en efecto constituyeron falta grave como se indica en los códigos, reglamentos y circulares de la empresa, que diera lugar a la terminación de su contrato; en la forma como sigue a continuación.

1. Alteración al sistema de referidos

Arguye la entidad demandada que en la circular 00869-1556 se establece como conductas prohibidas, entre otras, la de “Grabar un producto con código de referido cuando realmente no se atendió al cliente o no se tuvo contacto directo con él”, presentando la demandante reportadas en su plan de gestión comercial, 6 ventas de cuentas de ahorros que fueron referidas por comerciales desde la sucursal Chía, un débito automático para tarjeta de crédito referido por un comercial desde la oficina Villapinzón, una cuenta de ahorros, un débito automático para tarjeta de crédito y un abono a giro internacional, referidos por comerciales desde la sucursal El Rosal, sucursales todas diferentes a la oficina en la cual estaba radicada para esa fecha, que era la de Cota.

Al rendir interrogatorio de parte, el representante legal de la entidad indicó que la trabajadora tiene un usuario que el Banco le da a cada

empleado para que lo identifique; se llevó a cabo una investigación donde se estableció que ella en ese usuario reportó unos referidos, unos productos financieros, los cuales suman en su plan de gestión comercial y ella no fue quien los gestionó; esto se lo refirió un tercero de una oficina que no era donde ella prestaba sus servicios y, precisamente esa es la falta en la que ella no podía incluir en su plan de gestión comercial, ventas, productos que no hayan sido atendidos por ella directamente; ello constituye una mala práctica comercial, que está en la circular, por el cumplimiento del plan de gestión comercial, por el que se obtienen unas bonificaciones trimestral o semestralmente, por lo que a la demandante se le dio una bonificación superior a \$600.000 por haber cumplido en ese periodo con esos referidos; y fue lo que llevó al Banco, entre otras cosas, porque son varias las faltas, a tomar la decisión de desvinculación.

Por su parte la demandante al rendir su declaración, acepta que otra persona del Banco le referenció clientes que no fueron atendidos por ella, sino por esa otra persona, aunque aduce que ella no pidió que lo hicieran y que no estaba dentro de su conocimiento que eso estaba llegando a su cuenta. Acepta que conocía el código de ética del Banco, el Reglamento interno y, que el Banco puso de presente la circular donde se indicaba que había conductas prohibidas, tales como regalarse, ver, intercambiar puntos o productos con otros integrantes del equipo comercial o reclamar productos que no fueran vendidos por la persona que los está reclamando con el objetivo de lograr clasificación del mes. Que fue citada por parte del Banco para que rindiera explicaciones, en donde respondió que no sabía respecto de los referidos reportados a su nombre por comerciales de otras sucursales; que nunca tuvo contacto con esos clientes ni con esas cuentas, aperturas o gestión comercial, aduciendo que tampoco tuvo conocimiento de tenerlas en su plan de gestión porque no las incluyó ella. Asimismo, dijo saber que tenía sus metas que debía cumplir y el número de productos que debía referir para lograr sus puntos.

A petición de la demandante se recibió el testimonio de **Rafael Alonso Casallas Guevara**, quien manifestó trabajar para la demandada desde hace más de 14 años en la sucursal de la Sabana; su cargo es supernumerario, por lo que pasaba por las diferentes oficinas y en algún

momento trabajó en la oficina de Cota con la demandante. Tiene conocimiento que dentro de su plan de gestión comercial, los cajeros tienen que hacer algunos referidos para cumplir, lo que hacen por medio de un par comercial, o sea, por medio de un asesor. Con respecto de la falta de la actora al sistema de referidos, indica que él le dio unos débitos automáticos sin que ella los hubiera atendido, sin que los hubiera vendido; recuerda haberle puesto como dos débitos automáticos; aunque más adelante indica no recordar cuántos fueron y; que en ese momento, el Banco también lo llamó a él y le impuso sanción por eso; dice que se los puso, porque como él trabajaba de supernumerario, cree que ella le refirió alguna tarjeta o algo y, como consecuencia a ese canje, le puso los débitos, que era como ella de pronto podría clasificar. No recuerda si le dijo o no a la demandante. Explica que en su calidad de supernumerario ejerció varios cargos y, en ese momento era asesor, por lo que tenía la función de registrar esas ventas, cuándo son referidas o vendidas por un cajero; entonces puso el código de ella, que supone su lo dio ella misma.

Explicó también en cuanto a las cuentas de ahorro y todos los productos, que el cajero informa al cliente y le puede hacer ventas, puede ser una cuenta de ahorros, afiliarle un débito automático, venderle una fiducia, cualquiera de este tipo de productos del Banco y; una vez el cliente informa que sí desea tener el producto, se le informa a su par comercial para grabar esos productos y poder cerrar esa venta. Que esos referidos están dentro de su labor diaria, pero lo que estuvo mal es que no se cumplió con el trámite que dentro de la compañía se tenía previsto, porque está tipificado dentro de un manual de malas prácticas. No tenían un acuerdo previo para intercambiar productos a fin de alcanzar la meta, pero lo hizo en reciprocidad a ese canje de productos, que es lo que no está autorizado por el Banco, pero a ella le servía para su clasificación. Indica que los cajeros sí tienen forma de revisar cuáles son los productos que se graban en su plan de gestión comercial.

Así también, se recaudó la declaración de **Lina Paola Pérez Rodríguez**, empleada de Bancolombia hace más de 9 años; quien indicó que trabajó con la demandante en la sucursal de Cota. La política del Banco es que cada cajero o el asesor que le va a grabar los productos al

cajero, lo haga con el cajero que corresponde, que es de la misma sucursal, no de otra; es denominado una mala práctica y está por política y por circular la prohibición de que se graben productos que no son vendidos por el cajero. Es posible que los cajeros puedan revisar sus productos, normalmente ellos no siempre graban sus productos y lo hace es un compañero de la sucursal, un asesor comercial que tiene acceso a todos los aplicativos, pero el cajero lo puede validar.

Por la demandada se escucharon los testimonios de **Fabio Orlando Bosa Poveda** y, Diana Lesly Palomares Triana. El primero dijo que para la época de los hechos era líder de servicio, ejerciendo su rol en la zona Sabana, de donde depende la sucursal Cota, siendo la persona encargada de la aplicación de los procesos y servicio en general la calidad del servicio que prestan los clientes. Que tiene conocimiento de las causas que dieron lugar a la terminación del contrato de la demandante porque las decisiones del personal se toman conjuntamente entre su jefe inmediato, que en este caso era el subgerente y gestión de lo humano y su rol. En tal sentido, recuerda que se terminó el contrato porque tuvo como 3 falencias, la primera, que se grabaron productos referidos bajo su código de ventas, lo cual llevó a la una clasificación mensual que tiene el Banco como reto, que originaba una bonificación trimestral monetaria, también por algo de unos faltantes que se originaron bajo su responsabilidad del rol y, unos incumplimientos al horario laboral.

Respecto de los referidos, explicó que llegó una alerta donde nos decían que la funcionaria estaba recibiendo productos regalados o cedidos por otro funcionario de otras sucursales, que no eran clientes de ella, sino los había recibido sin gestionarlos. El Banco hizo una investigación donde recopiló todos los productos bajo su código de ventas y se evidenció que fueron 2 o 3 sucursales de donde recibo productos referidos De distintos clientes y de distintos productos. Dice también que hay un aplicativo en el que cada cajero puede mirar cómo va en su gestión, día vencido. Así mismo refiere que hay una circular que se llama malas prácticas, además por medio del Código de Ética, les prohíbe cambiar, ceder o regalar productos. En la investigación se identificó que no hubo contacto de la demandante con los clientes, porque fueron de oficinas distribuidas en la

zona, atendidos por una sucursal distinta, a la que dependía la colaboradora. Los códigos son personales y, cada uno es responsable de su código de ventas, tiene que estarlo autogestionado, por lo que debe revisar los productos que están siendo grabados; en caso de observar alteraciones, es su deber radicar un reclamo para el Banco lo ajuste y, notificarle al jefe de inmediato; lo que no gestionó en ningún momento la ex trabajadora.

Diana Lesly Palomares Triana, quien trabaja para Bancolombia hace más de 21 años y, fue director de servicio para el año 2017, en la misma sede con la demandante; indicó que los cajeros tienen asignados un código para reportar los productos a su nombre; ese reporte lo hacen ellos cuando hacen la venta, en el momento de grabar las operaciones se apoyan con un asesor, que es el que tiene los aplicativos, y en el momento en que el cajero les ha referido el producto, ellos deben grabar el código del asesor, que es el que está haciendo la parte operativa y referido el cajero, que le haya reportado en el momento que atendió el cliente. No es posible dentro de los colaboradores de Bancolombia que se transfieran o se refieran clientes que no hayan sido atendidos por ellos para otro compañero; la normatividad del Banco en los temas de referidos, es que la persona que atiende al cliente y le hace la oferta del producto es la que debe remitir y bajo ese código debe quedar registrado el referido del producto; sin que sea posible que los cajeros le suministren el código a un asesor que no se encuentre dentro de la sucursal, ni referir un producto de un cliente que no se haya atendido directamente. El cajero puede verificar los clientes que le aparecen registrados a través de un aplicativo que tienen de consulta y lo pueden utilizar cuando quieran y, si necesitan el listado, también se puede validar a través del mismo aplicativo, a través del del aplicativo del director y, adicional, los referidos los van anotando en una planilla para que quede el registro.

2. Faltantes en la caja

Es la misma demandante en su interrogatorio de parte, quien acepta haber tenido 3 faltantes en caja; que hay dos que no supo porque y, que no es algo normal, pero sí algo que puede ocurrir en el trabajo de caja por algún motivo, que se vaya un billete de más o se reciba menos y se cuente

más. Que en el caso del descuadre grande de los \$5'000.000 fue a un cliente que se los entregó; lo llamaron, estuvieron en conversaciones, él dijo que iba a revisar sus cuentas y a tratar de devolver el dinero, cosa que nunca hizo y, luego perdió contacto con ese cliente y, ella tuvo que responder por ese por ese faltante.

Fabio Orlando Bosa Poveda, recuerda que fueron 3 faltantes inferiores a los \$100.000, pero que sí hubo uno de \$5'000.000, cree que se recuperó, que el cliente los devolvió; pero los otros no. Dice que fue falta de calidad en el día a día, del rol. Hay una capacitación y una etapa, una curva de aprendizaje, donde tienen cierta capacitación, acompañamiento para evitar esos faltantes; existe un incentivo a caja, pues a la calidad que las personas que no tienen faltantes en el mes, le dan un incentivo monetario por esa calidad, pero no es normal que ocurran faltantes. De hecho, el Banco se cuida mucho de esto por el tema de imagen corporativa y calidad, de las transacciones a operaciones. Las consecuencias son varias, primero, los reprocesos del día a día; el tiempo que inviertan en buscar en ese tipo de descuadres, pueden salir más tarde, lo cual origina pues una salida más tarde de sus compañeros de trabajo, el cierre de la oficina. Aparte de eso, la imagen corporativa frente a los clientes. Hay riesgos porque dependiendo la transacción, ejemplo el pago de impuestos.

Lina Paola Pérez Rodríguez, recuerda que la actora tuvo un descuadre aproximado de \$5'000.000, porque le entregó más dinero del que era a un cliente; no recuerda más.

De folio 211 de la contestación, obra un correo interinstitucional, en el que se indica que la demandante, presentó los siguientes faltantes en caja: *“tuvo uno de 5mm en el mes de junio, el 15 de julio un sobrante \$697.485 el cual fue reclamado por el cliente implicado el 22 de julio (se tenía claridad con que cliente había sido). El 01 de agosto un faltante de 50.000 y el 16 de agosto faltante de 20.000 los cuales ya fueron reintegrados”*.

3. Inconsistencia en el recaudo de impuestos recibidos

La inconsistencia imputada radica en que la actora recibió un formulario de impuestos nacionales que no eran legibles los campos y presentaba dos códigos de barras, haciéndose necesario contactar al contribuyente e informarle sobre la inconsistencia para que este se presentara nuevamente a la oficina y trajera un nuevo formulario; lo que le aducen, deja en evidencia que no realizó las validaciones que son de estricto cumplimiento antes de realizar la recepción de los mismos, y puso en riesgo de pérdida económica a la Entidad, pues una inconsistencia como esta puede generar al Banco una cuantiosa sanción económica por parte de la Dian.

Sobre este aspecto, la demandante informó que en fecha primero de septiembre, recibió el formulario de impuestos nacionales, pero el impuesto físico venía sin falla, su código de barras estaba completamente legible y los datos, todo el impuesto lo recaudó ella; donde supone que estuvo la falla fue en el momento de digitalización del documento, de lo que era ella misma la encargada de hacerla; por lo que esa primera revisión de verificar que se cumpla lo que está en físico y en digital, la hizo ella.

En el mismo sentido, las declarantes Lina Paola Pérez Rodríguez y Diana Lesly Palomares Triana, coincidieron en afirmar que cuando el cajero va a recibir un impuesto, debe hacer un check-list de validaciones; el cajero debe validar el estado del mismo, que estén claros los números, el valor, código de barras; para poderlo recibir y evitar pues que hayan devoluciones más adelante por parte del área y, no general reproceso y y problemas al cliente en la Dian y al Banco, por ende, también sanción por parte de la Dian por no reportar bien los impuestos. El formulario debe ser digitalizado, siendo el cajero también quien tiene la función de digitalizarlos. Adicionalmente tiene otro control, que es validada la información por el subgerente de la sucursal.

De folios 204 y siguientes del archivo 02Contestación, se observa que se advirtió la recepción del formulario DIAN doble código de barras recibido en caja campos recortados, por parte del área de impuestos, en cuyo correo de fecha 07 de septiembre de 2017, se advierte: “*En el*

*procesamiento diario de los impuestos recibidos de su sucursal, se encontró que el formulario anexo y relacionado en la tabla que aparece a continuación fue mal impreso, lo que indica que **el cajero (a) NO realizó las validaciones de estricto cumplimiento antes de realizar la recepción del formulario.** // Esta inconsistencia genera al Banco una cuantiosa sanción económica por parte de la Dian, si no se realiza la entrega oportuna y correcta del documento.*

4. Incumplimiento recurrente del horario de trabajo

Se aduce que la demandante, específicamente los días 09 de septiembre, 26 de agosto y 01 y 08 de julio, se presentó a laborar posterior a la hora de ingreso acordada.

Sobre este aspecto, Lina Paola Pérez Rodríguez, indicó que trabajó con la demandante en la sucursal de Cota, en el cargo de Coordinador de horario extendido, que es el encargado del horario adicional; manifestando desconocer que en su turno, en esa sucursal, se le haya hecho algún llamado de atención a la actora por llegadas tarde.

Por el contrario, Fabio Orlando Bosa Poveda, quien fue para la época de los hechos líder de servicio, ejerciendo su rol en la zona Sabana, de donde depende la sucursal Cota, siendo la persona encargada de la aplicación de los procesos y servicio en general la calidad del servicio que prestan los clientes; dijo que sí le constaban las llegadas tarde de la accionante, porque el subgerente de su momento se lo comunicaba a él, en virtud de su rol. Dice que hay unas llegadas tardes, donde inicialmente el Banco tiene establecido que hay una conversación, una retroalimentación verbal y ya, pero cuando se mantienen o perduran estas estas novedades, ya la reportan de forma escrita.

En el mismo sentido, Diana Lesly Palomares Triana, dijo que como directora asignada, era la que validaba la hora de entrada y de salida de los funcionarios, y sabe que para el 2017, la funcionaria demandante llegó varias veces tarde; ella misma le hizo un llamado de atención verbal pero no hubo mejoría, siguió incurriendo en ese tema en diferentes

oportunidades; eso ocurrió una 4 o 5 veces y, lo reportó al gerente de la sucursal.

Tal reporte se verifica en el e-mail remitido por la testigo a la Analista de Relacionamento Humano, Vicepresidencia Gestión de lo Humano, el 20 de septiembre de 2017, en la que le indica: *“te confirmo que si hemos tenido varios días con llegadas tarde, el primer día que llego de vacaciones llego tarde, y otros dos días, en agosto la semana pasada, y los sábados según me había informado la coordinadora dos recientes que llego tarde.. uno casi sobre las 9 a.m. (me comentaba Paola que a pesar de eso llego a maquillarse y como si nada...)”* (fl.211, archivo 02Contestación).

De conformidad con los medios probatorios allegados, analizados en conjunto, para esta sala de decisión, se encuentra demostrada la causal invocada por la demandada para dar por finalizado el vínculo laboral de la demandante con justa causa. Ello si se tiene en cuenta que quedó claramente probado que la actora conocía sus obligaciones como empleada en el cargo de Cajero dentro de la entidad bancaria, conociendo tanto el reglamento interno de trabajo, el código de ética, como la circular 1556-de malas prácticas en la gestión comercial, documentos todos estos allegados con la contestación de la demanda y en donde se logra verificar que, entre otros, estaba prohibido expresamente *“regalar, ceder y/o intercambiar puntos o productos con otros integrantes del equipo comercial”* y *“reclamar productos que no fueron vendidos por la persona que los está reclamando con el objetivo de lograr la clasificación del mes y/o pago de comisiones”*; calificándose como graves las conductas en las que incurrió la accionante, tales como aprovecharse en forma indebida de dineros, valores u otros bienes que por razón de su oficio en el Banco tenga que manejar, lo que ocurrió con el aprovechamiento indebido de las políticas de la empresa de bonificación por metas por el sistema de clientes referido, aunado al engaño contra su empleador con el fin de obtener la gratificación correspondiente.

Y aun cuando la demandante niega haber sido partícipe de tal conducta, todos los demás declarantes fueron coincidentes en indicar que

todos los cajeros pueden verificar los clientes que le aparecen registrados a través de un aplicativo que tienen de consulta, por lo que si ella no había autorizado el registro de esos clientes, era su deber informar al banco que existía una operación irregular en su código y usuario; aunado a que la única beneficiaria de tal situación era ella. Nótese igualmente, que los cuatro testigos coincidieron en informar al respecto que está expresamente prohibido por el Banco, que se graben productos que no son vendidos por el cajero, constituyendo una mala práctica.

Aunado a lo anterior, obra a folio 225 del archivo 02Contestación, documento de acta de explicaciones por los referidos por comerciales de otras sedes, imputados a sus resultados, en donde al preguntársele a la ex trabajadora por qué aparecen, responde no saber, e igualmente, indica conocer el reglamento interno del trabajo, la circular de malas prácticas en la gestión comercial, así como tener conocimiento de que la falta imputada constituye una mala práctica y por ende está prohibida; lo que corroboró al rendir su declaración de parte.

Y es el mismo testigo Rafael Casallas, quien corrobora que pese a tener conocimiento de que era una conducta prohibida, registró a nombre de la demandante referidos de clientes con los que ella nunca tuvo contacto, lo que hizo a través del código de Luz Adriana, el cual fue provisto previamente por ella; lo que manifiesta haber hecho **porque sabía que a ella le servía para su cumplimiento de metas**, lo que además hizo incluso, estando en sucursales diferentes de la que la demandante prestaba sus servicios.

La vulneración de una política de la empresa, expresamente prohibida y de entero conocimiento de la extrabajadora, como lo es la alteración del sistema de referidos, por sí sola, ya es causal justificativa de terminación del contrato de trabajo, al configurarse la causal invocada, contemplada en artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, literal a) numeral 6, en concordancia con el artículo 58 numerales 1 y 5, ibídem, pues se insiste, constituye violación grave de las obligaciones o **prohibiciones especiales** que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, entablándose en falta

grave calificada en el reglamento; resaltándose que no acató los preceptos del reglamento o, en su defecto, tampoco comunicó oportunamente al empleador lo sucedido a fin de evitar cualquier perjuicios; por el contrario, recibió su bonificación por metas cumplidas sin manifestación o reprocha alguno.

Sumado a lo anterior, también logró verificarse la ocurrencia de las otras conductas atípicas reclamadas a la actora, tales como el incumplimiento reiterado en el horario de trabajo y los faltantes reiterados en caja, y la inconsistencia en el formulario de la DIAN; que como quedó visto, de conformidad con el reglamento interno, se califican como faltas graves y dan, por tanto, lugar a la terminación del contrato por decisión unilateral del Banco, por justa causa (artículo 67, literales b y k). Y aun cuando le asiste razón al recurrente cuando indica que las llegadas tarde de la actora fueron en días sábado, pero la testigo Diana Lesly Palomares Triana refiere que ella trabajaba solo de lunes a viernes, no puede desconocerse que existe un documento interno de los superiores, en el que se informa esta falta, fechado del 20 de septiembre de 2017; máxime cuando el testigo Fabio Orlando Bosa Poveda, corroboró tal incumplimiento.

Puestas las cosas de esta manera, resulta claro para la Sala que la demandada cumplió con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, demostrando que para el 25 de septiembre de 2017, se habían configurado las causales invocadas para la finalización del contrato de trabajo de la actora objeto de estudio en esta instancia, lo que lleva a confirmar la decisión de primera instancia.

Y es que, no resulta válida la afirmación del apoderado recurrente, en el sentido de indicar que como el Banco no sufrió perjuicio alguno no se configura la justa causa de despido, pues para el efecto, la norma no estipula que deba ocurrir un daño consolidado, simplemente que, por parte del trabajador se incurra en las conductas previstas por el legislador. Tampoco puede aceptarse su argumento, referente a que el señor Rafael Casallas, quien fue la persona que le reportó los clientes no atendidos por

la demandante, solamente fue sancionado, sin ser despedido de la empresa; pues, en primero lugar, no se debate en este proceso la situación de este empleado y, en segundo lugar, ello solamente da mayor valor probatorio al hecho de que sí se incurrió en la conducta alegada por la empresa.

Bajo las anteriores condiciones, la Sala confirmará la sentencia de primer grado en su integridad. Sin costas en la alzada.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



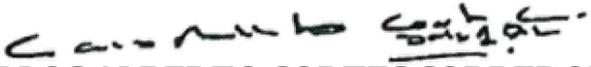
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Magistrado



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 036 2022 00378 01
DEMANDANTE: LUIS GERMAN AMEZQUITA GARZON
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS.

Bogotá, D.C., primero (01) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colfondos S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de diciembre de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP, devolver a Colpensiones las cotizaciones y bonos pensionales, con sus rendimientos y, a ésta, a recibir dichos valores y contabilizarlos para efectos pensionales. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y, las costas y agencias de derecho del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales entre septiembre de 1982 y abril de 1996, en calidad de empleado de la Caja de Compensación CAFAM. Aduce que por insinuación de su empleador, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, con fecha de efectividad en mayo de 1996. Refiere que al

momento de su traslado, no fue asesorado en forma clara, adecuada y suficiente respecto a las diferencias entre los regímenes pensionales, beneficios, ventajas y desventajas de cada uno, ni se hizo un análisis respecto al régimen que más le convenía de acuerdo a su edad y densidad de cotizaciones (expediente digitalizado, archivo 03, fls. 1 a 12).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió que el demandante estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales y el hecho de su traslado al régimen privado. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad *suis generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y; que no se configuró vicio del consentimiento (archivo 08 fls. 3 a 24).

Colfondos S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones. De los hechos dijo ser cierta la petición elevada con su respectiva respuesta. Frente a los demás hechos manifestó que no los acepta o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y las demás declarables de oficio. En su defensa alegó haber cumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones y que el demandante se

encuentra en la prohibición legal de traslado en atención a la edad, sin que sea beneficiario del régimen de transición (expediente digital, archivo 14 fls. 3 a 20).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 4 de diciembre de 2023 (archivo 26), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por **LUIS GERMAN AMEZQUITA GARZON** del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado en el año de 1996.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deben ser debidamente indexadas. Así como entregar, el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a COLFONDOS S.A. Liquídense como agencias en derecho con la suma de un millón de pesos (\$1.000.000).

SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró por ningún medio probatorio, haber cumplido con su obligación legal de suministrarle al actor la información necesaria para que existiera transparencia en su decisión de traslado, carga probatoria que le incumbía y que no se agota con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colfondos S.A., recurrió la sentencia. Refiere que en el momento del traslado de régimen por parte del demandante, ni siquiera estuvo presente un asesor de esa AFP, por lo que

no puede sufrir las consecuencias, de las actuaciones desplegadas por el entonces empleador accionante; en todo caso, con la firma del formulario de afiliación, puede entenderse que el demandante estuvo de acuerdo con el traslado de régimen pensional. Pone de presente que para el año 1996, no se encontraba vigente la ley 1758 de 2014, por lo que mal podría exigirse que, para esa data Colfondos efectuara una proyección de la posible mesada pensional. Reprocha la condena a la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales, por considerar que, de no haberse efectuado ningún traslado de régimen, en el régimen de prima media también se le hubieran efectuado descuentos por estos concepto. Estima que la devolución de los rendimientos, conlleva un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. En cuanto a la condena en costas, insiste en que no intervino en la decisión del actor de trasladarse de régimen, por lo que no es posible que tenga que responder por hechos de terceros.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la demandante.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un

consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales desde el 08 de septiembre de 1982 hasta el mes de abril de 1996 (archivo 11, fls. 2 a 4); fecha a partir de la cual migró

al RAIS, a través de la AFP Colfondos mediante suscripción de formulario de vinculación.

Al absolver interrogatorio, el demandante relató que cada año debe firmar la renovación de su contrato de trabajo en CAFAM y en el año 1996, la encargada de personal, le manifestó que orden del empleador, para proceder con la renovación, debía trasladarse de régimen pensional, a lo que accedió firmando un formulario de afiliación, sin hacer lectura de su contenido; ese día no tuvo contacto con ningún asesor de Colfondos y con posterioridad tampoco fue visitado por algún promotor de esa AFP; nunca recibió extractos de su cuenta de ahorro individual, ni correspondencia relativa al término máximo con que contaba para retornar al régimen de prima media.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues conforme la declaración vertida por el demandante, ninguno de sus asesores hizo presencia al momento de la suscripción del formulario de afiliación, como tampoco se acreditó que con posterioridad hubiera sido visitado por un representante de la AFP, de manera que no se demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Colfondos S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686- 2021).

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. administradora a la que se encuentra actualmente afiliado el accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-

2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este aspecto, pero se adicionará en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, comoquiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de la AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia, ante su no causación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de diciembre de 2023, en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

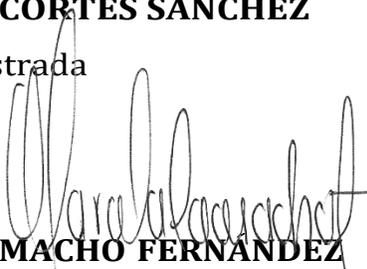
CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

(Salva Voto Parcial)



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

■ Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS GERMAN AMÉZQUITA GARZÓN
CONTRA COLPENSIONES Y OTROS**

RAD. 36-2022-00378-01

M.P. CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Con todo respeto hacia mis compañeros de sala, me distancio de los fundamentos que llevaron a la mayoría a concluir que no procede imponer costas de segunda instancia a la parte a la que se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, tal como se detallará a continuación.

Las costas procesales, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (C.G.P.), implican la condena a la parte vencida en un proceso, o a quien le sea desfavorable un recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia define las costas como "la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial" (Sentencia AL1906 del 6 de abril de 2016). Dichas costas incluyen dos conceptos distintos: (i) las expensas y (ii) las agencias en derecho. Este último concepto se refiere a la compensación por los gastos legales en los que incurrió la parte vencedora, incluso si no intervino directamente un profesional del derecho.

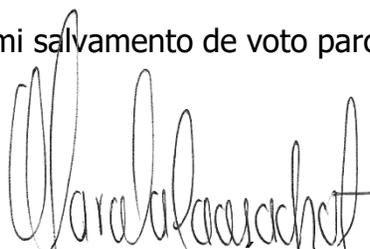
En este contexto, no hay duda alguna de que la condena en costas debió imponerse a la parte que presentó la apelación, ya que el recurso fue resuelto desfavorablemente por este Colegiado. Y Aunque es plausible argumentar, por un lado, que el proceso en cuestión no reviste una gran complejidad, dado que la solicitud principal se centraba en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la devolución de aportes al Régimende prima media con prestación definida, asunto que ha sido objeto de jurisprudencia vinculante a lo largo de varios años, y por otro lado, que este tribunal, pese a la interposición del recurso, estaba obligado a examinar el asunto en grado jurisdiccional de consulta, lo que implicaba abordar los temas materia dealzada, estas interpretaciones no pueden automáticamente eximir a la parte vencida de su responsabilidad, máxime cuando no constituyen causales para que el juez se abstenga de emitir condena a la luz del citado precepto.

Es pertinente destacar que el presupuesto contemplado en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. se encuentra plenamente respaldado en el presente caso, toda vez que el mandatario profesional tuvo una participación acuciosa en la causa, no solo en su parte sustantiva sino procesal, cuyo trámite implicó una inversión considerable de tiempo y

reveló una atención diligente en defensa de los intereses de su poderdante, por lo que, el gasto de apoderamiento debe ser debidamente compensado al actor, no solo como un reconocimiento justo, sino también como un respaldo a la noble y digna labor de los abogados, encontrándose en consecuencia, que las costas judiciales están efectivamente causadas y probadas.

En resumen, al considerarse las costas como una compensación por los gastos derivados de la atención de un proceso judicial y como una obligación procesal dirigida contra el patrimonio de la parte vencida, se evidencia que no existen fundamentos en este caso que permitan exonerar a la parte apelante de dicha responsabilidad, dado que su recurso no fue exitoso.

En los anteriores términos dejo plasmado mi salvamento de voto parcial.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 038 2020 00374 01
DEMANDANTE: ARÍSTIDES LOMBANA ALARCÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Bogotá, D. C., primero (1º) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de mayo de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió proceso ordinario laboral para que se condene a la demandada a reconocer el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por haber retornado al régimen de prima media con prestación definida, dentro de periodo de gracia otorgado por la Ley 797 de 2003. En consecuencia, se ordene la devolución del cálculo de rentabilidad pagado para la conservación de régimen; a reconocer y pagar el retroactivo pensional a partir del 1º de agosto de 2009; intereses moratorios; indexación, costas y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 21 de julio de 2009 solicitó ante el ISS reconocimiento de la pensión de vejez, reconocida mediante Resolución N° 024149 del 12 de agosto 2010, bajo los parámetros y condiciones de la Ley 797 de 2003, a partir del 1º de

septiembre de 2010, en cuantía inicial de \$5'364.299. El 22 de noviembre de 2010 solicitó la reliquidación de la prestación, teniendo el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 758 de 1990, empero, le fue negada por Resolución N° 16209 de 7 de mayo de 2012, por no contar con el requisito del cálculo de rentabilidad exigido en la SU-062 de 2010, reliquidándola en cuantía de \$6'169.217. Mediante oficio N° ODA 12-7632 del 15 de mayo de 2012, el ISS le solicitó el pago de las diferencias correspondiente al cálculo de rentabilidad para la recuperación del régimen de transición; razón por la cual, el 7 de junio de 2012, el accionante consignó la suma de \$2'868.458 por dicho concepto y, solicitó ante Colpensiones la reliquidación de la pensión; no obstante, mediante Resolución N° 240796 de 27 de junio de 2014, le fue negada; decisión contra la cual, radicó Revocatoria Directa. Mediante Resolución N° GNR 383059 del 30 de octubre de 2014, Colpensiones accedió a la petición y reliquidó la pensión de vejez, teniendo en cuenta el régimen de transición, a partir del 1º de septiembre de 2010, en cuantía inicial de \$7'695.756, con 2.086 semanas cotizadas y una tasa de reemplazo del 90% del ingreso base liquidación.

Manifiesta que nació el 16 de mayo de 1949, cumpliendo los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2009. Realizó su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 23 de enero de 2004; por lo que, entre su retorno y el cumplimiento de edad, hay menos de 10 años. Solicitó a la demandada el reintegro del dinero pagado como concepto del cálculo de rentabilidad, teniendo en cuenta que su traslado al régimen de prima media fue realizado durante el periodo de gracia consagrado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, sin obtener respuesta, por lo cual, solicito nuevamente el 23 de octubre de 2018. Mediante Resolución N° SUB 322482 del 12 de diciembre de 2018 Colpensiones negó el pago del referido cálculo y del retroactivo pensional; quedando agotada la reclamación administrativa (fls.4 a 11¹).

¹ Expediente digital, Archivo 01DemandaOrdinaria.

Al dar contestación, Colpensiones rechazó las súplicas, salvo la referente a la devolución del cálculo de rentabilidad. Admitió la totalidad de los hechos. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, compensación y, las declarables de oficio. En su defensa argumentó que, la entidad ha reconocido que el demandante no tenía que pagar el cálculo de rentabilidad, por lo cual se debe compensar este pago a las sumas de dinero que el demandante deba retornar a la entidad; frente a la solicitud de reintegro del dinero consignado por este concepto, le indicó al demandante que debía radicar en cualquiera de sus puntos de atención, la solicitud de reintegro de dicho valor, dirigido a la Dirección de Contribuciones Pensionales y Egresos. Respecto a la solicitud de retroactivo pensional, revisada la historia laboral del demandante, se estableció que su último aporte lo realizó en calidad de dependiente, por el periodo de julio de 2009, reflejando la novedad distinguida con la letra (P), lo cual significa que el afiliado suspende el pago de cotizaciones en pensión, no así en salud, es decir que dicha novedad no implica el pago de la retroactividad pensional, dado que siguió vinculado laboralmente a la empresa y percibiendo salario².

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de mayo de 2022, resolvió absolver a la demandada, declarar probada la excepción de prescripción respecto del retroactivo de las mesadas pensionales a que tenía derecho el demandante en el lapso comprendido entre el 01 de agosto de 2009 y el 31 de agosto de 2010 y, le impuso costas al actor (archivo 19³).

² Expediente digital// Carpeta: 09ContestacionDemanda20210511//Archivo: Contestación Retroactivo. ARISTIDES LOMBANA ALARCON

³ 19AudienciaArt80Rad2020374RetroactivoPensional

En lo fundamental señaló que, aunque el actor retornó al régimen de prima media el 23 de enero de 2004, luego de la afiliación a un fondo privado, para conservar los beneficios de transición, en atención a que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con más de 15 años de servicio, debía cumplir con el requisito de equivalencia del aporte y, en consecuencia, no procede la devolución de dineros cancelados bajo este concepto; y, si en gracia de discusión se admitiera que estuviera relevado al pago de la diferencia de esas equivalencias, los pagos efectuados por el demandante fueron verificados el 15 de mayo de 2012, habiéndose solicitado el reembolso el 22 de enero de 2017, data para la cual ya había transcurrido el término trienal de que trata el artículo 488 del CSTSS, lo que implicaría necesariamente declarar probada la excepción de prescripción.

Respecto al retroactivo pensional, encontró que la pensión del accionante debía reconocerse a partir del 1 de agosto de 2009, data para la cual ya había cesado su obligación de cotizar, por reunir los requisitos mínimos para acceder a la prestación y estar registrada la novedad de desafiliación al sistema de pensiones, procediendo el reconocimiento del retroactivo, entre dicha fecha y el 31 de agosto de 2010; no obstante, el derecho se encuentra prescrito, pues el actor solo lo reclamó, hasta el 31 de marzo de 2017.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte actora presentó recurso de apelación, argumentando que, la Ley 797 de 2003 no estableció que los afiliados que pretendieran regresar al régimen de prima media con prestación definida para recuperar los beneficios del régimen de transición, tuvieran que pagar un cálculo de rentabilidad, por lo que Colpensiones no puede en este momento imponer esta carga a los afiliados o a los futuros pensionados. Respecto de la excepción de prescripción, aduce que la demandada al proponerla solamente se limita a indicar los

artículos que la regulan, pero no aterriza a la situación del demandante, razón por la cual, no puede ser tenida como presentada y probada.

IV. CONSIDERACIONES

Se encuentra demostrado sin que fuera objeto de reproche, que el demandante: **i)** nació el 16 de mayo de 1949 y cumplió los 60 años de edad, el mismo día y mes del año 2009, por lo que para el 01 de abril de 1994, contaba con 40 años de edad (copia de la cédula de ciudadanía y del registro civil de nacimiento⁴); **ii)** estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales, desde el 16 de mayo de 1967, contando con más de 15 años de aportes a la fecha de entrada en vigencia del sistema de seguridad social traído por la Ley 100 de 1993 (historia laboral, fls.42 a 54, Archivo 01DemandaOrdinaria y reporte de semanas cotizadas⁵) y; **iii)** se trasladó al RAIS⁶ en diciembre de 1998, retornando al régimen de prima media, el 23 de enero de 2004 como se desprende de la Resolución 383059 de 2014⁷.

Así mismo, Colpensiones le reconoció la pensión de vejez mediante Resolución N° 024149 del 12 de agosto de 2010, en cuantía inicial de \$5'364.299, efectiva a partir del 1º de septiembre de 2010, cuya liquidación se basó en aplicación de la Ley 797 de 2003 (fls.16 a 19); prestación reliquidada mediante Resolución 16209 del 7 de mayo de 2012, en cuantía inicial de \$6'169.217 (fls. 20 a 22)⁸. Por Resolución GNR 383059 de 30 de octubre de 2014, se accedió a la revocatoria directa de la Resolución 240796 de 27 de junio de 2014 y reliquidó la pensión del accionante, en cuantía inicial de \$7'695.711, a partir del 1º de septiembre de 2010, teniendo en cuenta 2.086 semanas, con una tasa de remplazo del

⁴ Carpeta: 09ContestacionDemanda20210511//CC-19072086-20211026T035933Z-001//Archivos: 00069541000000019072086008701A y 00069541000000019072086000301A

⁵ 09ContestacionDemanda20210511// CC-19072086-20211026T035933Z-001//GEN-REQ-IN-2017_3334714-20170418030022

⁶ 09ContestacionDemanda20210511// CC-19072086-20211026T035933Z-001//GEN-REQ-IN-2017_3334714-20170418030022

⁷ 09ContestacionDemanda20210511// CC-19072086-20211026T035933Z-001//GEN-ANX-CI-2017_3334714-20170331083654

⁸ Archivo 01DemandaOrdinaria

90%, de conformidad con el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993⁹.

El 12 de septiembre de 2017, el demandante solicitó la devolución del cálculo de rentabilidad pagada para la conservación del régimen de transición y el retroactivo pensional causado a partir del 1º de agosto de 2009, pero por Resolución SUB 217008 de 5 de octubre de 2017 se resolvió: **i)** en cuanto al reintegro del dinero consignado por concepto de rentabilidad, que debía radicar en cualquiera de los Puntos de Atención, la solicitud de reintegro de dicho valor, dirigido a la DIRECCIÓN DE CONTRIBUCIONES PENSIONALES Y EGRESOS y, **ii)** negar el retroactivo por cuanto solo presentaba la novedad de retiro en pensión, más no en salud¹⁰. Contra esta decisión interpuso los recursos de ley, los cuales fueron resueltos por Actos Administrativos 217008 de 5 de octubre de 2017 y DIR 18872 de 26 de octubre de 2017, confirmando la decisión¹¹.

Sentado lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código de Procedimiento Laboral, corresponde a la Sala definir si al promotor del juicio le asiste derecho a la devolución de las sumas canceladas por concepto de cálculo de rentabilidad, para conservar el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, si los derechos reclamados se encuentran afectados con el fenómeno de la prescripción.

i. Cálculo de rentabilidad.

Pretende el demandante la devolución del dinero cancelado por concepto de cálculo de rentabilidad, por valor de \$2'868.458¹², exigido por la entidad para la conservación del régimen de transición.

⁹ 09ContestacionDemanda20210511// CC-19072086-20211026T035933Z-001//GRF-AAT-RP-2014_5748979-20141031020634

¹⁰ 09ContestacionDemanda20210511// CC-19072086-20211026T035933Z-001//GRF-AAT-RP-2017_10138797-20171005012922

¹¹ 09ContestacionDemanda20210511// CC-19072086-20211026T035933Z-001// GRF-AAT-RP-2017_10138797_2-20171026024910

¹² Fl. 56 archivo 01DemandaOrdinaria

Frente a este punto, sea lo primero precisar que al dar contestación, la entidad demandada, manifiesta no presentar oposición en atención a que *“Colpensiones ha reconocido que el demandante no tenía que pagar el cálculo de rentabilidad”*¹³, lo que ha venido reconociendo la entidad desde la Resolución 383059 de 30 de octubre de 2014¹⁴. Sin embargo, el juez de primera instancia al realizar el estudio correspondiente, concluyó que para recuperar el régimen de transición, era necesario el pago del equivalente de los aportes; postura que reprocha la censura, lo que obliga al estudio de su procedencia en esta instancia.

Pues bien, respecto al régimen de transición, se advierte que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estatuye que para las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones, 1º de abril de 1994, tengan 35 o más años de edad, si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Sin embargo, en los incisos 4 y 5 del precepto en cita, se estableció que, ello no sería aplicable para quienes, teniendo el requisito de edad, voluntariamente se acogieran al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarían a todas las condiciones previstas para dicho régimen; como tampoco, a quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidieran cambiarse al de prima media con prestación definida.

Las preceptivas contempladas en los referidos incisos 4 y 5 del artículo 36, fueron declarados condicionalmente exequibles por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789-02 de 24 de septiembre de 2002, en el sentido que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido 15 años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en

¹³ ***A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA (...)*** A LA 2: *No presento oposición a esta pretensión, toda vez que Colpensiones ha reconocido que el demandante no tenía que pagar el cálculo de rentabilidad, por lo cual se debe compensar este pago a las sumas de dinero que el demandante deba retornar a la entidad.*”

¹⁴ 09ContestacionDemanda20210511// CC-19072086-20211026T035933Z-001// GRF-AAT-RP-2014_5748979-20141031020634

vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993, toda vez que, con fundamento en los principios de proporcionalidad, estos afiliados ya habían cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión de vejez.

Ahora bien, el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispuso:

Artículo 2º: Se modifican los literales a), e), i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así:

Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones.

a) La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes;

e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;

(...)”.

El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1024-04 , en el entendido que *“las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, **pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”***. Lo anterior, al considerar que la prohibición de la disposición demandada no podía ser aplicable a las personas beneficiarias del régimen de transición por tiempo de servicio, esto es, los afiliados que hubiesen cotizado por 15 años o más para el 1º de abril de 1994, puesto que a estas personas no se les puede desconocer la potestad reconocida en los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación

definida y, por lo mismo, hacer efectivo su derecho pensional con fundamento en las disposiciones que le resulten más benéficas.

En desarrollo de tal normativa, el Decreto 3800 de 2003, por el cual se reglamenta el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, en su artículo 3º, consagró, en cuanto a la aplicación del régimen de transición, que una persona que a 1º de abril de 1994 tenía quince (15) o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, que hubiere seleccionado el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, decida trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le será aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual podrán pensionarse de acuerdo con el régimen anterior al que estuvieren afiliados a dicha fecha, cuando reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

a) Al cambiarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se traslade a él el saldo de la cuenta de ahorro individual del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y

b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último.

En tal evento, el tiempo cotizado en el Régimen de Ahorro Individual le será computado al del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para efectos de establecer el monto del ahorro de que trata el literal b) anterior no se tendrá en cuenta el valor del bono pensional.

De otra parte, el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, modificó el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en lo referente a la distribución del aporte en el régimen de ahorro individual, en el sentido de indicar que, un 1.5% de la cotización irá al fondo de garantía de pensión mínima, mientras que, en el régimen de prima media, ese 1.5% se ocupa en financiar la pensión de vejez del afiliado. Esta situación deriva en que siempre será mayor el porcentaje destinado para la pensión de vejez en el régimen de prima media que en el RAIS. En tal sentido, el Decreto Reglamentario 3995 de 2008, en su artículo 7º estableció que, para todos los efectos de

traslado de cotizaciones, se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Por lo anterior, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia SU- 062 de 2010, consideró imperativo ajustar la jurisprudencia constitucional a la normatividad vigente y reiterar lo indicado en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, y en tan sentido indicó:

“...algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. Estas personas son las que cumplan los siguientes requisitos:

- (i) Tener, a 1 de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados.
- (ii) Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual
- (iii) Que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

(...)

No se puede negar el traspaso a los beneficiarios del régimen de transición del régimen de ahorro individual al régimen de prima media por el incumplimiento del requisito de la equivalencia del ahorro sin antes ofrecerles la posibilidad de que aporten, en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.”

Posteriormente, se profirió la Sentencia SU-130 de 2013, que estableció las reglas aplicables al traslado entre regímenes, para lo cual indicó:

Con respecto a la modificación propuesta al literal e) del artículo 13 de Ley 100/93, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 56 de 2002 Senado, que luego se convirtió en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, quedó explicado el alcance de la reforma, en los siguientes términos:

“Se mantiene el principio de libre selección de régimen consagrado en la Ley 100 de 1993 pero se le adicionan dos condiciones que permiten darle más estabilidad y sostenibilidad al sistema pensional. En primer lugar se amplía el plazo para el cambio entre regímenes a una vez cada cinco años, y en segundo lugar, se limita este ejercicio de traslado en el tiempo, al no permitirlo durante los últimos diez años que le falten al afiliado para cumplir la edad exigida en el régimen de prima media para tener derecho a

la pensión de vejez. En todo caso se prevé una disposición transitoria para quienes ya se encuentran en esta situación.

Adicionalmente se dispone que toda pensión debe fundarse en tiempos servidos o cotizados, asegurando así la financiación de las mismas y eliminando privilegios injustificados”.

(...)

Acorde con dicha disposición: (i) todos los afiliados al SGP, incluidos los beneficiarios del régimen de transición, tienen la posibilidad de trasladarse de régimen pensional por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial, salvo que les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, caso en el cual no es posible el traslado; (ii) **no obstante tal prohibición, se otorgó un período de gracia de un (1) año, contado a partir de la entrada en vigencia de la ley, para que los afiliados a uno y otro régimen se trasladaran entre sí sin ningún tipo de restricción**, vencido el cual deben sujetarse a la regla establecida en la norma.

(Subrayado y negrillas fuera de texto)

Lo anterior también fue reiterado en la SU-856 de 2013, en la que específicamente respecto a la exigencia de los rendimientos del ahorro como factor determinante para conservar el régimen de transición, explicó que el accionante *“no podía perder su derecho a beneficiarse del régimen de transición por hechos que no dependían de su voluntad, y que por el contrario, corresponden a circunstancias externas que él no podía prever. Se advierte además, que el cálculo de los rendimientos de los aportes es un hecho sometido a la volatilidad de la economía y al manejo financiero que de sus aportes hizo el fondo privado de pensiones, circunstancia que el accionante no podía haber previsto seis años antes de su ocurrencia (el señor (...) se afilió a PORVENIR en el año de 1997 y tan sólo en el año 2003 se impuso el requisito de la rentabilidad del ahorro para no perder el régimen de transición). De igual modo, es evidente que al momento de afiliarse al régimen de ahorro individual, no existía el requisito contemplado en el Decreto 3800 de 2003, lo cual le impedía prever las implicaciones de su traslado. De hecho, incluso, para el momento en que el anotado decreto impuso la exigencia de los rendimientos del ahorro como factor determinante para conservar el régimen de transición, el accionante ya había retornado al régimen de prima media desde hacía un año.*

Es claro, entonces, que tanto al momento de trasladarse al régimen privado como al momento de volver a cotizar en el régimen de prima media, el accionante tenía la confianza legítima de que la oportunidad y la continuidad de sus aportes le

permitirían obtener la pensión de vejez conforme al régimen favorable que lo beneficiaba.”

Finalmente, el precepto señalado por el literal b) (incisos 1º, 2º e inciso final), Decreto 3800 de 2003, que exigió el pago del cálculo de rentabilidad, fue declarado NULO por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Expediente No. 1975-08 de 23 de octubre de 2014 y mediante Sentencia de 6 de abril de 2011, Expediente No. 1095-07. Así, la declaratoria de nulidad de las mencionadas normas por parte de la Corporación de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, tiene efectos ex tunc, es decir, se retrotraen a la fecha misma de su expedición, entendiéndose retirados del ordenamiento positivo a partir de su promulgación, debiéndose tener como si éste no hubiera existido, sin que sea posible considerar que hayan producido efectos jurídicos, decisión que afecta situaciones que se encuentran en curso ante la administración o autoridades judiciales, que no se hayan consolidado, excluyendo aquellas que ya están resueltas, en aras de la seguridad jurídica y la cosa juzgada.

En concordancia con lo anterior, para que una persona pueda recuperar el régimen de transición solo debe cumplir con los requisitos de: **i) tener a 1º de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados y, ii) trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual, *sin importar que dicho ahorro sea inferior al aporte legal correspondiente en caso de que hubieran permanecido en el régimen de prima media.***

Así también lo ha entendido la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en el sentido que el único requisito para recuperar el régimen de transición, es el de tiempo, entre otras, en sentencia CSJ SL696-2019, reiterada en la SL487-2020, cuando indicó:

Ahora bien, con relación a los reproches jurídicos que se hacen en los cargos primero y segundo, importa recordar que esta sala de la Corte ha adoctrinado, con reiteración, que quienes se trasladan al RAIS y retornan al RPM, **solo recuperan el régimen de transición si para el 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, tenían 15 o más años de servicios cotizados.**

En efecto, la discusión puesta a consideración de la Corte ya ha sido estudiada en varias ocasiones, por lo que, para dar respuesta a los cargos encaminados por la vía de puro derecho, basta con recordar lo asentado por la Sala en sentencia CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 33287, reiterada en las CSJ SL, 5 jun. 2012, rad. 42289, y CSJ SL, 26 jun. 2012, rad. 42555

Cumple precisar que, en consideración a la necesidad de precisar algunos de los criterios jurídicos básicos sobre el reconocimiento de prestaciones económicas, y en atención a los requerimientos de la Corte Constitucional, la Administradora Colombiana de Pensiones — Colpensiones, expidió la Circular interna 08 de 30 de abril de 2014, en cuyo numeral 1.3., estableció las reglas de exigencia de cálculo de rentabilidad para la conservación del régimen de transición en caso de traslado al RAIS y, en este sentido precisó:

De acuerdo al precedente judicial de las sentencias C-789 de 2002, C -754 de 2004, C - 1024 de 2004, SU - 062 de 2010, SU - 130 de 2013 y SU - 856 de 2013, la Ley 797 de 2003, los Decretos 3800 de 2003 y 3995 de 2008 y la Circular 06 de 2011 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, el cálculo de rentabilidad, se exige con base en las siguientes reglas:

(...)

3. Los afiliados que se trasladaron entre el 29 de enero de 2003 y el 28 de enero de 2004, periodo que corresponde al periodo de gracia que dio la Ley 797 de 2003 para que las personas pudieran recuperar el régimen de transición, NO requieren que se les solicite a la Gerencia de Ingresos y Egresos de la Vicepresidencia de Financiamiento e Inversiones de Colpensiones el cálculo de rentabilidad, para recuperar el régimen de transición, ni los 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

(...)

Descendiendo al caso que ahora ocupa la atención del Tribunal, se tiene que el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales, desde el 16 de mayo de 1967, contando con más de 15 años de aportes a la fecha de entrada en vigencia del sistema de seguridad social traído por la Ley 100 de 1993, esto es, 1º de abril de 1994¹⁵; se trasladó al RAIS en

¹⁵ 09ContestacionDemanda20210511// CC-19072086-20211026T035933Z-001//GEN-REQ-IN-2017_3334714-20170418030022

diciembre de 1998 y, retornó al régimen de prima media, el 23 de enero de 2004 como se desprende de la Resolución 383059 de 2014¹⁶.

De esta manera, de conformidad con las precisiones normativas, jurisprudenciales y constitucionales realizadas a lo largo de esta providencia, se desprende que al accionante no era dable exigirle el requisito de equivalencia, a través del pago del cálculo de rentabilidad, para recuperar el régimen de transición, tal como lo acepta la misma entidad desde la Resolución SUB 117088 de 30 de junio de 2017¹⁷ y lo ratifica al contestar la demanda¹⁸; resultando desacertada la conclusión del *a quo* en primera instancia.

ii. De la prescripción

Estima la Sala que en el presente asunto no ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, dado que no han transcurrido más de los 3 años establecidos en los artículos 151 del Código de Procedimiento Laboral y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, contados desde que el derecho se hizo exigible.

En efecto, está demostrado que el promotor del juicio efectuó el pago por concepto de cálculo de rentabilidad que ahora pretende le sea devuelto, el 7 de junio de 2012 (fl.56 Archivo 01DemandaOrdinaria). No obstante, el derecho a su devolución solo se hace exigible en el momento en que la entidad estudia en caso concreto acorde con lo contemplado en la Circular Interna 08 de 2014 de COLPENSIONES, en lo referente a la conservación del régimen de transición en caso de traslado al RAIS y la exigencia de cálculo de rentabilidad, definiendo que en el caso del actor, NO requería que se le solicitara a la Gerencia de Ingresos y Egresos de la Vicepresidencia de Financiamiento e Inversiones de Colpensiones el

¹⁶ 09ContestacionDemanda20210511// CC-19072086-20211026T035933Z-001//GEN-ANX-CI-2017_3334714-20170331083654

¹⁷ 09ContestacionDemanda20210511// CC-19072086-20211026T035933Z-001//GRF-AAT-RP-2017_6689183_9-20170630101229

¹⁸ “**A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA** (...) A LA 2: No presento oposición a esta pretensión, toda vez que Colpensiones ha reconocido que el demandante no tenía que pagar el cálculo de rentabilidad, por lo cual se debe compensar este pago a las sumas de dinero que el demandante deba retornar a la entidad.”

cálculo de rentabilidad para recuperar el régimen de transición y, en consecuencia procede a reliquidar su prestación en aplicación del Acuerdo 049 de 1990; lo que sucedió con la expedición de la Resolución GNR 383059 de 30 de octubre de 2014¹⁹.

En este sentido, se observa que el accionante petitionó su derecho por primera vez el 25 de septiembre de 2017, interrumpiendo el término prescriptivo por una sola vez; la entidad contestó por Resolución SUB 217008 de 5 de octubre de 2017, indicando que debía radicar en cualquiera de los puntos de atención, la solicitud de reintegro de dicho valor, dirigido a la Dirección de Contribuciones Pensionales y Egresos; decisión confirmada por Acto Administrativo DIR 18872 de 26 de octubre de 2017²⁰. Finalmente, la demanda fue presentada el 14 de octubre de 2020 (03Secuencia11594), esto es dentro del término trienal previsto en las normas sustantivas y procesales del trabajo.

En consecuencia, habrá lugar a revocar la decisión absolutoria del juez de primer grado, para en su lugar ordenar el reintegro del dinero consignado por concepto de rentabilidad, por valor de \$2'868.458. Como quiera que el promotor del juicio no está llamado a sufrir las consecuencias negativas de la depreciación del dinero por el paso del tiempo, la demandada deberá cancelar debidamente indexada dicha suma, a la fecha en que el pago de la obligación se haga efectivo.

Cabe recordar, que los trámites administrativos internos de la entidad, no pueden afectar los derechos del afiliado, por lo que el hecho de no haber dirigido la petición a la Dirección de Contribuciones Pensionales y Egresos, no es óbice para que no se atendiera la reclamación de su derecho.

¹⁹ 09ContestacionDemanda20210511// CC-19072086-20211026T035933Z-001//GRF-AAT-RP-2014_5748979-20141031020634

²⁰ 09ContestacionDemanda20210511// CC-19072086-20211026T035933Z-001// GRF-AAT-RP-2017_10138797_2-20171026024910

iii. De la prescripción del retroactivo

Reprocha la parte recurrente que la demandada, al proponer la excepción de prescripción, solamente se limitó a indicar los artículos que la regulan, pero no aterriza a la situación del demandante, razón por la cual, no puede ser tenida como presentada y probada.

Al punto, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, contempla 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. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”*. a su vez, el artículo 282 del CGP establece que *“en cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”*; sin que en parte alguna de estos preceptos o de algún otro, se establezcan requisitos de forma para invocar este medio exceptivo, de la que dependa su procedencia.

Aunado a lo anterior, cumple advertir al recurrente, que el escrito de contestación que contiene la formulación de la excepción prescriptiva del derecho, debe estudiarse de forma conjunta, de la que se extrae fácilmente los hechos y razones de la defensa, en donde expresamente se indica que se propone esta excepción ***“por no haber sido reclamados los derechos que hoy se alegan dentro de la oportunidad allí establecida”***, habiendo advertido en el aparte de razones y fundamentos del derecho que ***“el demandante adquirió el status de pensionado el 16 de mayo de 2009”***, aun cuando también se afirma haberse reconocido la prestación a corte de nómina, por no acreditar novedad de retiro (Contestación Retroactivo. ARISTIDES LOMBANA ALARCON).

En consecuencia, resulta claro que el fenómeno prescriptivo para los derechos laborales prescribe en el término de 3 años desde su exigibilidad, y que para su procedencia, basta con invocarse por la parte pasiva.

Pues bien, no fue objeto de reproche el hecho de que la pensión del actor, se causó a partir del 1º de agosto de 2009, data en que se efectuó la desafiliación al sistema de pensiones, en razón a que el demandante cumplía con los requisitos para acceder a la prestación, sin embargo, solole fue reconocida por la entidad a partir del 1º de septiembre de 2010.

Recuérdese que en materia pensional no se admite la prescripción extintiva del derecho en sí mismo, dada su naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia, por ello, la extinción resulta viable, exclusivamente, respecto de las mesadas que no se solicitaron dentro de los tres años anteriores a aquel en que se efectúa la reclamación de la prestación.

Así las cosas, aun cuando la pensión de vejez del demandante procedía a partir del 1º de agosto de 2009, solo la solicitó ante la enjuiciada el 12 de septiembre de 2017, cuando ya habría transcurrido el término trienal de que tratan las normas en materia de prescripción; por ende, se tiene que las mesadas pensionales exigibles con anterioridad al 12 de septiembre de 2014, en efecto se encuentran prescritas.

Bajo este panorama, no es posible reconocer la causación de las mesadas causadas con anterioridad a la data reconocida por la entidad de seguridad social, debiéndose confirmar la decisión del *a quo*, en este punto.

Dadas las resultas de esta instancia, las costas de primer grado lo serán a cargo de la demandada; sin costas en la apelación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia proferida el 4 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, ordenar a la demandada a reintegrar al demandante el dinero consignado por concepto de rentabilidad, por la suma de \$2'868.458, debidamente indexada, a la fecha en que el pago de la obligación se haga efectivo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

TERCERO: COSTAS de la primera instancia a cargo de la demandada; no se causan en la alzada.

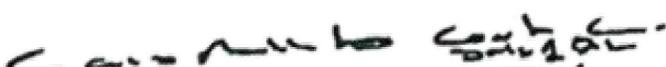
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 001 2021 00546 01
DEMANDANTE: CLAUDIA STELLA NIEVES PRIETO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D.C., primero (01) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de diciembre de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió en forma principal, que se declare la ineficacia de la vinculación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de la AFP Colfondos S.A. y se declare que siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, se ordene a la AFP disponer su regreso automático al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos obtenidos. Asimismo, se ordene a Colpensiones, reactivar su afiliación como si nunca se hubiera trasladado de régimen, reciba todos los valores devueltos por Colfondos S.A., actualice, corrija su historia laboral y se imponga condena en costas a las demandadas.

En subsidio de las anteriores pretensiones, solicitó se condene a Colfondos S.A., que a título de indemnización, le reconozca y pague la pensión de vejez a que tiene derecho, bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, como si el reconocimiento hubiera sido en el régimen de prima media con prestación definida. Así mismo solicitó la imposición de condena en costas a las convocadas a juicio y, lo *ultra y extra petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 7 de marzo de 1962. En noviembre de 2002, recibió invitaciones por parte de agentes de Colfondos S.A., para trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad y vincularse a dicho fondo. Los asesores le hicieron promesas relativas a superiores beneficios económicos en su pensión, que los que obtendría si continuaba afiliada al entonces ISS e hicieron énfasis en que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y perdería todos los aportes que tenía en el régimen de prima media.

Motivada por los supuestos beneficios ofrecidos, el 6 de diciembre de 2002 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, suscribiendo el formulario de afiliación a Colfondos S.A. Enfatizó en que los asesores de la AFP nunca le informaron sobre las características del régimen de ahorro individual ni respecto a las consecuencias del cambio de régimen. Mediante derecho de petición del 29 de abril de 2021, solicitó a Colfondos y a Colpensiones la ineficacia del traslado de régimen, pero obtuvo respuesta negativa por parte de las dos entidades, quedando así agotada la reclamación administrativa (fls.1 a 4, 02Demanda).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda. Admitió la afiliación del demandante al ISS, la petición de traslado, su respuesta y el agotamiento de la reclamación administrativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y

las declarables de oficio. Argumentó en su defensa que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que se corrobora con la suscripción del formulario y; que la demandante está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad (fls. 3 a 23, 09ContestacionColpensiones).

La AFP Colfondos S.A. rechazó las peticiones del escrito inaugural. Explicó que la demandante se afilió a Colfondos el 6 de diciembre de 2002, con fecha de efectividad 01 de febrero de 2003. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios de consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción, compensación y pago, así como las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea de la demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. (fls.5 a 28, 10ContestacionColfondos).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de diciembre de 2023 (17GrabacionAudienciaConcentrada), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora CLAUDIA STELLA NIEVES PRIETO, identificada con la C.C. No. 35,406,353, a través del fondo administrado por la sociedad demandada AFP COLFONDOS S.A., conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES autorizar el traslado Pensional de la demandante señora CLAUDIA STELLA NIEVES PRIETO, identificada con la C.C. No. 35,406,353, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-

COLPENSIONES los aportes efectuados por la parte demandante señora CLAUDIA STELLA NIEVES PRIETO, identificada con la C.C. No. 35,406,353, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la aquí demandante estuvo afiliada a la administradora de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEXTO: Costas a cargo de las demandadas en la presente instancia.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Porvenir, no acreditó el cumplimiento del deber objetivo de información.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas apelaron la sentencia.

Colpensiones afirma que el traslado de régimen realizado por la actora en el año 2003 debe presumirse totalmente válido, puesto que no puede exonerarse a la demandante de su deber de ilustrarse frente a su decisión de cambio de régimen, establecida en las obligaciones de los afiliados al sistema general de pensiones. La actora no está disminuida en su capacidad de celebrar contratos y fue negligente frente a este aspecto. Recalcó que el interés general debe primar sobre el particular, por cuanto la declaración de ineficacia del traslado afecta el patrimonio público. Finalmente solicita que en caso de confirmarse la decisión de primer grado, se revoque la condena en costas, como quiera que Colpensiones no intervino en la decisión de traslado de adoptó la demandante y no es responsable de la declaratoria de ineficacia del traslado.

Colfondos aduce que la única motivación de la demandante para que se declare la ineficacia del traslado es el aspecto económico. Reprocha la condena impuesta por gastos de administración, toda vez que éstos se causan y descuentan por disposición legal más no por capricho de las administradoras del RAIS. Frente a la póliza previsional, recalca que estos rubros no entran al patrimonio de la AFP, sino que van directamente a la aseguradora para cubrir los gastos de invalidez y muerte, que en el caso de la demandante siempre estuvieron cubiertos por lo que, los descuentos por este concepto cumplieron con su finalidad.

Solicitó se revoque la condena impuesta por concepto de perjuicios, como quiera que la administradora no tiene potestad para generar el traslado de la demandante, quien ya se encuentra inmersa en la prohibición para ello por su edad y solo se limita al cumplimiento de la orden judicial que se le imponga frente a las obligaciones como devolución de aportes, gastos de administración y frutos que se puedan generar en la cuenta de la demandante. Finalmente solicita se revoque la condena en costas que se le impuso, en tanto no le es posible presentar una fórmula conciliatoria, debido a la falta de ánimo en este sentido por parte de Colpensiones y a que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado debido a su edad.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter previsional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación

indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la demandante estuvo afiliada y efectuó cotizaciones a Colpensiones, desde el 19 de febrero de 1991 (fls.48 a 51, 09ContestacionColpensiones) y; migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A., el 1º de febrero de 2003 (fl.105, 10ContestacionColfondos).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló, que su motivación para solicitar su retorno al régimen de prima media, es de orden económico porque sabe que de permanecer en Colfondos, su mesada pensional va a corresponder al salario mínimo legal. Nunca solicitó asesoría al Instituto de Seguros Sociales ni a Colpensiones en relación con el traslado de régimen pensional.

Refirió que al momento de suscribir el formulario de afiliación a la AFP Colfondos, solo verificó que estuvieran correctos su nombre, dirección y datos del empleador y suscribió el documento porque el asesor del fondo privado le informó que como el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, la única opción para poderse pensionar era afiliarse a Colfondos.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A., incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de

vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 a 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Colfondos S.A., deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se confirmará en este aparte, pero se adicionará en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, comoquiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto

respecto de ellos no se generaron rendimientos y la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión. Por lo tanto, la sentencia se confirmará en este aparte.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a las demandadas de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, las administradoras resultaron derrotadas, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se les ordenó, a una trasladar y, a la otra recibir, todos los recursos e imputarlos a la historia laboral de la demandante. En este sentido, se confirmará la decisión de primer grado en cuanto impuso condena en costas, a las convocadas.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de diciembre de 2023, en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

(Salva Voto Parcial)


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

■ Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLAUDIA STELLA NIEVES PRIETO CONTRA COLPENSIONES Y OTROS

RAD. 01-2021-00546-01

M.P. CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Con todo respeto hacia mis compañeros de sala, me distancio de los fundamentos que llevaron a la mayoría a concluir que no procede imponer costas de segunda instancia a la parte a la que se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, tal como se detallará a continuación.

Las costas procesales, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (C.G.P.), implican la condena a la parte vencida en un proceso, o a quien le sea desfavorable un recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia define las costas como "la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial" (Sentencia AL1906 del 6 de abril de 2016). Dichas costas incluyen dos conceptos distintos: (i) las expensas y (ii) las agencias en derecho. Este último concepto se refiere a la compensación por los gastos legales en los que incurrió la parte vencedora, incluso si no intervino directamente un profesional del derecho.

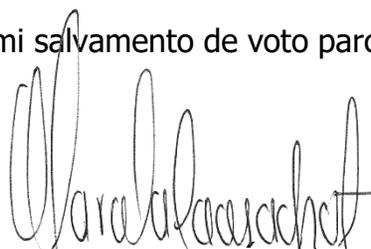
En este contexto, no hay duda alguna de que la condena en costas debió imponerse a la parte que presentó la apelación, ya que el recurso fue resuelto desfavorablemente por este Colegiado. Y Aunque es plausible argumentar, por un lado, que el proceso en cuestión no reviste una gran complejidad, dado que la solicitud principal se centraba en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la devolución de aportes al Régimende prima media con prestación definida, asunto que ha sido objeto de jurisprudencia vinculante a lo largo de varios años, y por otro lado, que este tribunal, pese a la interposición del recurso, estaba obligado a examinar el asunto en grado jurisdiccional de consulta, lo que implicaba abordar los temas materia dealzada, estas interpretaciones no pueden automáticamente eximir a la parte vencida de su responsabilidad, máxime cuando no constituyen causales para que el juez se abstenga de emitir condena a la luz del citado precepto.

Es pertinente destacar que el presupuesto contemplado en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. se encuentra plenamente respaldado en el presente caso, toda vez que el mandatario profesional tuvo una participación acuciosa en la causa, no solo en su parte sustantiva sino procesal, cuyo trámite implicó una inversión considerable de tiempo y

reveló una atención diligente en defensa de los intereses de su poderdante, por lo que, el gasto de apoderamiento debe ser debidamente compensado al actor, no solo como un reconocimiento justo, sino también como un respaldo a la noble y digna labor de los abogados, encontrándose en consecuencia, que las costas judiciales están efectivamente causadas y probadas.

En resumen, al considerarse las costas como una compensación por los gastos derivados de la atención de un proceso judicial y como una obligación procesal dirigida contra el patrimonio de la parte vencida, se evidencia que no existen fundamentos en este caso que permitan exonerar a la parte apelante de dicha responsabilidad, dado que su recurso no fue exitoso.

En los anteriores términos dejo plasmado mi salvamento de voto parcial.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 034 2019 00750 01
DEMANDANTE: LUZ ANGELA CUESTAS CIFUENTES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D.C., primero (1º) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de septiembre de 2023.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad. En consecuencia, se ordenó a la AFP demandada, trasladar los aportes realizados por la demandante con sus rendimientos, a Colpensiones y, a ésta, a aceptar el traslado y recibir los aportes validar los aportes trasladados. Asimismo, se condene a las demandadas a las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 6 de octubre de 1968; realizó aportes a los riesgos de IVM al Instituto de Seguros Sociales de 1995 a 1999; fecha en que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Porvenir. Aduce que el asesor, en el momento del traslado, omitió explicarle las diferencias entre regímenes, además de

crearle la expectativa de que podría pensionarse antes de la edad mínima requerida y con un monto superior al que podría obtener en el régimen de prima media; omitiendo el deber objetivo de dar una asesoría sobre todas las condiciones de pensión. De conformidad con la forma de liquidación de las pensiones en cada uno de los regímenes, le es más benéfico el de prima media. Presentó reclamación administrativa, ante la cual Colpensiones respondió no ser procedente la anulación de la afiliación (archivo 05).

Al dar contestación, **Colpensiones** se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, los aportes realizados al ISS, la petición elevada y su respuesta; manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (archivo 14).

La **AFP Porvenir S.A.**, rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la fecha de natalicio de la actora y, manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de mérito 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. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que la demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de

régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliada de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (archivo 22 fls.2 a 25).

Mediante auto proferido el 22 de julio de 2021, se dispuso la vinculación de **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** (archivo 25); quien al dar contestación, rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la fecha de nacimiento de la accionante e, indicó no ser ciertos o no constarle los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y, las demás declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea de la demandante, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, la actora no es beneficiaria del régimen de transición (archivo 30, fls.49 a 60).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 15 de septiembre de 2023 (archivo 65), absolvió a las demandadas y, condenó en costas a la demandante.

Como sustento de su decisión señaló que el presente asunto no se ajusta a los presupuestos fácticos establecidos por la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto ha sido reiterativa en indicar que es procedente la ineficacia del traslado cuando la AFP no cumple con su deber de asesoría, teniendo en cuenta que en el presente asunto, la misma demandante confesó que en el momento del traslado de régimen pensional, quien realizó los traslados pertinentes fue el empleador, sin la intervención de algún asesor de la AFP.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante arguyó que, si bien estuvo en Porvenir en el año 1997, posteriormente logró pasarse nuevamente a Colpensiones en el año 1999, tal como aparece en su historia laboral; no obstante, el empleador Asesoría y Asistencia Laboral Temporal, con el que aún trabaja, sin mediar consentimiento alguno, volvió a pasarla al fondo privado Porvenir, abusivamente, sin que se le informara, ni ella firmara autorización o solicitud de vinculación, tal como aparece en el plenario.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora o si el mismo resulta válido, al no haberse demostrado la intervención de la AFP, en el momento del traslado, tal como concluyó el a quo.

Para atender el recurso, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem*, que permite al afiliado la **selección libre y voluntaria** del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones

del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL,9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre devicios, pero no informado** (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186- 2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición**, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201- 2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al régimen e prima media con prestación definida, a través de entidades públicas, desde el 12 de junio de 1990 al 19 de noviembre de 1993 (archivo 22 fl.28). Migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos, el 21 de abril de 1994 (archivo 30, fl.62). Retornó al régimen de prima media a través de Colpensiones, entre enero de 1995 y junio de 1996 (archivo 22, fl.29). Y finalmente, efectuó nuevo traslado de régimen al RAIS, a través de

la AFP Porvenir, mediante la suscripción de formulario de vinculación del 1º de mayo de 1997 (archivo 22, fl.26); en donde se encuentra actualmente cotizando.

Lo anterior se desprende de la historia laboral consolidada allegada por Porvenir S.A. (archivo 22, fls.27 a 30), en la que se observa que la demandante, luego de su afiliación a Colfondos, retornó a Colpensiones por el periodo comprendido entre enero de 1995 y junio de 1996, lo que se ratifica con el historial de vinculaciones del Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión –SIAFP (archivo 22, fl.55 y archivo 30, fl.62).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que siempre que estuvo en las empresas trabajando, la colocaban en al AFP respectiva, no tenía opción y su prioridad era trabajar. Empezó a trabajar aproximadamente en el año 90 hasta el 99, en tiempos cortados, donde estuvo con Colpensiones; en el año 1997, estuvo en una empresa que la metieron en Porvenir, porque era lo que ellos tenían; en el año 99 entró a otra empresa llamada Siameth, donde logró que la afiliaran a Colpensiones de nuevo, en donde estuvo hasta mayo y de ahí, le salió un trabajo en una temporal en donde lo único que tenían era Porvenir, en donde permanece hasta la actualidad, porque cuando cambiaba de empresa, los de departamento de personal le decían que debía seguir en el fondo en el que venía, que ellos no cambiaban. En el año 2016, cumplió los 47 años; se dio cuenta un poco del tema de pensión por alguien que estaba haciendo los trámites y quiso pasarse, le pidió el favor a la empresa donde está, que la trasladara y ellos accedieron, pero ya no la recibieron. Nunca recibió asesoría de la AFP. Nunca se acercó a solicitar asesoría, ni recibió extractos. Solicitó una proyección pensional a Porvenir hace 6 años aproximadamente, donde se enteró que su mesada ascendería a un salario mínimo, siendo que actualmente tiene unos ingresos de \$8'000.000.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala, contrario a lo concluido por el *a quo*, las AFP Colfondos S.A. y Porvenir

S.A., incumplieron el deber que les impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostraron en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de cada una de las afiliaciones, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Nótese que, en su interrogatorio de parte es clara en indicar que sus vinculaciones tanto a Colfondos como a Porvenir S.A., ocurrieron a través de su empleador, sin la presencia de asesor alguno de ninguna AFP y, que ella se limitaba a suscribir los formularios, por ser un requisito para vincularse con sus respectivos empleadores; lo que, a juicio de esta Sala, contrario a lo concluido por el juzgador de primer grado, lleva precisamente a concluir que no recibió información, ni específica, ni completa, ni verás sobre esa vinculación; en realidad, existió una absoluta falta de asesoría por parte de quien se encontraba en la obligación legal de prestarla, pero las AFP se limitaron a dejar los formularios de afiliación en la empresas, faltando a su deber de brindar asesoría *antes, durante y después*, de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características, condiciones, diferencias y, en especial, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

Recuérdese que sobre el tema, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla. // Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de*

transparencia máxima.” (sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014).

Así las cosas, resulta pertinente recordar, que en casos como el que ahora nos ocupa, son las administradoras de los fondos de pensiones sobre quien recae la carga probatoria de haber brindado la asesoría pertinente y, no sobre el afiliado demostrar su falencia; teniendo que en el caso que ahora nos ocupa, las declaraciones dadas por la demandante en su declaración de parte, denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de las administradoras de fondos de pensiones a la demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, sí le dieron trámite a la vinculación, sin adelantar gestión alguna de asesoría; sin que tampoco resulte válido afirmar que, como la afiliación se dio a través de quien fungía como empleador para cada momento, no pueda endilgarse responsabilidad alguna a las AFP, dado que este hecho solo reafirma el incumplimiento de sus deberes legales como administradoras de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva, así como el incumplimiento de su obligación legal de buen consejo.

Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas

no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

Así las cosas, la Sala revocará la decisión de primera instancia, para decretar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión a deber de información se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora a la que se encuentra actualmente afiliada la accionante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de

los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

En el mismo sentido, la AFP Colfondos S.A. deberá trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros 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 SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, comoquiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y la demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema

referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

De conformidad con las consideraciones expuestas, esta Colegiatura revocará la decisión de primera instancia, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la parte actora. Igualmente, se declarará que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

Las costas de primera instancia estarán a cargo de las demandadas. No se causan en la apelación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de septiembre de 2023, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la AFP Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, mientras estuvo vinculada a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: COSTAS de primera instancia a cargo de las demandadas. No se causan en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 004 2022 00212 01
DEMANDANTE: DORA INÉS FANDIÑO CASTRO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Porvenir S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de noviembre de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad y/o ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Porvenir y los posteriores traslados a Pensiones y Cesantías Colpatria S.A y nuevamente a Porvenir. En consecuencia, se ordene a esta última AFP disponer su regreso sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y, a ésta, a reactivar su afiliación, recibir el bono pensional y los aportes que Porvenir S.A. devuelva, se condene a lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 12 de febrero de 1963, contando con más de 57 años de edad. Estuvo afiliada y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 22 de octubre de 1986 y hasta el 1°

de julio de 1992, cuando diligenció solicitud de vinculación a Porvenir S.A. En el mes de febrero de 1999 suscribió formulario de afiliación a la administradora de Fondos de Pensiones Colpatria S.A. y finalmente, el 12 de noviembre de 1999 volvió a vincularse con Porvenir S.A. Manifiesta que los asesores de Porvenir S.A. ni de Colpatria S.A. le brindaron información suficiente relativa a su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, como las ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional, no le advirtieron sobre las consecuencias de su decisión en el monto de su pensión, es decir, no estudiaron su caso en particular; simplemente se limitaron a diligenciar sus datos en los formularios de afiliación para que ella los suscribiera (archivo 01, fls.2 a 7).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de lademanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, así como el tiempo en que estuvo vinculada al Instituto de Seguros Sociales manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que, con la suscripción del formulario a la AFP, la demandante tomó la decisión de manera libre y espontánea de trasladarse y permanecer en el RAIS, sin que pueda alegarse error en la información; además que ha permanecido por más de 20 años en dicho régimen; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y; que no se configuró vicio del consentimiento (archivo 06, fls.2 a 23).

La AFP Porvenir guardó silencio dentro del término de traslado, por lo que mediante auto de 14 de agosto de 2023, se tuvo por no contestada la demanda (archivo 12 fls.1 y 2).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 22 de noviembre de 2023 (archivo 17), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de DORA INÉS FANDIÑO CASTRO a la AFP PORVENIR, realizada en 1994, 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.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. La anterior orden deberá ser cumplida dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. Esta orden deberá cumplirse en el término de los 15 días siguientes a los señalados en el punto anterior.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada AFP PORVENIR. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$ ½ SMLMV.

SEXTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral.

Como sustento de su decisión, señaló que no demostró la AFP haber brindado a la afiliada en el momento del traslado al RAIS, información precisa que le permitiese tener claras las condiciones y características de ese régimen, sin que pueda suplirse por los traslados o vinculaciones entre administradoras.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Porvenir, refiere que la normatividad vigente para el año en que la demandante se trasladó de régimen, no exigía brindar información en los términos que reclama la actora y, en todo caso, las características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad estaban consignados en la Ley 100 de 1993, por lo que, la demandante pudo validar en cualquier momento la información que se le suministró. Resalta que el actuar de la administradora siempre estuvo revestido de buena fe, además la demandante ha permanecido vinculada al régimen privado durante más de 20 años, lo que demuestra su interés de permanecer vinculada en él. Estima que la devolución del fondo de garantía de pensión mínima corresponde a una sanción injustificada que no guarda correspondencia con los efectos jurídicos de una ineficacia ni con las restituciones que de ello puedan derivarse. Reprocha lo referente a la indexación, afirmando que al haberse dispuesto la devolución de los rendimientos del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante, la actualización de dichas sumas genera una doble condena por el mismo concepto.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la demandante.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación

indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones desde el 22 de octubre de 1986 al 31 de julio de 1994 (historia laboral expedida por Colpensiones, archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2345-20220830114405); fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, de abril de 1994 (archivo 01, fl.75).

Al absolver interrogatorio, la demandante señaló que, en el año 1994, llegaron a su oficina unos asesores de Porvenir S.A., quienes informaron a los trabajadores, que el Instituto de Seguros Sociales iba a quebrar; les informaron que podrían pensionarse a más temprana edad que en el ISS; sin embargo, no les hicieron una proyección de su pensión ni les explicaron las características del régimen de ahorro individual con solidaridad ni las condiciones para obtener su pensión; en aquella oportunidad ella y algunos de sus compañeros decidieron afiliarse a Porvenir S.A. Nunca corroboró dicha información con el ISS ni con Colpensiones.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación, para declarar la del traslado, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Porvenir S.A., deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este aspecto.

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del circuito de Bogotá el 22 de noviembre de 2023, en el sentido de declarar la ineficacia únicamente del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro

individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

(Salva Voto Parcial)



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

■ Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DORA INÉS FANDIÑO CASTRO CONTRA COLPENSIONES Y OTROS

RAD. 04-2022-00212-01

M.P. CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Con todo respeto hacia mis compañeros de sala, me distancio de los fundamentos que llevaron a la mayoría a concluir que no procede imponer costas de segunda instancia a la parte a la que se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, tal como se detallará a continuación.

Las costas procesales, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (C.G.P.), implican la condena a la parte vencida en un proceso, o a quien le sea desfavorable un recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia define las costas como "la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial" (Sentencia AL1906 del 6 de abril de 2016). Dichas costas incluyen dos conceptos distintos: (i) las expensas y (ii) las agencias en derecho. Este último concepto se refiere a la compensación por los gastos legales en los que incurrió la parte vencedora, incluso si no intervino directamente un profesional del derecho.

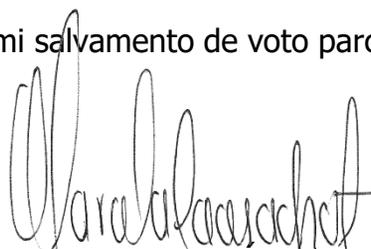
En este contexto, no hay duda alguna de que la condena en costas debió imponerse a la parte que presentó la apelación, ya que el recurso fue resuelto desfavorablemente por este Colegiado. Y Aunque es plausible argumentar, por un lado, que el proceso en cuestión no reviste una gran complejidad, dado que la solicitud principal se centraba en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la devolución de aportes al Régimende prima media con prestación definida, asunto que ha sido objeto de jurisprudencia vinculante a lo largo de varios años, y por otro lado, que este tribunal, pese a la interposición del recurso, estaba obligado a examinar el asunto en grado jurisdiccional de consulta, lo que implicaba abordar los temas materia dealzada, estas interpretaciones no pueden automáticamente eximir a la parte vencida de su responsabilidad, máxime cuando no constituyen causales para que el juez se abstenga de emitir condena a la luz del citado precepto.

Es pertinente destacar que el presupuesto contemplado en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. se encuentra plenamente respaldado en el presente caso, toda vez que el mandatario profesional tuvo una participación acuciosa en la causa, no solo en su parte sustantiva sino procesal, cuyo trámite implicó una inversión considerable de tiempo y

reveló una atención diligente en defensa de los intereses de su poderdante, por lo que, el gasto de apoderamiento debe ser debidamente compensado al actor, no solo como un reconocimiento justo, sino también como un respaldo a la noble y digna labor de los abogados, encontrándose en consecuencia, que las costas judiciales están efectivamente causadas y probadas.

En resumen, al considerarse las costas como una compensación por los gastos derivados de la atención de un proceso judicial y como una obligación procesal dirigida contra el patrimonio de la parte vencida, se evidencia que no existen fundamentos en este caso que permitan exonerar a la parte apelante de dicha responsabilidad, dado que su recurso no fue exitoso.

En los anteriores términos dejo plasmado mi salvamento de voto parcial.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 007 2021 00557 01
DEMANDANTE: ALBERTO MAYORGA RODRIGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D.C., primero (1º) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de septiembre de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia de la afiliación de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se ordenó a la AFP la devolución de los valores consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y rendimientos; y a Colpensiones, activar su la afiliación, tramitar el recaudo de los dineros y, reconocer y pagar la pensión de vejez, los intereses moratorios, la indexación y; lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 14 de julio de 1956. Se vinculó laboralmente desde el 3 de marzo de 1981, estando afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal y al Seguro Social.

La primera cotización que efectuó al RAIS ocurrió en el mes de mayo de 1997. Aduce que el fondo privado no lo asesoró ni le dio información al momento del traslado inicial, referente a los requisitos para pensionarse, no le suministró un cálculo actuarial que le permitiera establecer las diferencias de las mesadas que obtendría, ni le explicó modalidades pensionales, requisitos, rendimientos, riesgo de inversión, bono pensional; porcentajes de descuento por administración, ni lo que obtendría en el régimen de prima media; faltando a su deber de información de manera clara, completa y cierta acerca de las consecuencias del traslado. Asimismo, el ISS guardó silencio. Manifiesta que ha cotizado el mínimo de semanas que le permiten pensionarse en el régimen de prima media y, cuenta con más de 62 años de edad, cumpliendo los requisitos para la pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la 797 de 2003. En septiembre de 2020 solicitó a las demandadas; agotando la vía gubernativa (archivo 01, fls.1 a 27).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, las cotizaciones al ISS y, la negativa a la solicitud radicada. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (archivo 16 fls.3 a 50).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la fecha de nacimiento del demandante, la fecha de efectividad con esta AFP, la petición elevada y la respuesta negativa. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, no procedencia de intereses moratorios en nulidades y/o ineficacia del traslado de régimen y, las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea del demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, el actor no es beneficiario del régimen de transición (archivo 13, fls.3 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 1 de septiembre de 2023 (archivo 24), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional que realizó el demandante ALBERTO MAYORGA RODRIGUEZ identificado con la cedula de ciudadanía No. 19.294.879 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A el 12 de marzo de 1997, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar el traslado de los dineros que

efectúe la AFP COLFONDOS S.A para que proceda a activar la afiliación del demandante, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme a lo considerado en la parte motiva, así como los demás medios exceptivos dadas las resultas del proceso.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR en costas junto con agencias en derecho a COLFONDOS S.A y COLPENSIONES las cuales se tasan en la presente diligencia en la suma de 1 SMLMV que deberán pagar a prorrata las demandadas y a favor de la demandante.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES, consúltese con el H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

Como sustento de su decisión, señaló que no aparece acreditado que al momento de traslado la AFP hubiera brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara, sobre los efectos del traslado, concluyendo que se configuró una vulneración del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en su validez.

Respecto a la solicitud de reconocimiento pensional, consideró que una vez se materializa el traslado, es el momento en el cual se habilita a la administradora de pensiones para resolver la solicitud pensional de sus afiliados, en los términos que establece la ley y, teniendo en cuenta la historia laboral que actualice con el traslado de los recursos por parte de la AFP demandada; por lo que no se tiene certeza en este momento del número de cotizaciones que conforman la historia laboral del actor, para verificar la procedencia de la prestación por vejez; situación que deberá ser definida por Colpensiones una vez reciba los dineros que para el efecto traslade la AFP Colfondos, realice las validaciones correspondientes y actualice la historia laboral del demandante en semanas.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes apelaron lo resuelto.

El demandante reprocha la absolución respecto de la prestación de vejez, arguyendo que la Ley 100 establece unos parámetros para su reconocimiento, esto es, la edad y el mínimo de semanas, lo que está aprobado dentro del proceso; por lo que negarle el derecho de reconocimiento a la pensión, es violarle un derecho sustancial y el debido proceso.

Por su parte Colpensiones solicita revocar la condena en costas y agencias en derecho, en razón a que ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal y nada tuvo que ver con la decisión que tomó el demandante en trasladarse de régimen, por lo cual una decisión autónoma de libre y voluntaria no puede cargar impositivamente a esta demandada. Asimismo, debe tenerse en cuenta el artículo 48 de la Constitución Política, que contempla que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella, pues en el caso de Colpensiones, no cuenta con rubros destinados al pago de costas y agencias en derecho; aunado a que se debe tener en cuenta el artículo 365, numeral 5, del Código General del proceso.

Finalmente, Colfondos aduce que para el momento en que se realizó el traslado, la única obligación que se desprendía de conformidad con la Ley 100 de 1993 y el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, era la de proporcionar un formulario, en consonancia con lo anterior, la información se suministró. En lo atinente a devolver lo relacionado con gastos de administración y cuotas de seguro previsional, debe tenerse en cuenta que son descuentos que se originan de manera legal en el artículo 20 de la ley 100, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 del 2003 y que los mismos corresponden al ejercicio acucioso que deben ejercer las administradoras respecto de los aportes que se depositan mensualmente en la cuenta de los afiliados, lo que se traduce en un mínimo de rentabilidad que deben garantizar para cada año. En la presente sentencia no se hizo una

aplicación debida de las restituciones mutuas y; frente a la indexación, resulta claramente contra derecho, pues la devolución de seguros previsionales y gastos de administración debidamente indexados, no hicieron parte de la fijación del litigio, afectándose la congruencia de la sentencia.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el demandante.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la

existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde el 20 de diciembre de 1982 al 30 de abril de 1997, fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A., (archivo 01, fls. 54 a 56 y 57 a 68).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que trabajaba en el Hospital Trinidad Galán, de la Secretaría de Salud de Bogotá, aproximadamente para el año 1996, llegó un representante de Colfondos, en la cafetería, y le explicó que debido a la ley 100 había unos cambios en el régimen pensional; él siempre había cotizado en entidades

oficiales, pero desafortunadamente, todas se acabaron cajas de previsión nacional, caja de previsión distrital, Seguro Social; entonces le comentó que existían unas nuevas empresas que estaban respaldadas por empresas muy poderosas, en el caso de Colfondos, por Citybank y, que tenía ventajas para las personas que estaban cotizando, que se podría pensionar a las 1000 semanas y hacer aportes voluntarios adicionales; básicamente le dijo que el seguro se iba a acabar y que iba a perder la plata. El asesor llenó el documento con su letra y él solo lo firmó. No se acuerda que le hayan hablado de la cuenta individual o del carácter hereditario de la pensión. Para el año 2012, se dio cuenta que por su ahorro se pensionaría con un salario mínimo e, inclusive una persona de Colfondos le dijo que no le convenía haberse cambiado al fondo privado. No fue contactado por algún asesor de Colfondos antes de los 52 años. Para esa época pasó una carta a Colpensiones para regresar, pero le fue negada por faltarle menos de 10 años.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A., incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Colfondos S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Colfondos S.A., deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia se confirmará en este aspecto, pero se adicionará para indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Pensión de vejez

Establecido entonces que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones, pasa la Sala a determinar si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, contempla como requisitos para acceder a la pensión de vejez en lo que interesa al proceso, que el afiliado hombre haya alcanzado los 62 años y acredite cotizaciones por un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Precisa la norma que a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementaría en 50 y a partir del 1 de enero de 2006 ascenderá en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

En esa perspectiva, una vez realizadas las validaciones correspondientes, se determina que el accionante alcanzó los 62 años de edad el 14 de julio de 2018 (fl.28 archivo 01) y que a lo largo de su vida laboral acredita más de 1.300 semanas cotizadas (archivo 01 fls.57 a 63), por lo que tiene derecho a acceder a la pensión de vejez en los términos previstos en la ley de seguridad social. No obstante, no es posible determinar el monto de la prestación, tampoco la fecha de disfrute, pues no se tiene certeza sobre la última cotización realizada, dado que del reporte actualizado al 25 de agosto de 2021, se encontraba activo con cotizaciones efectivas a junio de 2021 (archivo 01 fls.57 a 63); razón por la cual el reconocimiento pensional deberá supeditarse al día siguiente de la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro, pues si bien el derecho pensional ya se encuentra causado por el cumplimiento de los requisitos exigidos para la pensión de vejez, no es posible disfrutarla ni exigirla sino hasta el momento en que se haya efectuado el retiro del sistema, de conformidad con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el decreto 758 de esa anualidad.

Así mismo, el IBL deberá determinarse conforme lo previsto en el inciso 3º del artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es con lo devengado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento dependiendo lo que le resulte más favorable, dado que como quedó visto, el demandante cuenta con más de 1300 semanas de cotización, al cual se deberá aplicar la tasa de reemplazo que se obtenga de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, al momento del retiro del servicio; sin que pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, por 13 mesadas al año toda vez que causó su pensión con posterioridad al Acto legislativo 01 de 2005; junto con los reajustes e incrementos legales anuales y el retroactivo pensional se deberá cancelar de manera indexada; autorizando desde ya a Colpensiones para que descuente en el porcentaje que en derecho corresponda, los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Con todo, sólo hasta que Colpensiones reciba a satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, estará obligada a reconocer la prestación de vejez, pues no cuenta en la actualidad con los recursos para financiar la pensión y, en todo caso, como quedó visto, no es posible determinar el monto de la prestación, ni tampoco la fecha de disfrute.

La suscrita Ponente aclara que, si bien en decisiones anteriores similares a la que ahora se aborda, se abstuvo de estudiar de fondo el reconocimiento de la prestación por vejez, dejándolo sometido al momento en que Colpensiones recibiera las sumas provenientes de la AFP, en el término de ley, una vez se verifique la desafiliación del sistema; ahora, ante la nueva integración de la Sala, se precisa la postura, para aclarar desde ya, que el afiliado tiene derecho al reconocimiento y pago de la

pensión de vejez y, solo queda supeditado su disfrute en los términos indicados.

De las costas de primera instancia

Finalmente, estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas de primera instancia toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida en el proceso, para lo cual el juez observa una serie de circunstancias propias, que se extraen del debate procesal en cumplimiento del canon 366 ibídem, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales; y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, recibir sin solución de continuidad como afiliado al demandante desde su afiliación inicial al ISS, sin que los supuestos de hecho que invoca la parte demandada para relevarse de ellas, alcancen para desvirtuar los criterios objetivos que tuvo el juez de primer grado para imponerlas.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de septiembre de 2023, en el sentido de indicar que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados

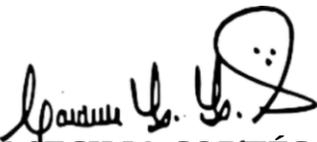
con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia revisada, para en su lugar **DECLARAR** que el señor Alberto Mayorga Rodríguez, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003 y; en consecuencia, **ORDENAR** a Colpensiones que, una vez recibidas las sumas provenientes de la AFP, proceda a reconocer la prestación pensional del actor, en el término de ley, una vez se verifique la desafiliación del sistema, conforme lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
(Salva Voto Parcial)


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

■ Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALBERTO MAYORGA RODRÍGUEZ CONTRA COLPENSIONES Y OTROS

RAD. 110013105 007 2021 00557 01.

M.P. CARMEN CECILIA CORTES CORREDOR

Con el debido respeto de mis compañeros de sala, me aparto de las razones que condujeron a la mayoría a considerar que el reconocimiento de la pensión de vejez para el actor está condicionada al momento en que Colpensiones reciba a satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, como paso a explicar.

Es indiscutible en el proceso que el actor tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez al cumplir con los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003. En virtud de ello, no es imperativo que, para su consolidación se trasladen los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual de aquel, por tratarse aquello, de una exigencia propia del trámite administrativo que debe surtirse entre las partes demandadas, y que por ende, el demandante no está en capacidad de soportar, y porque la declaratoria de ineficacia del traslado, conlleva la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original, esto es, con la carga de asumir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, en los términos de la Ley 100 de 1993.

Por consiguiente, en modo alguno se requería supeditar el pago de la prestación económica al traslado de los recursos que reposan en la AFP. Menos aún, con soporte en la afirmación de que Colpensiones actualmente no cuenta con los recursos para financiarla, ya que ello representa una barrera administrativa excesiva que podría vulnerar el mínimo vital y seguridad social del actor, al dejar la prestación a la suerte de las administradoras de fondos de pensiones.

En resumen, el tema de la presupuestal de la entidad pensional o el traslado de recursos entre entidades del sistema no debe afectar directamente el reconocimiento de la pensión de vejez para un afiliado que cumple con los requisitos legales. La pensión se concede con base en el cumplimiento de los criterios establecidos por la normatividad mencionada, relativos a la edad mínima y las semanas de cotización requeridas, sumado a la desafiliación del sistema, sin ningún otro condicionamiento.

Por otra parte, me distancio de los fundamentos que llevaron a la mayoría a concluir que no procede imponer costas de segunda instancia a la parte a la que se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, tal como se detallará a continuación.

Las costas procesales, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (C.G.P.), implican la condena a la parte vencida en un proceso, o a quien le sea desfavorable un recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia define las costas como "la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial" (Sentencia AL1906 del 6 de abril de 2016). Dichas costas incluyen dos conceptos distintos: (i) las expensas y (ii) las agencias en derecho. Este último concepto se refiere a la compensación por los gastos legales en los que incurrió la parte vencedora, incluso si no intervino directamente un profesional del derecho.

En este contexto, no hay duda alguna de que la condena en costas debió imponerse a la parte que presentó la apelación, ya que el recurso fue resuelto desfavorablemente por este Colegiado. Y Aunque es plausible argumentar, por un lado, que el proceso en cuestión no reviste una gran complejidad, dado que la solicitud principal se centraba en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la devolución de aportes al Régimen de prima media con prestación definida, asunto que ha sido objeto de jurisprudencia vinculante a lo largo de varios años, y por otro lado, que este tribunal, pese a la interposición del recurso, estaba obligado a examinar el asunto en grado jurisdiccional de consulta, lo que implicaba abordar los temas materia de alzada, estas interpretaciones no pueden automáticamente eximir a la parte vencida de su responsabilidad, máxime cuando no constituyen causales para que el juez se abstenga de emitir condena a la luz del citado precepto.

Es pertinente destacar que el presupuesto contemplado en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. se encuentra plenamente respaldado en el presente caso, toda vez que el mandatario profesional tuvo una participación acuciosa en la causa, no solo en su parte sustantiva sino procesal, cuyo trámite implicó una inversión considerable de tiempo y reveló una atención diligente en defensa de los intereses de su poderdante, por lo que, el gasto de apoderamiento debe ser debidamente compensado al actor, no solo como un reconocimiento justo, sino también como un respaldo a la noble y digna labor de los abogados, encontrándose en consecuencia, que las costas judiciales están efectivamente causadas y probadas.

En resumen, al considerarse las costas como una compensación por los gastos derivados de la atención de un proceso judicial y como una obligación procesal dirigida contra el patrimonio de la parte vencida, se evidencia que no existen fundamentos en este caso que permitan exonerar a la parte apelante de dicha responsabilidad, dado que su recurso no fue exitoso.

En los anteriores términos dejo plasmado mi salvamento de voto parcial.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 007 2020 00215 01
DEMANDANTE: LUZ MYRIAM CASTAÑEDA GARCÍA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., primero (1) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de mayo de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió el reconocimiento y pago del retroactivo de su pensión de invalidez, a partir del 11 de octubre de 2013, fecha de emisión del primer dictamen de pérdida de capacidad laboral; intereses moratorios o en subsidio la indexación y; las costas.

En respaldo de sus pretensiones, mediante dictamen No. 201328307GG del 11 de octubre de 2013, fue calificada por Colpensiones con una pérdida de capacidad laboral del 65.6%, por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración del 14 de agosto de 1966. El 7 de noviembre de 2013, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, pero le fue negada por Resolución GNR 211855 del 11 de junio de 2014, bajo el argumento de ausencia de cotizaciones en los años anteriores

a la fecha de la estructuración de la invalidez; decisión contra la cual interpuso recurso de reposición, resuelto mediante Resolución GNR 327968 del 23 de septiembre de 2014, confirmando la decisión inicial.

Aduce que a la fecha de expedición de los actos administrativos que negaron la prestación, ya se encontraba el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, referente al reconocimiento de la pensión de invalidez por enfermedad progresiva, degenerativa y congénita; con fundamento en lo cual, el 6 de septiembre de 2018, solicitó nuevo estudio de la Resolución GNR 327968 de 2014; para lo que Colpensiones requirió la constancia de ejecutoria del dictamen de pérdida de la capacidad laboral, siendo necesaria su actualización, en tanto ya superaba los tres años de haberse realizado. Mediante dictamen ML-365 del 19 de marzo de 2019, fue calificada con pérdida de capacidad laboral del 65.14% y fecha de estructuración 14 de agosto de 1966, confirmándose el dictamen anterior. El 14 de mayo de 2019, solicitó nuevo estudio, ante lo cual, la demandada, mediante Resolución SUB 171305 del 29 de junio de 2019, le reconoció la pensión de invalidez, pero a partir de la fecha de realización del último dictamen, es decir, del 19 de marzo de 2019; decisión recurrida y, confirmada en su totalidad, por Actos Administrativos SUB 215227 del 10 de agosto de 2019 y DPE 9175 del 5 de septiembre de 2019.

Manifiesta que, en los últimos tres años anteriores a la fecha de la realización de la primera calificación, 11 de octubre de 2013, cuenta con más de 50 semanas debidamente cotizadas al sistema. Nunca le fueron reconocidas prestaciones económicas por concepto de incapacidades médicas, en el entendido que se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud, en el Régimen Subsidiado. Finalmente, se agotó la reclamación administrativa (fls.2 a 16¹).

Al dar contestación Colpensiones, se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó los dictámenes de calificación de pérdida de capacidad laboral hechas a la actora, del 11 de octubre de 2013 y del 19 de marzo de

¹ 04SubsanacionDemanda

2019, el porcentaje y fecha de estructuración; las solicitudes de la prestación, las negativas de la entidad, el acto administrativo que reconoció la pensión de invalidez a partir de la fecha del último dictamen; los recursos presentados y, los actos administrativos que confirmaron la decisión. Manifestó no constarle los restantes. Formuló las excepciones de mérito de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, las demás declarables de oficio.

En defensa de sus intereses argumentó que una vez validado el expediente pensional se observa certificado de incapacidades emitido por la EPS Comparta de fecha 6 de mayo de 2019, en la cual indicó que la demandante es afiliada a COMPARTA EPS-S en el régimen subsidiado, en virtud de lo cual, la efectividad de la prestación es la fecha del dictamen emitido por Colpensiones el 19 de marzo de 2019, toda vez que de acuerdo con el diagnóstico médico, es esta data en la que quedó incapacitada para trabajar de manera permanente y definitiva (fls.1 a 15²).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de mayo de 2022 (16AudienciaArt80), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la señora demandante Luz Miriam Castañeda García, tiene derecho al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez a partir del 11 de octubre de 2013, conforme a las razones expuestas en esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a Colpensiones a que reconozca y pague a favor de la señora demandante Luz Miriam Castañeda García, el retroactivo pensional de su pensión de invalidez teniendo en cuenta el primer dictamen emitido por Colpensiones N°201328307GG del 11 de octubre de 2013. Dicho retroactivo corresponde a la suma de \$62'298.170.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar los intereses moratorios sobre dicho retroactivo, conforme a lo normado en el artículo 141 de la Ley 100 de

² 08ContestacionColpensiones

1993; esto es, a partir del mes de marzo del año 2014 y hasta que realice el pago total del retroactivo a la señora demandante.

CUARTO: Se CONDENAN en costas a Colpensiones. Las agencias en derecho se tazan a favor de la demandante en un 10% de las condenas impuestas en esta sentencia.

QUINTO: ORDÉNESE la consulta de esta sentencia a favor de Colpensiones como entidad garantizada por la Nación y a fin de que el Superior, revise la legalidad de lo decidido.

SEXTO: Del retroactivo que se ordena en esta sentencia Colpensiones queda autorizada a realizar los descuentos de aportes a salud con destino a la EPS donde se encuentre afiliada la demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que al ser la enfermedad que padece la demandante, crónica y degenerativa, de conformidad con la jurisprudencia, debe tenerse como fecha para determinar el requisito, el de la última cotización, sin que resultara viable exigir una actualización del dictamen pericial en aplicación al artículo 44 de la Ley 100 de 1993, cuando no era aplicable en el caso de la demandante, toda vez que ella no tenía el estatus de pensionada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, Colpensiones arguyó que, el disfrute de la presente pensión de la accionante se dio a partir del 19 de marzo de 2019, en razón a que una vez validado su expediente pensional, se observa un certificado de incapacidad emitido por la EPS Comparta de fecha 6 de mayo de 2019, en la cual se indicó que la peticionaria se encontraba con una incapacidad médica en ese momento; por consiguiente, la decisión tomada por Colpensiones en aplicación del precedente jurisprudencial, fue reconocer o ingresar en nómina inmediatamente se emitió el dictamen de pérdida de capacidad laboral en el año 2019.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala dilucidar si la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

i) Pensión de invalidez

Se encuentra demostrado que: *i)* mediante dictamen de 11 de octubre de 2013 (fls.11 a 12), Colpensiones determinó que la actora padece una pérdida de capacidad laboral del 65.6%, de origen común, estructurada el 14 de agosto de 1966, data de su nacimiento (cédula de ciudadanía, fl.6); *ii)* a través de Resolución N° GNR 211855 del 11 de junio 2014, la entidad le negó la pensión de invalidez por no acreditar semanas cotizadas anteriores a la estructuración de la invalidez (fls.169 a 171); decisión confirmada mediante Resolución GNR 327968 del 23 de septiembre de 2014, al resolver el recurso de reposición (fls.177 a 181); *iii)* ante solicitud del 14 de mayo de 2019, Colpensiones calificó nuevamente la pérdida de capacidad laboral de la actora en un porcentaje de 65.14%, con fecha de estructuración del 14 de agosto de 1966, mediante dictamen ML-365-2019 del 19 de marzo de 2019 (fls.193 a 195) y; procedió al reconocimiento de la prestación a la accionante por Resolución SUB 171305 de 29 de junio de 2019, a partir de la fecha de expedición del último dictamen, en cuantía de \$828.116 (fls.215 a 229) y; *iv)* contra la decisión anterior, la afiliada interpuso recurso de reposición, en subsidio de apelación, el 24 de julio de 2019, resueltos por Actos Administrativos SUB 215227 del 10 de agosto de 2019 y DPE 9175 del 5 de septiembre de 2019, confirmando la decisión (fls.243 a 256)³

Pues bien, en materia pensional la norma aplicable a cada caso es la vigente al momento en que se consuman los supuestos fácticos requeridos para el reconocimiento de la prestación. Tratándose de pensión de invalidez, el precepto aplicable será aquel vigente en la fecha de estructuración, momento a partir del cual surge la posibilidad de solicitar el reconocimiento

³ 11ExpedienteAdministrativo

y pago de la prestación (CSJ SL797-2013, 13 nov. 2013, rad. 42648, en la que se reiteró la CSJ SL, 30 abr 2013, rad 45815).

No obstante, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que respecto de las personas que padecen enfermedades congénitas, crónicas, degenerativas o, las ocasionadas por secuelas tardías al diagnóstico, es válido contabilizar las semanas aportadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, siempre que se demuestre que el afiliado continuaba con capacidad para desarrollar un determinado rol o trabajo.

En sentencia CSJ SL3275-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL5023-2021 la Sala de Casación Laboral adoctrinó:

Ahora bien, en aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal, es necesario, en cada caso, ponderar varias aristas del asunto a dilucidar, tales como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, entre otras, pues precisamente en razón a que el afiliado puede trabajar y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, es necesario corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida.

Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones efectuadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado, y no, que se hicieron con el único fin de defraudar al sistema de seguridad social.

Debe advertirse que lo anterior no implica que sea válido alterar la fecha de estructuración de invalidez que hayan definido las autoridades médicas competentes, sin razón justificativa alguna o sin medio probatorio que así lo permita. De lo que se trata, es de llevar a cabo un análisis que incluye el supuesto fáctico que regula la normativa aplicable al asunto, a fin de determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las semanas legalmente exigidas.

En resumen, **se deben analizar las condiciones del solicitante, así como la existencia de una capacidad laboral residual, para de esta manera establecer el punto de partida para realizar el conteo de aportes que imponga la ley.** (Negrillas de la Sala)

Pues bien, en el asunto bajo estudio, la fecha de estructuración de la invalidez corresponde al 14 de agosto de 1966, data de nacimiento de la

demandante, en atención a que la patología que la aqueja es crónica, congénita y degenerativa. Asimismo, quedó demostrado que cotizó como dependiente, desde el 23 de febrero de 1993 hasta el 30 de noviembre de 2008, a través de diversos empleadores; entre el 1º de septiembre de 2010 y el 30 de abril de 2013, realizó aportes de forma independiente, por régimen subsidiado, los que se reanudaron posteriormente, entre julio de 2016 y marzo de 2019, también por pago como régimen subsidiado (fls.461 a 469⁴).

Con lo anterior, es dable concluir que, pese al padecimiento de *SECUELAS DE POLIOMIELITIS EN MIEMBROS INFERIORES*, que la aqueja desde su nacimiento, pudo ejercer actividad laboral entre el 23 de febrero de 1993 al 30 de noviembre de 2008, en virtud de lo cual estuvo afiliada y cotizó al sistema general de seguridad social en pensiones, por este tiempo.

Al respecto, debe precisarse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha explicado la figura de capacidad laboral residual, para el caso puntual de personas con enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, como la posibilidad de que *“a pesar de fijarse en forma retroactiva la fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado sus capacidades funcionales y productivas, al punto de continuar con su vinculación laboral y que haya realizado los correspondientes aportes al Sistema de Seguridad Social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez”* (Sentencia T-604 del 2014).

Lo anterior, no significa otra cosa que, la posibilidad de que pese a haberse determinado una fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, la persona pueda continuar ejerciendo una actividad laboral de manera posterior, realizando los correspondientes aportes a seguridad social, los que necesariamente deben tenerse como válidos y con los cuales puede alcanzar el reconocimiento de su pensión de invalidez; como efectivamente aconteció en el presente asunto.

⁴ 11ExpedienteAdministrativo

Nótese, que la capacidad laboral residual, se contempla como la posibilidad de continuar trabajando de manera posterior, en el entendido de que existen enfermedades cuyas consecuencias no dejan a la persona limitada totalmente para mantenerse activa y proveerse sus gastos de manera inmediata; como se verifica en el caso que nos ocupa, cuando, pese a determinarse como fecha de estructuración de la invalidez la data misma de nacimiento de la actora, la misma prestó su fuerza laboral durante más de 15 años.

Ahora bien, arguye la entidad demandada en su recurso que, la pensión de la accionante se dio a partir de la emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral del 19 de marzo de 2019, en razón a que, al ser validado su expediente pensional, se observa un certificado de incapacidad emitido por la EPS Comparta de fecha 6 de mayo de 2019, en la cual se indicó que la peticionaria se encontraba con una incapacidad médica en ese momento.

Frente al punto, se advierte que el inciso final del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, dispone que la prestación de invalidez debe ser reconocida a solicitud de la parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado. Por su parte, el artículo 10 del Decreto 758 de 1990, dispone que la pensión de invalidez se pagará desde la fecha de estructuración y que, si el beneficiario estuviere gozando del subsidio por incapacidad temporal, el pago de la prestación comenzará una vez expire el plazo para percibir la misma.

Ahora, la entidad dejó consignado en la Resolución SUB 171305 de 29 de junio de 2019 que: *“la efectividad de la presente prestación es a fecha de dictamen emitido por esta Administradora de pensiones COLPENSIONES No: ML-365- 2019 del 19 de marzo de 2019, atendiendo el concepto BZ_2014_10721634 de fecha 26 de diciembre de 2014 y como quiera que a marzo de 2019 la ciudadana se encontraba afiliada en el régimen subsidiado en salud, es decir **no registra incapacidades para dicho lapso de tiempo hasta la emisión del presente acto administrativo (...)**”* (fl.225 a 227, 11ExpedienteAdministrativo).

Asimismo, revisado el expediente administrativo aportado al proceso, en el que aparece la historia clínica de la demandante, el dictamen médico de pérdida de capacidad laboral, la historia laboral, y las solicitudes y resoluciones que resuelven la situación pensional de la actora, no se observa en parte alguna que la accionante haya percibido incapacidad, pues como quedó visto, se encontraba afiliada al régimen subsidiado a través de COMPARTA EPS-S (11ExpedienteAdministrativo).

Conforme a estas pruebas, estima la Sala que no existió fundamento legal ni jurisprudencial para negar el derecho a disfrutar de la pensión de invalidez causada en favor de la accionante, desde la fecha en que la entidad emitió el primer dictamen, esto es, desde el 11 de octubre de 2013, data en la que ya se encontraba afiliada al régimen subsidiado, sin que posteriormente le fuera cancelada incapacidad médica alguna, por lo que tiene derecho al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales causadas a partir de esa calenda, como acertadamente concluyó el juez de conocimiento.

ii) Prescripción

Frente a este tópico, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha explicado en lo referente a la forma como se debe dar aplicación al fenómeno extintivo de la prescripción frente a las mesadas pensionales de la pensión de invalidez, que el término de prescripción en materia de pensión de invalidez corre a partir del momento en que se hace exigible, esto es, desde la notificación del dictamen emitido por la autoridad competente que determine tal estado de afectación (Sentencia SL5703-2015, radicado No. 53600 del 06 de mayo de 2015).

En este orden de ideas, en el asunto que hoy ocupa la atención de la Sala, la fecha para comenzar a contabilizar el término trienal, no es otra que en la cual el dictamen de pérdida de capacidad laboral fue notificado, esto es el 28 de octubre de 2013 (fl.10), sin que se interpusieran recursos en contra del mismo y por tanto, el mismo quedó en firme y ejecutoriado y;

como quiera que la reclamación administrativa fue inicialmente presentada el 7 de noviembre de esa anualidad, interrumpiendo por una sola vez el fenómeno prescriptivo, negada por Resolución GNR 211855 del 11 de junio 2014, recurrida y confirmada mediante Resolución GNR 327968 del 23 de septiembre de 2014, notificada el 8 de octubre siguiente (fl.175), contaba desde ahí el término trienal para demandar; empero, presentó petición de nuevo estudio, solo el 6 de septiembre de 2018 (fl.183), esto es, por fuera del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la que por demás esta decir, no tiene el alcance suficiente para interrumpir por segunda vez el término prescriptivo, por cuanto se trata de un formato en el que no se indica cuál fue la petición y solo se aporta una hoja con el radicado que no contiene el objeto de las peticiones.

La demandante solicitó nuevamente la prestación el 14 de mayo de 2019, la que le fue reconocida por Resolución SUB 171305 de 29 de junio de 2019 (fls.215 a 229), decisión contra la que interpuso recurso de reposición, en subsidio de apelación, el 24 de julio de 2019, resueltos por Actos Administrativos SUB 215227 del 10 de agosto de 2019 y DPE 9175 del 5 de septiembre de 2019, confirmando la decisión (fls.243 a 256)⁵. Y, toda vez que la demanda fue presentada el 12 de agosto de 2020 (*01Secuencia*), se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 14 de mayo de 2016. En este entendido se modificará la decisión del *a quo*.

Bajo este panorama, es procedente ordenar el pago del retroactivo correspondiente a las mesadas causadas desde el 14 de mayo de 2016 hasta el 19 de marzo de 2019, que asciende a \$27'805.899,77, suma inferior a la reconocida por el Juzgado, por lo que la sentencia será modificada en este punto.

⁵ 11ExpedienteAdministrativo

Tabla de Retroactivo Pensional				
Fecha inicial	Fecha final	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
14/05/2016	31/12/2016	\$ 689.455	8,57	\$ 5.906.331,17
1/01/2017	31/12/2017	\$ 737.717	13	\$ 9.590.321,00
1/01/2018	31/12/2018	\$ 781.242	13	\$ 10.156.146,00
1/01/2019	19/03/2019	\$ 828.116	2,6	\$ 2.153.101,60
Total Retroactivo				\$ 27.805.899,77

iii) Intereses moratorios

Señala el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

No obstante, como quiera que en el presente asunto el reconocimiento de la prestación se hace con base en la aplicación del criterio jurisprudencial según el cual, respecto de las personas que padecen enfermedades congénitas, crónicas, degenerativas o, las ocasionadas por secuelas tardías al diagnóstico, debe tomarse en consideración, las semanas aportadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, siempre que se demuestre que el afiliado continuaba con capacidad para desarrollar un determinado rol o trabajo, la entidad será absuelta de reconocer intereses moratorios y, en este sentido se revocará la decisión de primer grado.

No se causan costas en el grado jurisdiccional ni en la instancia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

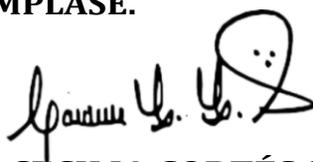
PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 18 de mayo de 2022, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, que quedará del siguiente tenor: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 14 de mayo de 2016. En consecuencia, se condena a la entidad demandada Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la demandante el retroactivo pensional correspondiente a las mesadas causadas desde el 14 de mayo de 2016 hasta el 19 de marzo de 2019, que asciende a la suma de \$27'805.899,77, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia revisada, para en su lugar, absolver de los intereses moratorios pretendidos, por lo aquí expuesto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

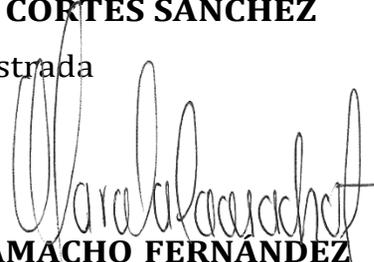
CUARTO: No se causan en este grado de jurisdicción, ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

(Salva Voto Parcial)



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

■

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ MYRIAM CASTAÑEDA GARCÍA
CONTRA COLPENSIONES Y OTROS**

RAD. 07-2020-00215-01

M.P. CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Con todo respeto hacia mis compañeros de sala, me distancio de los fundamentos que llevaron a la mayoría a concluir que no procede imponer costas de segunda instancia a la parte a la que se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, tal como se detallará a continuación.

Las costas procesales, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (C.G.P.), implican la condena a la parte vencida en un proceso, o a quien le sea desfavorable un recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia define las costas como "la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial" (Sentencia AL1906 del 6 de abril de 2016). Dichas costas incluyen dos conceptos distintos: (i) las expensas y (ii) las agencias en derecho. Este último concepto se refiere a la compensación por los gastos legales en los que incurrió la parte vencedora, incluso si no intervino directamente un profesional del derecho.

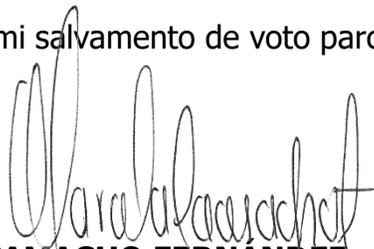
En este contexto, no hay duda alguna de que la condena en costas debió imponerse a la parte que presentó la apelación, ya que el recurso fue resuelto desfavorablemente por este Colegiado. Y Aunque es plausible argumentar, por un lado, que el proceso en cuestión no reviste una gran complejidad, dado que la solicitud principal se centraba el reconocimiento y pago del retroactivo de su pensión de invalidez, asunto que ha sido objeto de jurisprudencia vinculante a lo largo de varios años, y por otro lado, que este tribunal, pese a la interposición del recurso, estaba obligado a examinar el asunto en grado jurisdiccional de consulta, lo que implicaba abordar los temas materia de alzada, estas interpretaciones no pueden automáticamente eximir a la parte vencida de su responsabilidad, máxime cuando no constituyen causales para que el juez se abstenga de emitir condena a la luz del citado precepto.

Es pertinente destacar que el presupuesto contemplado en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. se encuentra plenamente respaldado en el presente caso, toda vez que el mandatario profesional tuvo una participación acuciosa en la causa, no solo en su parte sustantiva sino procesal, cuyo trámite implicó una inversión considerable de tiempo y reveló una atención diligente en defensa de los intereses de su poderdante, por lo que,

el gasto de apoderamiento debe ser debidamente compensado al actor, no solo como un reconocimiento justo, sino también como un respaldo a la noble y digna labor de los abogados, encontrándose en consecuencia, que las costas judiciales están efectivamente causadas y probadas.

En resumen, al considerarse las costas como una compensación por los gastos derivados de la atención de un proceso judicial y como una obligación procesal dirigida contra el patrimonio de la parte vencida, se evidencia que no existen fundamentos en este caso que permitan exonerar a la parte apelante de dicha responsabilidad, dado que su recurso no fue exitoso.

En los anteriores términos dejo plasmada mi salvamento de voto parcial.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 008 2019 00740 01
DEMANDANTE: CAMPO ELIECIER PEÑA PEREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y LA NACIÓN -MINISTERIO DE
DEFENSA NACIONAL.

Bogotá, D.C., primero (1º) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de agosto de 2022. Igualmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la Nación y Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a la Nación Ministerio de Defensa, a emitir y pagar el bono pensional en su favor y depositarlo en la ya citada Colpensiones. Asimismo, se condene a esta última, a efectuar la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez junto con los intereses moratorios vistos en el artículo 10 del Decreto 1299 de 1994 o bien la indexación correspondiente. Se condene a las demandadas a reconocer los derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y, las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 8 de diciembre de 1949, cumpliendo 62 años de edad en el año 2011. Prestó sus servicios

a la Nación Ministerio de Defensa Nacional desde el 11 de agosto de 1972 al 30 de junio de 1984 a través de su vinculación como Agente de la Policía Nacional. Posteriormente, se afilió a Colpensiones y cotizó 68 semanas entre los años 2013 y enero 2014. Radicó en la Administradora Colombiana de Pensiones el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva y dicha entidad se la reconoció mediante la Resolución GNR 233317 de 21 de junio de 2014 en cuantía de \$540.302 pesos, esto por cuanto no tuvo en cuenta el tiempo de servicio a la Policía Nacional. Al estar en desacuerdo con la decisión vista en la resolución anotada, presentó reliquidación de su indemnización sustitutiva el 14 de febrero de 2019 pero la entidad a la fecha de presentación de la demanda no había resuelto en sentido positivo o negativo. Aduce que también presentó solicitud formal a la Nación Ministerio de Defensa, para que dicha corporación emitiera y pagara el Bono pensional Tipo B generado por el tiempo de servicios a la Policía Nacional, no obstante tampoco obtuvo respuesta a su petición, no obstante, aporta como prueba¹ los formatos 1, 2 y 3B denominados como Certificado de Información laboral, Certificación de salario base y certificación de salario mes a mes firmados por Sandra Bibiana Garro Ramírez, quien ostenta el cargo de Teniente Coronel y jefe del área de archivo general.

Al dar respuesta a la demanda, COLPENSIONES se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Frente a los hechos, aceptó la data de nacimiento del actor, el relacionado con la afiliación del accionante a esa administradora y la información contenida en le primera resolución expedida por esta entidad. Frente a los demás hechos señaló no ser ciertos o no constarle y aclaro que la solicitud de reliquidación presentada por el actor en el año 2019 ya fue contestada de forma negativa por no estar ajustada a derecho, mediante la expedición de la Resolución No. SUB124481 de 2019. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de falta de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y la declaratoria de otras excepciones que en el curso del proceso se hallen probadas. Fundamentó que gestionó de manera oportuna la solicitud del demandante y procedió negando la reliquidación de la indemnización

¹ Folios 8 a 16 del Archivo PDF 01 Expediente

sustitutiva porque, según no corresponde a Colpensiones efectuar tal reconocimiento sino a la “Caja de previsión Social” a la cual haya cotizado o se le haya reportado tiempos laborados por el actor en aplicación a las disposiciones contenidas en el Decreto 1730 de 2001².

Por su parte, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional guardó silencio y por ende, frente a esta demandada, la acción ordinaria se tuvo por no contestada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de agosto de 2022, resolvió³:

PRIMERO: CONDENAR PRIMERO: CONDENAR a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL para que realice todos los trámites pertinentes para que le sea reconocido el Bono pensional TIPO B al demandante señor CAMPO ELIECER PEÑA PÉREZ y con destino a COLPENSIONES por los periodos laborados al servicio de la Policía Nacional comprendidos entre el 11 de agosto de 1972 al 30 de junio de 1984, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reliquidar y pagar al demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, debidamente indexada, incluyendo los periodos laborados del actor comprendida entre el 11 de agosto de 1972 al 30 de junio de 1984 conforme lo expuesto.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir propuestas por Colpensiones, relevándose el Despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos invocados.

CUARTO: Costas en esta instancia, a cargo de la demanda COLPENSIONES liquídense por Secretaría, fijando como agencias en derecho la suma de \$ 500.000 mil pesos.

QUINTO: Como quiera que la decisión resulta adversa a los intereses de la parte demandada COLPENSIONES, el despacho remitirá las diligencias al honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta

En sustento de su decisión, indicó que, el accionante tenía un derecho legítimamente amparado normativamente por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, artículo 2.2.4.5.2 del Decreto único 1833 de 2016 que compiló el decreto 1730 de 2001 y también el Decreto 1314 de 1994, que

² Expediente digital, archivo 01 expediente, folios 36 a 48.

³ Expediente digital, carpeta digital: 11Audiencia 10agosto2022.

de manera clara establecen que debe tenerse en cuenta todas las cotizaciones y tiempos de servicios para resolver las peticiones de los aspirantes a una pensión o indemnización sustitutiva, máxime cuando probó que dichos tiempos al servicio de la Policía Nacional son legítimos y así lo certificó la Institución. Expresó también que no puede ser un obstáculo para la pretensión principal, el que ya se haya reconocido una indemnización parcial dado que, precisamente ese es el objeto de la causa ordinaria adelantada por el señor Peña Pérez.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones, interpuso recurso de apelación, en el cual insistió en el argumento de defensa plasmado en la contestación de la demanda, esto es que expresa disposición del artículo 2 del Decreto 1730 de 2001 que dispone que "Cada Administradora del Régimen de Prima Media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado", por lo que consideran e interpretan que los tiempos laborados por el actor en entidades que cotizaron en fondos o cajas diferentes del extinto Instituto de Seguro Social o de COLPENSIONES, la indemnización sustitutiva deberá ser reclamada ante cada caja o fondo donde se hayan efectuado sus cotizaciones.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a la Nación – Ministerio de Defensa y Colpensiones, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si el accionante tiene derecho a la reliquidación de la indemnización sustitutiva correspondiente al bono pensional teniendo en cuenta para ello, los tiempos de servicios prestados a la Nación Ministerio de Defensa, dada su vínculo con la Policía Nacional

o si por el contrario, no le asiste derecho al reconocimiento del Bono pensional tipo B generado por los tiempos de servicio vistos en la Certificación electrónica de tiempos laborados allegado por la Policía Nacional⁴.

Para dilucidar el problema jurídico resulta pertinente indicar que se encuentra probado que: **(i)** el demandante nació el 8 de diciembre de 1949, cumpliendo la edad de 62 años, el mismo día y mes del año 2011 (*copia de cédula de ciudadanía, fl.7 PDF "01Expediente"*); **(ii)** prestó sus servicios como Agente a la Policía Nacional, reportando tiempos laborados al Ministerio de Defensa Nacional del 11 de agosto de 1972 al 30 de junio de 1984, (*certificado de información laboral, fls.8 a 16*); y **(iii)** se encontraba afiliado al régimen de prima media con prestación definida, a través de Colpensiones, desde el 8 de diciembre de 2013 debidamente reconocida por Colpensiones, entidad que incluso ya expidió resoluciones de reconocimiento de indemnización sustitutiva (*resolución GNR 233317 de 21 de junio de 2014. fl.17 a 20 de la carpeta "01Expediente"*).

Así mismo, el accionante solicitó el reconocimiento de prestación económica de indemnización sustitutiva, la cual fue reconocida teniendo únicamente los aportes realizados por 68 semanas, directamente a Colpensiones entre los años 2012 a 2014, bajo el argumento de ser los únicos tiempos y aportes debidamente acreditados.

Frente al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, conforme al artículo 37 de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a esa prestación aquellos afiliados que alcancen las edades mínimas para acceder a la pensión de vejez y no tengan el número mínimo de semanas exigidas para consolidar el derecho a una pensión por lo menos igual al salario mínimo. Además, el artículo 13 de la citada Ley 100 de 1993 dispone que las pensiones y prestaciones como en este caso la indemnización sustitutiva tendrán en cuenta *"(...) la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de **servicio como servidores públicos**, cualquiera sea el número de semanas*

⁴ Certificación allegada e incorporada en el expediente digital PDF "05RtaPoliciaNacional740"

cotizadas o el tiempo de servicio.”, lo cual es desde luego consonante con el artículo 2.2.4.5.2 del Decreto único reglamentario del sector Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Desde luego, al tratarse de una discordia generada por la ausencia u omisión en el reconocimiento de tiempos certificados por la Nación Ministerio de Defensa, debe acudirse a las interpretaciones dadas por el Decreto 1314 de 1994 en el cual se compilan las normas para la emisión y redención de los bonos pensionales por traslado de servidores públicos al régimen de prima media con prestación definida.

Esta norma, acertadamente concluyó que: i) hay lugar a Bono pensional cuando la persona que prestó sus servicios al Estado se traslada a un fondo o administrador de pensiones; ii) hay un emisor que en este caso es la Nación Ministerio de Defensa, iii) se acreditan los requisitos para su redención y, iv) el Bono pensional también aplica y se tiene en cuenta para liquidar la indemnización sustitutiva que reclamen los afiliados al sistema general de pensiones.

Y es que, para la controversia que presenta el señor Peña Pérez, evidentemente existió una afiliación al régimen de prima media administrado por Colpensiones, el cual, si bien se dio posterior al cumplimiento de los 62 años, esta fue aceptada por la demandada Colpensiones, quien incluso ya reconoció una indemnización parcial, pues evidentemente no incluyó el Bono al que legítimamente tiene derecho el demandante al acreditar sus servicios a la Nación, por lo que, es comprensible que, al notar la ausencia de estos tiempos debidamente redimidos en lo que conocemos como Bono Tipo B⁵, presentara reclamación a la última entidad o fondo a la que se afilió para que ésta tramitara y efectuara su correspondiente liquidación, máxime cuando de éste se aportaron pruebas tales como el certificado de salarios y la certificación electrónica de tiempos laborados las cuales no fueron refutadas o tachadas por los extremos demandados.

⁵ Artículo 2.2.16.1.1.del Decreto 1833 de 2016

En sentencia SL451-2013, rememorada en providencia SL 2649 de 2020, al abordar un asunto de similares contornos al que ahora ocupa la atención del Tribunal, la Corte Suprema de Justicia puntualizó:

“En lo que se refiere al argumento según el cual, de los artículos 113, 115 y 120 de la Ley 100/1993 se desprende, como requisito indispensable, tener derecho a la pensión de vejez para poder establecer si es necesaria la expedición del bono pensional, valga recordar que el artículo 11 del Decreto 1299 de 1994 prevé que «(...) el bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.- Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional. 2.- Cuando se cause la pensión de invalidez de sobrevivencia. 3.- cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993». A su vez, según el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 los bonos pensionales deben ser incluidos dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado, a través de la devolución de saldos.

*De acuerdo con tales disposiciones, el raciocinio del censor es infundado, dado que **el bono pensional no está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez, por lo que no es indispensable tener derecho a la misma para que sea posible su emisión, como equivocadamente se denuncia en el cargo.**”* Negrillas de la Sala.

Bajo este panorama, es perfectamente válido concluir que el promotor del juicio tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva contemplada en el régimen de prima media, la cual debe incluir el bono pensional que representa los tiempos de servicio a la Policía nacional debidamente certificados por la Nación Ministerio de Defensa, con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Resulta claro entonces, que COLPENSIONES por ser la última entidad a la que estuvo afiliado el demandante y la que ya hizo un reconocimiento parcial de la indemnización sustitutiva, es la llamada a reliquidar esta prestación incluyendo en su cálculo la información contenida en la certificación electrónica de tiempos laborados incorporada en el expediente digital en el archivo PDF denominado “05RtaPoliciaNacional740”, información que independientemente que no haya conocido al momento de proferir la resolución GNR233317 de 21 de junio de 2014, lo cierto es que ya está en su radar y por ende, el no tenerla en cuenta vulneraría la calidad de servidor público que prestó servicios a la Nación, a través de la Policía Nacional por un tiempo considerable equivalente a doce años los cuales ya están debidamente certificados.

En el mismo sentido, al amparo de las anteriores reflexiones, es claro que el Ministerio de Defensa Nacional a través de su Oficina de Bonos Pensionales, es la llamada a emitir y pagar el bono pensional, para que Colpensiones pueda generar la reliquidación solicitada en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el Artículo 63 del Decreto 1748 de 1994 (adicionado por el art. 22 del Decreto Nacional 1474 de 1998, modificado por el art. 26, Decreto Nacional 1513 de 1998), por lo que el fallo analizado será confirmado.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y en todo caso, atendidos los argumentos de apelación de la demandada Colpensiones, esta Colegiatura confirmará la decisión analizada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta, ni en la apelación ante su no causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de agosto de 2022 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: Sin costas en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
(Salva Voto Parcial)



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

■

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CAMPO ELIECER PEÑA PÉREZ CONTRA COLPENSIONES Y OTROS

RAD. 08-2019-00740-01

M.P. CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Con todo respeto hacia mis compañeros de sala, me distancio de los fundamentos que llevaron a la mayoría a concluir que no procede imponer costas de segunda instancia a la parte a la que se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, tal como se detallará a continuación.

Las costas procesales, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (C.G.P.), implican la condena a la parte vencida en un proceso, o a quien le sea desfavorable un recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia define las costas como "la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial" (Sentencia AL1906 del 6 de abril de 2016). Dichas costas incluyen dos conceptos distintos: (i) las expensas y (ii) las agencias en derecho. Este último concepto se refiere a la compensación por los gastos legales en los que incurrió la parte vencedora, incluso si no intervino directamente un profesional del derecho.

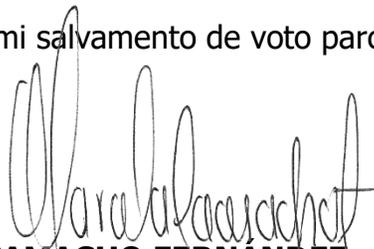
En este contexto, no hay duda alguna de que la condena en costas debió imponerse a la parte que presentó la apelación, ya que el recurso fue resuelto desfavorablemente por este Colegiado. Y Aunque es plausible argumentar, por un lado, que el proceso en cuestión no reviste una gran complejidad, dado que la solicitud principal se centraba en ordenar la emisión y pago del bono pensional y la reliquidación de la pensión, y por otro lado, que este tribunal, pese a la interposición del recurso, estaba obligado a examinar el asunto en grado jurisdiccional de consulta, lo que implicaba abordar los temas materia de alzada, estas interpretaciones no pueden automáticamente eximir a la parte vencida de su responsabilidad, máxime cuando no constituyen causales para que el juez se abstenga de emitir condena a la luz del citado precepto.

Es pertinente destacar que el presupuesto contemplado en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. se encuentra plenamente respaldado en el presente caso, toda vez que el mandatario profesional tuvo una participación acuciosa en la causa, no solo en su parte sustantiva sino procesal, cuyo trámite implicó una inversión considerable de tiempo y reveló una atención diligente en defensa de los intereses de su poderdante, por lo que,

el gasto de apoderamiento debe ser debidamente compensado al actor, no solo como un reconocimiento justo, sino también como un respaldo a la noble y digna labor de los abogados, encontrándose en consecuencia, que las costas judiciales están efectivamente causadas y probadas.

En resumen, al considerarse las costas como una compensación por los gastos derivados de la atención de un proceso judicial y como una obligación procesal dirigida contra el patrimonio de la parte vencida, se evidencia que no existen fundamentos en este caso que permitan exonerar a la parte apelante de dicha responsabilidad, dado que su recurso no fue exitoso.

En los anteriores términos dejo plasmado mi salvamento de voto parcial.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 008 2023 00016 01
DEMANDANTE: IVAN PABLO GUTIERREZ PABLO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

Bogotá, D.C., primero (01) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A contra la sentencia proferida por El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 19 de octubre de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación y traslado de régimen de pensiones, en julio de 1997, a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, se condene Protección y a Porvenir S.A. retornar los aportes realizados, los bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos a Colpensiones y, a mantenerla como afiliada sin solución de continuidad en el RPM; asimismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales entre abril de 1986 y julio de 1997, data en la que, fue visitado por un asesor de la AFP Protección S.A., quien le informó que el ISS se iba a acabar y si continuaba afiliado a esa entidad, acabaría perdiendo sus

cotizaciones y podría perder su derecho pensional. Además le indicó que en el fondo privado tendría mayores rendimientos y podría pensionarse en cualquier momento. Aduce que, no se le informó acerca de los requisitos para pensionarse, que podría retractarse, o sobre aportes voluntarios, pensión anticipada. En el mes de octubre del año 2000, decidió trasladarse a la AFP Porvenir S.A., oportunidad en la que, tampoco recibió la asesoría suficiente que le permitiera tomar una decisión informada. Reclamó ante las demandadas su inconformismo y solicitó la nulidad de su traslado, obteniendo como respuesta, que para la fecha no estaban obligados a ello. Finalmente, solicitó el traslado ante Colpensiones, quien respondió no ser procedente (archivo 02, fls.1 a 12).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la petición de traslado que presentó el demandante y su respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló como excepciones de mérito, prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y, las declarables de oficio. Argumentó en su defensa que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que se corrobora con la suscripción del formulario, conforme a las exigencias legales y normativas vigentes para la época; el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y; está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad (archivo 11 fls.2 a 13).

La AFP Protección S.A., se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos admitió la suscripción del formulario de afiliación a esta AFP y, las peticiones presentadas con sus respectivas respuestas. Manifestó que los restantes no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua

en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento, y las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible al demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPMY por el contrario, se vinculó a otra administradora de fondos de pensiones privadas (archivo 13 fls.3 a 21).

La AFP Porvenir S.A. rechazó las peticiones de la demanda. Respecto de los hechos aceptó la afiliación del actor a esa AFP, así como las reclamaciones elevadas y su respuesta negativa, manifestando que los restantes no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de mérito 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, En su defensa expuso que la Ley 100 de 1993, no estableció ninguna obligación para las administradoras del sistema de pensiones en materia de suministro de información, lo que solo se hizo exigible a partir del año 2016, sin que dichas normas sean retroactivas. La ineficacia implica que el acto nunca existió y, por lo tanto, el afiliado solo tendría derecho a que se le devuelvan las cotizaciones, toda vez que recibir otros emolumentos afectaría la figura de la restitución e incrementaría el patrimonio de la parte actora, afectando el de la demandada (archivo 12 fls.2 a 28).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 19 de octubre de 2023 (archivo 24), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional del señor IVAN PABLO GUTIERREZ CUADRO realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 10 de junio de 1997, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor IVAN PABLO GUTIERREZ CUADRO, conforme a lo señalado.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PROTECCION y PORVENIR, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor IVAN PABLO GUTIERREZ CUADRO, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y PROTECCION, que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional del actor.

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada PROTECCION y PORVENIR, liquídense por Secretaría, fijando como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas, la suma de \$1.160.000 para cada una de ellas.

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que, al momento del traslado, ni durante la vinculación, brindó al accionante información adecuada, oportuna y suficiente que le permitiera conocer las implicaciones de su decisión de trasladarse.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y Porvenir, recurrieron la decisión. Porvenir S.A. señala que de conformidad con el interrogatorio vertido por el demandante, nunca hubo participación de parte de los asesores de ninguna de las administradoras y, lo que en realidad debe reprocharse es la conducta que desplegó su empleador, quien vulneró el derecho a la libre escogencia del régimen pensional. En ese orden solicita se tenga en cuenta que la AFP actuó de buena fe y por ello no es aceptable exigirle el cumplimiento del deber de información. Reprocha también la condena por pago de administración e indexación, señalando que los gastos de administración y demás dineros frente a los cuales se ordenó el traslado, diferentes a los obrantes en la cuenta individual del actor, conllevaron un manejo seguro de sus aportes; los recursos destinados al aseguramiento no están en poder de la administradora, añadió que los rendimientos

generados compensan la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, lo que además conlleva un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; estimó que estos gastos de administración al no financiar la prestación económica son susceptibles de prescripción. Solicitó se revoque la condena en costas, insistiendo para ello en que la administradora actuó de buena fe.

Por su parte, Colpensiones arguye que, con la declaratoria de ineficacia, se vulneran los derechos de la entidad, que es un tercero de buena fe, en tanto las faltas y omisiones advertidas son atribuibles a los fondos privados; además se violenta el principio de sostenibilidad del sistema pensional que administra Colpensiones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la demandante.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen

de la demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones desde el 21 de abril de 1986 al 31 de julio de 1997 (archivo 04 fls. 94 a 99); fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 10 de junio de 1997 (archivo 04 fls. 82); posteriormente, se trasladó de manera horizontal a la AFP Porvenir S.A, el

1 de octubre de 2000 (archivo 12, fl. 31), a la que se encuentra afiliado actualmente.

Al absolver interrogatorio, el demandante señaló que para la fecha del traslado, su empleador en la ciudad de Barranquilla le dijo que diligenciara y firmara el formulario de afiliación a ING hoy Protección, sin ninguna explicación adicional. La AFP no le brindó asesoría en ningún momento. Posteriormente cambió de trabajo y se presentó similar situación, en que su nuevo empleador le pidió que diligenciara formulario de afiliación a Porvenir S.A. Como notaba que se le efectuaban los descuentos, nunca se acercó a ninguna de las administradoras para indagar sobre las características del régimen privado o las condiciones para pensionarse.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Protección faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Porvenir S.A., administradora a la que se encuentra actualmente afiliado el accionante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Porvenir S.A de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros 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 SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será modificada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Porvenir de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, trasladar todos los recursos obrantes en la cuenta individual de la demandante, mientras ésta estuvo afiliada a dicho fondo.

Finalmente, impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Es de anotar, dado que la pretensión de ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de octubre de 2023, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Asimismo, **CONDENAR** a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
(Salva Voto Parcial)


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE IVÁN PABLO GUTIÉRREZ PABLO CONTRA COLPENSIONES Y OTROS

RAD. 08-2023-00016-01

M.P. CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Con todo respeto hacia mis compañeros de sala, me distancio de los fundamentos que llevaron a la mayoría a concluir que no procede imponer costas de segunda instancia a la parte a la que se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, tal como se detallará a continuación.

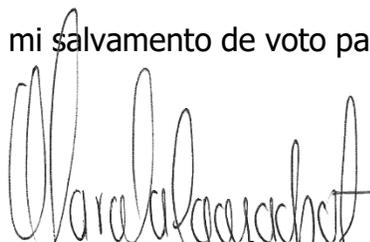
Las costas procesales, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (C.G.P.), implican la condena a la parte vencida en un proceso, o a quien le sea desfavorable un recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia define las costas como "la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial" (Sentencia AL1906 del 6 de abril de 2016). Dichas costas incluyen dos conceptos distintos: (i) las expensas y (ii) las agencias enderecho. Este último concepto se refiere a la compensación por los gastos legales en los que incurrió la parte vencedora, incluso si no intervino directamente un profesional del derecho.

En este contexto, no hay duda alguna de que la condena en costas debió imponerse a la parte que presentó la apelación, ya que el recurso fue resuelto desfavorablemente por este Colegiado. Y Aunque es plausible argumentar, por un lado, que el proceso en cuestión no reviste una gran complejidad, dado que la solicitud principal se centraba en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la devolución de aportes al Régimen de prima media con prestación definida, asunto que ha sido objeto de jurisprudencia vinculante a lo largo de varios años, y por otro lado, que este tribunal, pese a la interposición del recurso, estaba obligado a examinar el asunto en grado jurisdiccional de consulta, lo que implicaba abordar los temas materia de alzada, estas interpretaciones no pueden automáticamente eximir a la parte vencida de su responsabilidad, máxime cuando no constituyen causales para que el juez se abstenga de emitir condena a la luz del citado precepto.

Es pertinente destacar que el presupuesto contemplado en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. se encuentra plenamente respaldado en el presente caso, toda vez que el mandatario profesional tuvo una participación acuciosa en la causa, no solo en su parte sustantiva sino procesal, cuyo trámite implicó una inversión considerable de tiempo y reveló una atención diligente en defensa de los intereses de su poderdante, por lo que, el gasto de apoderamiento debe ser debidamente compensado al actor, no solo como un reconocimiento justo, sino también como un respaldo a la noble y digna labor de los abogados, encontrándose en consecuencia, que las costas judiciales están efectivamente causadas y probadas.

En resumen, al considerarse las costas como una compensación por los gastos derivados de la atención de un proceso judicial y como una obligación procesal dirigida contra el patrimonio de la parte vencida, se evidencia que no existen fundamentos en este caso que permitan exonerar a la parte apelante de dicha responsabilidad, dado que su recurso no fue exitoso.

En los anteriores términos dejo plasmada mi salvamento de voto parcial.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 010 2022 00118 01
DEMANDANTE: CARLOS EDUARDO MALDONADO VELOSA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSINONES Y CESANTIAS.

Bogotá, D.C., primero (01) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Colfondos, contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de noviembre de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen de pensiones, en julio de 1996, a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. y a Protección S.A. retornar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, gastos de administración y demás dineros aportados durante todo el tiempo que ha estado afiliado al régimen de ahorro individual; asimismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que en octubre de 1983 se afilió al régimen de prima media con prestación definida; en julio de 1996

recibió la visita de un asesor de Colfondos en su lugar de trabajo. Señala que el asesor comercial de la AFP no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaba tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como en el del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en especial no se realizó un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de Régimen Pensional; sin recibir la información técnica suficiente, firmó el formulario de afiliación a la AFP; en el mes de junio de 1998 se trasladó a la AFP Davivir S.A. hoy Protección S.A., oportunidad en la que tampoco recibió información técnica, adecuada y suficiente, respecto a las características del régimen privado y mucho menos respecto a su situación pensional en concreto. Elevó solicitud de nulidad del traslado ante las accionadas, que fueron atendidas negativamente (archivo 1, fls. 1 a 20).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación del demandante al RPM y su traslado al régimen de ahorro individual, la petición elevada y su respectiva respuesta. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos formales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las declarables en forma oficiosa. Argumentó que el demandante se trasladó de manera voluntaria y no se configuró ningún vicio de consentimiento; además está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad (archivo 10 fls. 2 a 12).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la afiliación a esta AFP, la petición elevada y su respuesta negativa. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto,

reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, la innominada. En su defensa expuso que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, conforme de evidencia en el formulario de afiliación mediante el cual manifestó su voluntad, se brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca hizo ejercicio de la facultad de regresar al RPM y la variación del monto de pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, de igual manera se resalta que la acción pretendida se encuentra prescrita, y el desconocimiento de la ley no es excusa de su cumplimiento. (archivo 11fls. 03 a 23).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Aceptó que la afiliación del demandante y la petición presentada, así como su respuesta negativa. Frente a los demás hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y, las demás declarables en forma oficiosa. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea del demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, el actor no es beneficiario del régimen de transición (archivo 09, fls. 2 a 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 30 de noviembre de 2023 (archivo 25AudioAudiencia), resolvió:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación del demandante señor CARLOS EDUARDO MALDONADO VELOSA, a la sociedad COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, el día 04/07/1996, y la subsiguiente afiliación a DAVIVIR S.A. el día 17/06/1998, y por ende, la afiliación por fusión a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. el día 31/12/2012 proveniente de ING quien había sido afiliado por el fondo DAVIVIR, por el incumplimiento del deber de información de dar a conocer las características de los regímenes pensionales, ventajas, desventajas y específicamente las consecuencias de traslado de régimen pensional en el derecho de pensión del demandante, por ende, se declara ineficaz el traslado de régimen de prima media la régimen de ahorro individual con solidaridad realizado por el demandante, se ordena el regreso automático de su afiliación sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES como si nunca se hubiere trasladado, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a restablecer la afiliación del demandante CARLOS EDUARDO MALDONADO VELOSA al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad como si nunca se hubiera trasladado, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. a hacer la devolución con destino al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, de todas las sumas que existen en la cuenta individual del demandante correspondiente a cotizaciones, intereses, frutos, rendimientos como lo establece el artículo 1746 del C.C., y también hacer la devolución correspondiente a los gastos de administración descontados al demandante durante su vinculación, correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentajes de garantía de pensión mínima con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, teniendo para este efecto, que entregar a COLPENSIONES los documentos correspondientes a pagos efectivos de esas sumas por concepto del demandante señor CARLOS EDUARDO MALDONADO VELOSA, y que den cuenta de la información correspondiente a los ciclos o periodos cotizados, ingreso base de cotización, rendimientos, frutos generados y, las sumas correspondientes a los descuentos de gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes de garantía de pensión mínima, para que COLPENSIONES pueda revisar que efectivamente se hace la devolución en los términos establecidos en la sentencia. Para esta devolución se le otorga a la AFP PROTECCION el término de quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia de conformidad a la parte considerativa de esta sentencia.

CUARTO: Se CONDENAN a la AFP COLFONDOS a realizar con destino al régimen de prima media la devolución de todas las sumas recibidas durante la vinculación del demandante CARLOS EDUARDO MALDONADO VELOSA, correspondientes a gastos de administración, sumas de seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados con destino al régimen de prima media, acompañado de las documentales que le permitan establecer a COLPENSIONES cuales fueron las sumas descontadas al demandante por estos conceptos y que se hace la devolución en los términos indicados en la sentencia, de conformidad a la parte motiva de la providencia. Se le otorga el término de quince (15) días hábiles a COLFONDOS, a la ejecutoria de esta sentencia para que haga la devolución ordenada.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a de manera inmediata a la ejecutoria de esta providencia registre en la historia laboral para efectos pensionales, las semanas cotizadas por CARLOS EDUARDO MALDONADO VELOSA en la historia laboral de COLPENSIONES, las que cotizó en el régimen de ahorro individual con solidaridad y así mismo se le condena a revisar una vez ingresen las sumas

provenientes de COLFONDOS y PROTECCION, que se haga la devolución en los términos indicados en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a AFP COLFONDOS, AFP PROTECCION y Colpensiones a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo como agencias en derecho la suma de \$ 1.150.000 a cargo de COLFONDOS, y a cargo de Colpensiones y PROTECCION por concepto de Agencias en Derecho la suma de \$ 350.000.

OCTAVO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por condenas a Colpensiones, según art 69 cpt y ss.

Como sustento de su decisión, señaló que no logró la AFP demostrar que cumplió con su deber de información y buen consejo, específicamente de dar esas características de los dos regímenes pensionales y cómo operaba cada uno, para que el afiliado pudiera tomar una decisión informada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colfondos S.A., recurrió la sentencia. Refiere que en el presente proceso no se ha establecido la responsabilidad de la AFP por ello no es aceptable hacer devolución de los gastos de administración; el demandante no se vio afectado por el cobro de esos conceptos, si hubiera estado afiliado al RPM también se le hubiera descontado un 3% por este concepto y su no devolución, no afecta el monto de la prestación pensional que le corresponda al demandante; las primas de seguro no entran al patrimonio de la administradora, pero la AFP tampoco cuenta con ese monto, en tanto únicamente actúa como intermediaria; además, la aseguradora siempre asumió los riesgos de invalidez y muerte del asegurado. Frente a la indexación solicitó se absuelva a la AFP, en tanto su actuar siempre estuvo revestido de buena fe.

Inconforme Colpensiones reprocha la condena en costas y agencias de derecho, aduciendo que como entidad del Estado no tiene un rubro destinado a esta condena, por lo cual es un dinero que sale de los valores que financian el sistema de pensiones, lo que genera un detrimento al patrimonio de los pensionados. Igualmente, Colpensiones no tuvo

injerencia alguna frente al acto del traslado y, ha actuado siempre de buena fe.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el demandante.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos*

los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al

afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 5 de marzo de 1985 al 30 de junio de 1996 (archivo 10fls. 15 a 17); fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación del 4 de julio de 1996 (archivo 09 fl.27).

Al absolver interrogatorio, el demandante señaló que se trasladó a Colfondos para el año 1996, cuando la empresa donde trabajaba fue visitada por un promotor de Colfondos S.A., adelantó una reunión que duró alrededor de treinta minutos y les dijo que el Seguro Social estaba en crisis que tendía a desaparecer, pero que los aportes a pensiones estaban seguros al trasladarse al fondo; podían recibir una mesada superior a la que recibirían por parte del ISS, era posible pensionarse antes de tiempo y, era una compañía muy sólida que garantizaba su derecho pensional; sin embargo, no les explicó las diferencias entre regímenes. El formulario lo

diligenció el asesor, pero él no se sintió presionado para firmar el formulario.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Colfondos faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 a 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Colfondos S.A., deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). Por tanto, la sentencia se confirmará en este aparte.

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y, así se indicará en la parte resolutive de esta sentencia.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le

resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, recibir recursos e imputarlos a la historia laboral del demandante.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 30 de noviembre de 2023, en el sentido de **DECLARAR** que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Magistrada

(Salva Voto Parcial)



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS EDUARDO MALDONADO VELOSA CONTRA COLPENSIONES Y OTROS

RAD. 10-2022-00118-01

M.P. CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Con todo respeto hacia mis compañeros de sala, me distancio de los fundamentos que llevaron a la mayoría a concluir que no procede imponer costas de segunda instancia a la parte a la que se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, tal como se detallará a continuación.

Las costas procesales, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (C.G.P.), implican la condena a la parte vencida en un proceso, o a quien le sea desfavorable un recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia define las costas como "la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial" (Sentencia AL1906 del 6 de abril de 2016). Dichas costas incluyen dos conceptos distintos: (i) las expensas y (ii) las agencias enderecho. Este último concepto se refiere a la compensación por los gastos legales en los que incurrió la parte vencedora, incluso si no intervino directamente un profesional del derecho.

En este contexto, no hay duda alguna de que la condena en costas debió imponerse a la parte que presentó la apelación, ya que el recurso fue resuelto desfavorablemente por este Colegiado. Y Aunque es plausible argumentar, por un lado, que el proceso en cuestión no reviste una gran complejidad, dado que la solicitud principal se centraba en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la devolución de aportes al Régimen de prima media con prestación definida, asunto que ha sido objeto de jurisprudencia vinculante a lo largo de varios años, y por otro lado, que este tribunal, pese a la interposición del recurso, estaba obligado a examinar el asunto en grado jurisdiccional de consulta, lo que implicaba abordar los temas materia de alzada, estas interpretaciones no pueden automáticamente eximir a la parte vencida de su responsabilidad, máxime cuando no constituyen causales para que el juez se abstenga de emitir condena a la luz del citado precepto.

Es pertinente destacar que el presupuesto contemplado en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. se encuentra plenamente respaldado en el presente caso, toda vez que el mandatario profesional tuvo una participación acuciosa en la causa, no solo en su parte sustantiva sino procesal, cuyo trámite implicó una inversión considerable de tiempo y reveló una atención diligente en defensa de los intereses de su poderdante, por lo que, el gasto de apoderamiento debe ser debidamente compensado al actor,

Radicación n.º110013105 010 2022 00118 01.
no solo como un reconocimiento justo, sino también como un respaldo a la noble y digna labor de los abogados, encontrándose en consecuencia, que las costas judiciales están efectivamente causadas y probadas.

En resumen, al considerarse las costas como una compensación por los gastos derivados de la atención de un proceso judicial y como una obligación procesal dirigida contra el patrimonio de la parte vencida, se evidencia que no existen fundamentos en este caso que permitan exonerar a la parte apelante de dicha responsabilidad, dado que su recurso no fue exitoso.

En los anteriores términos dejo plasmada mi salvamento de voto parcial.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 011 2020 00520 01
DEMANDANTE: ARNOLDO FLÓREZ VELÁSQUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., primero (01) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de octubre de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende el reconocimiento y pago de la pensión por vejez, con régimen de transición, a partir del 25 de marzo del 2010; las mesadas retroactivas; los intereses moratorios; lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 25 de marzo de 1954. Laboró del 1 de abril de 1974 al 31 de agosto de 1989, con el empleador *RICARDO GARCÍA GARRIDO*, propietario del establecimiento de comercio Centro Profesional de Cosmetología de Colombia, realizando ensamble, mantenimiento y reparación de equipos de belleza y; alternamente laboró para diferentes empleadores entre el 16 de octubre de 1976 y el 30 de agosto de 1988. Para la entrada en vigencia de la ley 100

de 1993, contaba con 44 años de edad y 762,32 semanas laboradas y, para marzo de 2010, contaba con 60 años y 1.100 semanas cotizadas.

En 2010 solicitó su historial de aportes, en el que observó que su empleador Ricardo García Garrido solo efectuó aportes hasta diciembre de 1974, por lo que solicitó la corrección de su historia laboral y continuó cotizando. El 27 de diciembre de 2016 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, la que le fue negada por no acreditar los requisitos; decisión contra la cual interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron resueltos confirmando la negativa.

Por lo anterior, buscó al señor Ricardo García Garrido, para solicitarle el pago de las cotizaciones adeudadas, encontrando que el mismo fue declarado interdicto desde agosto de 2015, habiéndosele designado como su curadora, a la hermana, señora Fabiola García Garrido; quien radicó ante Colpensiones solicitud de liquidación de deuda, adjuntando la sentencia judicial de declaración de interdicción; ante lo que la entidad respondió que podía realizarlo a través de la Web; no obstante, la señora García garrido es una adulta mayor, quien manifiesta no entender cómo se realizan los trámites virtuales; por lo que en enero de 2019, nuevamente solicitó se le informara el valor a pagar por omisión de pagos de aportes del ex-trabajador, a lo que la entidad respondió que debía acreditar el interés legítimo de la petición mediante poder debidamente conferido (fls.1 a 11¹).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Frente a los hechos manifestó ser cierto que en el trámite de la corrección de histórico laboral, el demandante continuó realizando aportes al sistema; la solicitud de reconocimiento de la prestación por vejez, la resolución que la negó por las razones expuestas, los recursos impetrados, la confirmación de la negativa, la solicitud de liquidación de deuda presentada por la señora Fabiola García Garrido y, la respuesta referente a acreditar el interés legítimo de la petición. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos,

¹ Expediente digital, carpeta 01JuzgadoOrigen, archivo 02Demanda

cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, las demás declarables oficiosamente.

En su defensa argumentó que, en el caso de los trabajadores dependientes, es el empleador el responsable de reportar a la administradora el inicio y terminación de la relación laboral, entre otros aspectos; sin que de la documental allegada se tenga certeza de la relación laboral existente entre el demandante y el empleador *RICARDO GARCIA GARRIDO*, durante esos periodos. La obligación de Colpensiones frente a la omisión del empleador de afiliación o reporte de novedad de ingreso o de retiro, es únicamente la realización del cálculo actuarial, y es totalmente responsable el empleador, quien debe pagar el cálculo que para el efecto realizaría la entidad, una vez sea declarada la relación laboral; sin que exista responsabilidad alguna por parte de Colpensiones para realizar acciones de cobro, como quiera que estas solamente proceden en los eventos en que exista una deuda por concepto de mora por parte del empleador. Así las cosas, el demandante no cumple con los requisitos establecidos para un reconocimiento pensional, pues aunque en principio se ve cobijado bajo el beneficio de la transición, no cuenta con la densidad de tiempo exigida por el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, por lo que la norma aplicable es la contemplada dentro del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, sin que cumpla tampoco el mínimo de semanas, toda vez que para el caso en concreto, abarca el total de 1.128 semanas (fls.3 a 21²).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de octubre de 2022, resolvió absolver a la demandada e, impuso costas al demandante (archivo 07³).

² Expediente digital, carpeta 01JuzgadoOrigen, archivo 05ContestacionColpensiones

³ 07Audiencia2Parte11Oct2022

Como sustento de su decisión señaló que, no obra en el expediente prueba idónea de la relación laboral, que indique con detalle las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en las que aparentemente le constaba a la señora Fabiola García Garrido, como curadora del señor Ricardo García Garrido, que el demandante hubiera prestado el servicio; máxime cuando el horario era de tiempo completo y, sin embargo, existen aportes que resultarían simultáneos, efectuados por otros empleadores, por lo que no puede hablarse de mora patronal. Y en ese sentido, no alcanzó 750 semanas a la entrada en vigencia del acto legislativo de 2005, para conservar el beneficio de transición; como tampoco acreditó los requisitos para la prestación de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante adujo que, sobre la obligación de demostrar la existencia de un contrato de trabajo, solo opera en casos en que se encuentren dudas fundadas sobre la vigencia del nexo de trabajo, que no es el caso que nos ocupa, ya que la relación estaba debidamente acreditada ante el Seguro Social hoy Colpensiones. Obra formulario de afiliación patronal al Seguro Social del 20 de noviembre de 1974, que determinaba dos turnos de trabajo, en donde el actor tenía un turno de medio día, por ello son válidas las cotizaciones simultáneas. Existe un historial de afiliaciones en los que se incluyen la novedad de ingreso y de retiro de los diferentes empleadores del demandante, en el que se especifica, en lo que se refiere al empleador Ricardo García Garrido, un ingreso al sistema del 1º de abril de 1974 y una novedad de retiro hasta el 31 de marzo de 1989; sin que el hecho de no existir un contrato de trabajo o una certificación laboral, eximiera al Seguro Social hoy Colpensiones, de desplegar las acciones de cobro. Finalmente, aduce que cuando el empleador no honra la obligación de cotizar y, la entidad administradora del sistema de seguridad social se abstiene de emprender la acción decobro, deben contabilizarse a favor del afiliado las semanas reportadas en mora, por manera que ese tiempo de servicio debe convalidarse.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código de Procedimiento Laboral, corresponde a la Sala definir si el promotor del juicio tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tomando en consideración periodos en que los empleadores no le hicieron cotizaciones.

i) Mora patronal.

Conviene recordar que la Sala de Casación Laboral, de manera reiterada y pacífica, ha considerado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es el trabajo humano. Por ello, la prestación del servicio efectiva en favor de un empleador causa o genera el deber de aportar al sistema pensional de los trabajadores afiliados (ver sentencia CSJ SL514-2020, que reiteró la CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 34270).

En punto a la mora del empleador en el pago de cotizaciones al sistema pensional, la citada Corporación ha asentado que las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse dicha obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la norma aplicable. Ello es así, porque el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas (Artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y sentencias SL759-2018, que reiteró las decisiones CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 32384; CSJ SL907-2013, CSJ SL5429-2014, CSJ SL16814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015, CSJ SL11627-2015, CSJ SL16814-2015, CSJ SL13266-2016, CSJSL 4952-2016, CSJ SL6469-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL17488-

2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL685-2016, CSJ SL3707-2016, CSJ SL4892-2016, CSJ SL5166-2016, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017 y CSJ SL5166-2017).

En esa línea de pensamiento, queda claro que, a efectos de contabilizar las semanas del afiliado y, por ende, verificar los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, y la forma de liquidarlo, deben tenerse en cuenta a más de las cotizaciones sufragadas oportunamente, las que se encuentran en mora, cuando hay ausencia de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado.

Importa precisar que los efectos de la mora en el pago de los aportes son diferentes a los de la falta de afiliación al sistema de pensiones, dado que dichos fenómenos tienen causas distintas. En el primer evento, como se dijo, las administradoras tienen la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, mientras que, en la segunda hipótesis, la entidad de seguridad social debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el traslado de un cálculo actuarial o título pensional a cargo del empleador.

En el caso de marras, en el escrito introductorio se informa que la historia laboral presenta inconsistencias y, de manera concreta se enlistan los periodos entre los cuales el actor aduce que prestó servicios al empleador *RICARDO GARCÍA GARRIDO* de 1 de abril de 1974 a 31 de agosto de 1989, de los cuales aparecen reportados en mora por parte del empleador, los comprendidos entre el 1 de febrero de 1975 y el 31 de agosto de 1989.

Pues bien, respecto del empleador *GARCIA GARRIDO RICARDO*, en efecto en el reporte de semanas cotizadas - periodo 1967-1994 del Seguro Social impreso el 21 de abril de 2010, se observa la relación de novedades de ingreso a nombre de este empleador del 1 de abril de 1974 y, la novedad de retiro de 31 de agosto de 1989, con sus respectivas novedades anuales de cambio de salario y; como periodo adeudado, el

correspondiente al 1 de agosto de 1976 al 31 de agosto de 1989. Y en el aparte de “ESTADO DE CUENTA DE LAS EMPRESAS A TRAVÉS DE LAS CUALES COTIZÓ”, se detalla el estado de la deuda “Debido Cobrar”, al 31 de diciembre de 1994 (fls.27 a 29⁴).

En el mismo sentido, el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones, actualizado a 29 de julio de 2021⁵, respecto de los periodos alegados como faltantes, se advierte que, en relación con los ciclos correspondientes a GARCIA GARRIDO RICARDO de 1 de febrero de 1975 a 31 de agosto de 1989, bajo el número de afiliación 1008211049; periodo este que no tiene en cuenta Colpensiones en atención a que se registra mora por parte del empleador; razón por la cual, es dable entender que sí debía procederse por la entidad administradora a realizar el respectivo cobro de los aportes atrasados.

Ahora bien, el 17 de octubre de 2018 y el 14 de enero de 2019, fue solicitada a Colpensiones la liquidación del periodo en mora para proceder al pago correspondiente, por parte de la señora Fabiola García Garrido, quien actualmente representa al señor Ricardo García Garrido, en su calidad de guardadora principal, en virtud de la sentencia proferida el 3 de agosto de 2015 por el Juez Segundo de Ejecución de Sentencias en asuntos de Familia de Bogotá D.C. (fls.58 a 69⁶), con lo que acredita su interés legítimo para elevar la petición.

Así, de la petición elevada el 14 de enero de 2019, obrante a folio 75 (archivo 02Demanda), se obtiene que la señora García Garrido solicita a la entidad, se le informe el valor a pagar por la omisión de pagos del empleado Arnoldo Flórez CC. 1.311.926, por el vínculo laboral, desde 01/1975 hasta 12/1987, por cuanto manifiesta que existen algunos pagos que se omitieron; razón que, contrario a lo concluido por la *a quo*, para esta Sala corrobora la existencia del contrato por el que debieron efectuarse en su momento las cotizaciones, al menos hasta la data aducida en este documento.

⁴ 07ExpAdm Montivo. Archivo: GEN-RES-CO-2020_12339652-20201210041448

⁵ Expediente digital, carpeta 01JuzgadoOrigen, archivo 06AnexoContestacionColpensiones. Fls.1 a 6

⁶ Expediente digital, carpeta 01JuzgadoOrigen, archivo 02Demanda

No obstante, parte de este periodo resulta simultáneo con los periodos aportados por terceros empleadores entre del 16 de octubre de 1976 a 30 de agosto de 1988; razón por la cual, solo puede tenerse en cuenta para efectos de la contabilización de tiempos, el lapso no coincidente, esto es, del 1 de febrero de 1975 a 15 de octubre de 1976, del 4 de diciembre de 1976 al 16 de noviembre de 1977, del 1 de enero de 1978 al 29 de marzo de 1979 y del 1 de julio de 1980 al 1 de noviembre de 1981; por un total de 1913 días, correspondientes a 273.29 semanas adicionales.

ii) *Pensión de vejez*

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estatuye que para las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones, 1º de abril de 1994, tengan 35 o más años de edad, si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Al punto, se observa que, el demandante nació el 25 de marzo de 1950 y cumplió los 60 años de edad, el mismo día y mes del año 2010; por lo que, para el 01 de abril de 1994, contaba con 44 años de edad (copia del registro civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía, fls. 12 y 14, archivo de demanda⁷); y acreditaba 479 semanas efectivamente cotizadas, a las que sumadas las 273.29 semanas adicionales por el empleador *García Garrido Ricardo*, arroja 752.29 semanas, sin que hubiera consolidado su derecho pensional (reporte de semanas actualizado a 29 de julio de 2021, fls.1 a 6⁸), por lo que resultó beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, en razón a la edad.

⁷ Expediente digital, carpeta 01JuzgadoOrigen, archivo 02Demanda

⁸ Expediente digital, carpeta 01JuzgadoOrigen, archivo 06AnexoContestacionColpensiones

Ahora, no puede olvidarse que el parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso claramente que ese régimen no puede extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción, de aquellos trabajadores que pertenecientes a la transición, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios ala entrada en vigor de dicha enmienda constitucional, a los cuales se les mantendría esa prerrogativa hasta el 31 de diciembre de 2014.

De lo anterior, se concluye que la exigencia de 750 semanas cotizadas a la eficacia del Acto Legislativo 01 de 2005, es aplicable únicamente para aquellos afiliados que cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de su pensión de vejez con posterioridad al 31 de julio de 2010.

En el presente caso, el accionante cumplió 60 años de edad el 25 de marzo de 2010, es decir, antes del 31 de diciembre de 2014, plazo fijado por la citada reforma constitucional; por lo que, su eventual derecho pensional se encuentra regulado por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en cuyos términos para acceder a la pensión de vejez requiere:

"a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."

Bajo este ordenamiento, el actor debía acreditar sesenta (60) años de edad por ser hombre y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización canceladas durante los 20 años anteriores al 25 de marzo de 2010, data en que cumplió la edad mínima exigida o, mil (1000) semanas de aportes sufragados en cualquier tiempo, encontrando que, conforme al reporte de semanas cotizadas aportado al expediente, más las 273,29 semanas por el empleador moroso *García Garrido Ricardo*, completó 1141.29 semanas en toda su vida.

En ese horizonte, es claro que el actor cumple con el requisito mínimo de tiempo consagrado en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para acceder a la prestación revisada; por lo que habrá lugar a revocar la decisión de primer grado, para en su lugar ordenar el reconocimiento y pago de la prestación pretendida.

iii) Causación y disfrute de la pensión

El artículo 13 del Decreto 758 de 1990, dispone que: *«la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.»*

Igualmente, el artículo 35 del citado precepto legal, señala que *«Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, **previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión.** El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona.»* (Negrilla fuera de texto original).

En ese horizonte, existe una clara diferencia entre la causación del derecho a la pensión y el disfrute de las mesadas pensionales, dado que el primer evento, se suscita en el momento en que el afiliado reúne los requisitos para acceder a la prestación, es decir, que se configura cuando el asegurado arriba a la edad mínima requerida y también acumula la densidad de semanas exigidas, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de éstos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Entre tanto, el disfrute opera

previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a gozar de ella.

Jurisprudencialmente la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, ha puntualizado que por regla general la desvinculación del sistema es un requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión; sin embargo, por vía excepcional existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de administrar justicia, de las cuales se puede colegir la desafiliación efectiva del sistema.

Sobre el particular, la sentencia CSJ SL 5306-2016, reiterada en SL CSJ SL756-2018, precisó:

El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

Al amparo de las anteriores reflexiones, en el caso concreto se advierte que el demandante acreditó la edad y más de 1000 semanas cotizadas para el 25 de marzo de 2010. Solicitó la prestación pensional de vejez el 27 de diciembre de 2016; pero, la entidad mediante Resolución SUB 14588 del 18 de marzo de 2017, negó el reconocimiento de la prestación; inconforme el promotor del juicio interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación que fueron resueltos mediante Actos Administrativos SUB 63602 del 12 de mayo de 2017 y DIR 7941 del 12 de junio de 2017, confirmando la decisión inicial, bajo el argumento que el actor no acredita el requisito mínimo de semanas⁹.

Como se aprecia, el accionante venía realizando aportes de manera constante hasta el 31 de marzo de 2015 y, reclamó el reconocimiento de la pensión a partir del 27 de diciembre de 2016; no obstante, de manera reiterativa le fue negada; por tanto, conforme a la regla jurisprudencial habrá lugar a reconocer la prestación desde esta última data, oportunidad en que se entiende la intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema. Y aun, cuando existen cotizaciones por 31 días en entre octubre y noviembre de 2018, dichos aportes no pueden incidir en la fecha de reconocimiento, en tanto se obtiene que el actor manifestó claramente su intención de acceder a la prestación por vejez y fue la entidad quien lo indujo a error, bajo el argumento de no ostentar el derecho por no cumplir el requisito mínimo de tiempo.

iv) Cuantía

Efectuadas las operaciones correspondientes, teniendo en cuenta que al actor se le aplica una tasa de reemplazo del 90%, como quiera que alcanzó un total de 1393 semanas en toda su vida laboral, se obtiene que, de conformidad con los salarios cotizados por el actor en toda la vida

⁹ 07ExpAdm Montivo. Archivo: GEN-RES-CO-2020_12339652-20201210041447

laboral y, con base en los últimos 10 años cotizados, arroja una mesada pensional inferior al salario mínimo, por lo cual su monto ascenderá a esta suma, en los términos del artículo 35 de la Ley 100 de 1993.

Dado que la prestación se causó desde el 25 de marzo de 2010, esto es, con anterioridad al 31 de julio de 2011, en aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, debe reconocerse a razón de 14 mesadas al año.

v) Prescripción

Como quiera que el último aporte se realizó para marzo de 2015, la prestación fue solicitada el 27 de diciembre de 2016, interrumpiendo el término prescriptivo por un periodo igual; negada por Resolución del 18 de marzo de 2017, decisión que fue recurrida por el actor y, confirmada mediante Actos Administrativos SUB 63602 del 12 de mayo de 2017 y DIR 7941 del 12 de junio de 2017; no obstante, no se encuentra constancia de la notificación de este último al interesado. Y, como la demanda presentada el 18 de diciembre de 2020 (*archivo 01Secuencia16002*), esto es, dentro del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, no hay lugar a declarar prescrita ninguna de las mesadas.

vi) Aportes en salud

Conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo del demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado (CSJ SL2376-2018).

vii) Intereses moratorios

De conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1 de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

De acuerdo con lo anterior, se causan intereses moratorios a cargo de la obligada al pago de la pensión cuando se ha tardado en la solución de la mesada, o en el otorgamiento de la prestación. Para el caso de la pensión de vejez, la entidad cuenta con 4 meses para resolver, según el parágrafo 1 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, contados a partir de la radicación de la solicitud, con la documentación que acredite el derecho.

Así las cosas, toda vez que el 27 de diciembre de 2016, día en que el accionante solicitó la pensión de vejez, acreditaba los requisitos de edad y semanas, tomando en consideración el periodo en mora con el empleador Ricardo García Garrido, hay lugar a imponer los mentados intereses, a partir del 27 de abril de 2017.

No se causan costas en esta instancia. Las de primera estarán a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 11 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, a reconocer y pagar al demandante, la pensión de

vez, a partir del 1 abril de 2015, en cuantía igual al salario mínimo legal anual vigente, a razón de 14 mesadas al año, en los términos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada al pago de los intereses moratorios, a partir del 27 de abril de 2017 y hasta cuando el pago de las mesadas retroactivas se haga efectivo, a la tasa máxima vigente en el momento en que se efectúe el pago.

TERCERO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de las demás pretensiones elevadas en su contra.

CUARTO: Sin costas en la apelación. Las de primera estarán a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

(Salva Voto Parcial)



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ARNOLDO FLÓREZ VELÁSQUEZ CONTRA COLPENSIONES

RAD. 11-2020-00520-01

M.P. CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Con todo respeto hacia mis compañeros de sala, me distancio de los fundamentos que llevaron a la mayoría a concluir que no procede imponer costas de segunda instancia a la parte que resultó vencida en juicio debido a la prosperidad del recurso de apelación en su integridad que se formuló con la sentencia de primer grado.

Las costas procesales, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (C.G.P.), implican la condena a la parte vencida en un proceso, o a quien le sea desfavorable un recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia las define como "la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial" (Sentencia AL1906 del 6 de abril de 2016). Dichas costas incluyen dos conceptos distintos: (i) las expensas y (ii) las agencias en derecho. Este último concepto se refiere a la compensación por los gastos legales en los que incurrió la parte vencedora, incluso si no intervino directamente un profesional del derecho.

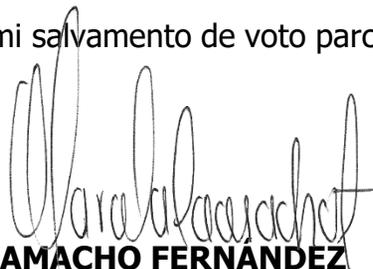
En este contexto, no hay duda alguna de que la condena en costas debió imponerse a la parte vencida en juicio por virtud de la sentencia de segunda instancia que revocó totalmente la del inferior. Y Aunque es plausible argumentar que el proceso en cuestión no reviste una gran complejidad, dado que para resolver solicitud principal de reconocimiento de la pensión de vejez, el debate se centraba en establecer la existencia de allanamiento a la mora por parte de la entidad administradora de pensiones, asunto que ha sido objeto de jurisprudencia vinculante a lo largo de varios años, esta interpretación no puede automáticamente eximir a la parte vencida de su responsabilidad, máxime cuando no constituye causal para que el juez se abstenga de emitir condena a la luz del citado precepto.

Es pertinente destacar que el presupuesto contemplado en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. se encuentra plenamente respaldado en el presente caso, toda vez que el mandatario profesional tuvo una participación acuciosa en la causa, no solo en su parte sustantiva sino procesal, cuyo trámite implicó una inversión considerable de tiempo y reveló una atención diligente en defensa de los intereses de su poderdante, por lo que, el gasto de apoderamiento debe ser debidamente compensado al actor, no solo como un reconocimiento justo, sino también como un respaldo a la noble y digna labor de los abogados, encontrándose en consecuencia, que las costas judiciales están efectivamente causadas y probadas.

En resumen, al considerarse las costas como una compensación por los gastos derivados de la atención de un proceso judicial y como una obligación procesal dirigida contra el patrimonio de la parte vencida, se evidencia que no existen fundamentos en

Radicación n.º 110013105 011 2020 00520 01.
este caso que permitan exonerar a la parte vencida de dicha responsabilidad, dado que la sentencia de segunda instancia le fue totalmente adversa.

En los anteriores términos dejo plasmado mi salvamento de voto parcial.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 016 2021 00079 01
DEMANDANTE: MIRYAM AMANDA BERNAL BORDA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.

Bogotá, D.C., primero (1º) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de noviembre de 2023.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Colfondos S.A. en marzo de 1996 y consecuentemente se declare la nulidad de la afiliación a Porvenir S.A. y que cumple con los requisitos para que le sea reconocida una pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida; se condene a Porvenir S.A. a reintegrar a Colpensiones la totalidad de sus aportes y a ésta, a reconocer a su favor la pensión de vejez en virtud de las normas que sean aplicables, junto con el pago del retroactivo que se genere, la indexación de las mesadas, lo *ultra y extra petita* y, las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cuenta con 60 años de edad, cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el año 1980 y hasta el 22 de febrero de 1996, entre marzo de 1996 y julio de 2007 efectuó sus aportes a pensión en la AFP Colfondos y, entre agosto de 2008 y abril de 2017, sus cotizaciones fueron efectuadas en la AFP Porvenir S.A., acumulando un total de 1.815 semanas. Narró que creía que el régimen privado era mejor, porque así se lo indicaron los asesores de Colfondos, quienes le indicaron que se podía pensionar con una mejor asignación, pero en el año 2019, cuando se acercó a la AFP Porvenir S.A. le explicaron las diferencias entre regímenes. Relató que las AFPS demandadas no cumplieron con su deber de suministrarle una información clara y veraz relativa al cambio de régimen pensional. Solicitó a las demandadas su traslado al RMP, obteniendo respuesta negativa (expediente digitalizado, archivo 08, demandasubsanada fls. 1 a 18).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante y su traslado al régimen privado, así como la solicitud de nulidad de afiliación, su respuesta negativa y que le reconoció pensión de vejez a la actora. Frente a los demás hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones 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. En su defensa expuso que la afiliación del demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, además, que resulta improcedente la solicitud de ineficacia, cuando al asegurado se le ha reconocido la pensión de vejez. (expediente digital, archivo 11 fls. 1 a 25).

Porvenir S.A. formuló demanda de reconvenición en contra de la demandante, solicitando se le condene a devolver debidamente indexados, todos los dineros que haya recibido por parte de esa AFP por concepto de mesadas derivadas del reconocimiento de la pensión de vejez. Fundamentó su pretensión en que la actora a pesar de encontrarse pensionada, teniendo en cuenta el beneficio de la garantía de pensión mínima, adelanta proceso

mediante el que pretende la ineficacia del traslado y retornar al régimen de prima media con prestación definida (expediente digital, archivo 12).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió que la demandante estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales, así como que agotó la reclamación administrativa frente a la solicitud de ineficacia del traslado. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho de la demandante y de la obligación a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que se corrobora con la suscripción del formulario; está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en atención a la edad (expediente digital, archivo 22 fls. 1 a 10).

La AFP Colfondos se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. Frente a los demás hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, prescripción, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación del demandante se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación y la vinculación a otra administradora de fondo de pensión privada; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 45 fls. 2 a 21).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 7 de noviembre de 2023 (expediente digital, archivo 54), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, y a la AFP PORVENIR S.A. de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por la demandante señora MYRIAM AMANDA BERNAL BORDA identificada con cédula de ciudadanía 35.463.717.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación que alegó el extremo demandado, y por el resultado de la litis, el Juzgado se abstiene de pronunciamiento sobre las demás excepciones.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la parte actora, practíquese la liquidación por secretaría incluyendo el monto de doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000,00) Mcte, como valor de las agencias en derecho, en favor de cada una de las demandadas.

Como sustento de su decisión, señaló que la jurisprudencia relativa a la ineficacia del traslado por incumplimiento del deber de información, aplica únicamente para el caso de los afiliados, mas no para quienes ya han sido pensionados en el régimen de ahorro individual, en el entendido que dicha calidad comporta una situación jurídica consolidada, que podría afectar a múltiples instituciones, e incluso conllevar desajustes de orden presupuestal.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el apoderado de la parte demandante, adujo que a para el momento de la presentación de la demanda, la sentencia SL 373 de 2021, no se encontraba vigente, por lo que no resulta válido darle aplicación al caso en concreto, dado que los hechos relativos al reconocimiento de la pensión de la demandante ocurrieron en los años 2019 y 2020.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la demandante.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación

indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En relación con las reglas jurisprudenciales frente a la falta del deber de información cuando se ha adquirido el status de pensionado, la Corte Suprema de Justicia consideraba que era viable la posibilidad de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional respecto de quienes ya habían alcanzado la calidad de pensionados, no obstante, recientemente cambió su postura al considerar que estas personas se encontraban frente a una situación jurídica ya consolidada que no era razonable retrotraer, debido a las implicaciones que esto traería en de una parte, en relación con los diferentes actos jurídicos previos, concomitantes y posteriores al reconocimiento de la prestación y de otro lado respecto de los intervinientes en este acto, que de paso sea dicho no se limitan a la AFP y al afiliado pues confluyen en determinados casos terceros como emisores, contribuyentes, incluso la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Al punto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373-2021, en la que abandonó la postura fijada en sentencia con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008 señaló:

si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante) 1, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto

En esta oportunidad la Alta Corporación, consideró además que si bien no resultaba procedente declarar la ineficacia del traslado respecto de un pensionado, este podía demandar de la AFP el reconocimiento de perjuicios derivados de la cuantía de la pensión reconocida.

CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones, desde el 19 de junio de 1980 a febrero de 1996 (carpeta 25, expediente administrativo, archivo GRP-SCH- HL-66554443332211_2142-20211130090412); migró al RAIS, a través de

la AFP Colfondos S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 25 de abril de 1996 (archivo 01, fl. 744); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., a partir de agosto de 2007, donde se encuentra actualmente (archivo 11, fls. 26 a 49).

En el asunto bajo examen, la Sala encuentra acreditado que la accionante exteriorizó su voluntad inequívoca de permanecer en el RAIS con la solicitud de pensión, que le fue reconocida por Porvenir S.A. teniendo en cuenta la garantía de pensión mínima, a partir del 1º de mayo de 2018 (archivo 11 expediente digital, documento fl. 20).

En este orden de ideas, la Sala se encuentra frente a situaciones jurídicamente consolidadas, referenciadas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 373-2021 que imposibilitan por la vía de la ineficacia del traslado volver las cosas al mismo estado en que estarían de no haberse producido el acto del traslado de régimen. Ello es así, porque que la calidad de pensionada que ostenta la demandante no puede obviarse, pues ello conllevaría un desequilibrio del sistema en general y se verían afectadas relaciones jurídicas distintas a la existente entre el demandante y la AFP Porvenir S.A., por lo que no es procedente declarar la ineficacia de la afiliación al amparo de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pronunciamiento que, resulta plenamente aplicable al caso en concreto, resulta imperioso aplicar los cambios jurisprudenciales de manera inmediata y su aplicación no trae consecuencias constitucionalmente inaceptables.

De conformidad con las consideraciones expuestas, esta Colegiatura confirmara la decisión analizada.

Sin costas en la apelación ante su no causación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de noviembre del 2023, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 016 2021 00281 01
DEMANDANTE: CARLOS ERNESTO RICAURTE LIEVANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.

Bogotá, D. C., primero (1) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de noviembre de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, se ordene el traslado de la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos e intereses a Colpensiones y a ésta a recibir las cotizaciones e incluirlas en la historia laboral del afiliado. Se ordene a Protección S.A. abstenerse de realizar descuentos por gastos de administración y seguros previsionales. Así mismo, se condene a lo *ultra y extra Petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 29 de abril de 1958, cotizó 1060 semanas al régimen de prima y, en el año 2004, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la suscripción de formulario de afiliación a Santander hoy Protección S.A.

Aduce que en reunión sostenida con asesoras de dicha AFP, se le informó que en el régimen privado podría obtener una mayor mesada pensional que el régimen de prima media y que podría pensionarse a menor edad, argumentos que lo llevaron a suscribir el formulario de afiliación; reseña que no recibió ninguna asesoría por parte de la administradora en relación con las características y condiciones de pensión de cada uno de los regímenes, ni se le suministraron elementos de juicio que le permitieran escoger a conciencia el régimen más conveniente. Elevó solicitud a las demandadas, obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 01, fls. 1 a 5).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación al ISS y la reclamación administrativa frente a esta entidad. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (expediente digital, archivo 9, fls. 2 a 16).

Protección S.A. rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la afiliación del demandante a la AFP Santander, así como las solicitudes elevadas por el actor y las repuestas negativas de parte de la administradora. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea del demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, y que la variación del monto de la pensión no constituye un vicio del consentimiento. (expediente digital, archivo 21, fls. 3 a 27).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 16 de noviembre de 2023 (expediente digital, archivo 29), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizara el demandante señor CARLOS ERNESTO RICAURTE LIÉVANO identificado con cedula de ciudadanía N° 19.292.688, el día siete (07) de septiembre de 2004 y que tuvo efectividad desde el día primero (1°) de noviembre del mismo año, debido a la omisión en el deber de información en que incurrió la AFP SANTANDER hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, incluyendo todos los montos correspondientes a capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere y en general, todos concepto que se haya recibido como integrante de las cotizaciones efectuadas en favor del demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a recepcionar los recursos condenados en numeral que antecede y a reactivar la afiliación del demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, debiendo reflejar en su historia laboral todas y cada una de las cotizaciones que aparecen realizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a las demandadas, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los montos de Medio de Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/2 SMLMV) a cargo de PROTECCIÓN y de Un Cuarto de Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/4 SMLMV) a cargo de COLPENSIONES respectivamente, como valor de las agencias en derecho.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera al actor conocer los efectos de trasladarse teniendo en cuenta sus condiciones particulares.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones, solicita se revoque la condena impuesta en contra de la entidad, por concepto de costas procesales, en tanto no tuvo injerencia alguna frente al traslado de régimen efectuado por el demandante.

Añade que, Colpensiones no cuenta con rubros destinados al pago de costas, por lo que este tipo de condenas se paga de los dineros que financian las pensiones en el régimen de prima media, lo que genera un detrimento en el patrimonio pensional de sus asegurados.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el demandante.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los

pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesoro promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 25 de noviembre de 1983 al 30 de septiembre de 2004 (archivo 09 folios 42 a 47) y migró al RAIS, a través de la AFP Santander, hoy Protección S.A. mediante la suscripción de formulario de vinculación el 7 de septiembre de 2004 (archivo 09 folio 28)

Al absolver interrogatorio, el demandante señaló que cuando trabajaba en la sociedad Lírica S.A.S. unas asesoras de la AFP Santander hicieron una reunión, donde manifestaron a los trabajadores que en el régimen privado iban a tener una mejor pensión. Aduce que no recibió información clara, completa y suficiente sobre el régimen, que no se le informó sobre los rendimientos, ni sobre una cuenta de ahorros individual y tampoco sobre el derecho de retracto. Su motivación para retornar a Colpensiones es el deseo de obtener una mesada pensional acorde a los aportes efectuados.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

En consecuencia, resulta evidente que Santander, hoy Protección S.A faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado).

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Protección S.A. administradora a la que se encuentra actualmente afiliado el accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-

2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en este aparte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, dicha administradora resultó derrotada, pues se le ordenó recibir los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las semanas correspondientes.

No se causan costas en la apelación ni en este grado jurisdiccional.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de noviembre de 2023, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **DECLARAR** que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la apelación ni en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMÉN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

(Salva Voto Parcial)



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS ERNESTO RICAURTE LIÉVANO
CONTRA COLPENSIONES Y OTROS**

RAD. 16-2021-00281-01

M.P. CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Con todo respeto hacia mis compañeros de sala, me distancio de los fundamentos que llevaron a la mayoría a concluir que no procede imponer costas de segunda instancia a la parte a la que se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, tal como se detallará a continuación.

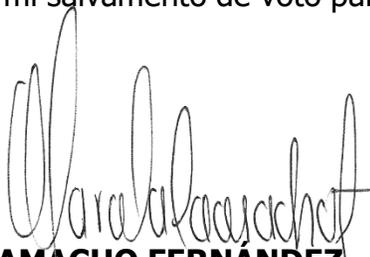
Las costas procesales, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (C.G.P.), implican la condena a la parte vencida en un proceso, o a quien le sea desfavorable un recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia define las costas como "la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial" (Sentencia AL1906 del 6 de abril de 2016). Dichas costas incluyen dos conceptos distintos: (i) las expensas y (ii) las agencias enderecho. Este último concepto se refiere a la compensación por los gastos legales en los que incurrió la parte vencedora, incluso si no intervino directamente un profesional del derecho.

En este contexto, no hay duda alguna de que la condena en costas debió imponerse a la parte que presentó la apelación, ya que el recurso fue resuelto desfavorablemente por este Colegiado. Y Aunque es plausible argumentar, por un lado, que el proceso en cuestión no reviste una gran complejidad, dado que la solicitud principal se centraba en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la devolución de aportes al Régimen de prima media con prestación definida, asunto que ha sido objeto de jurisprudencia vinculante a lo largo de varios años, y por otro lado, que este tribunal, pese a la interposición del recurso, estaba obligado a examinar el asunto en grado jurisdiccional de consulta, lo que implicaba abordar los temas materia de alzada, estas interpretaciones no pueden automáticamente eximir a la parte vencida de su responsabilidad, máxime cuando no constituyen causales para que el juez se abstenga de emitir condena a la luz del citado precepto.

Es pertinente destacar que el presupuesto contemplado en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. se encuentra plenamente respaldado en el presente caso, toda vez que el mandatario profesional tuvo una participación acuciosa en la causa, no solo en su parte sustantiva sino procesal, cuyo trámite implicó una inversión considerable de tiempo y reveló una atención diligente en defensa de los intereses de su poderdante, por lo que, el gasto de apoderamiento debe ser debidamente compensado al actor, no solo como un reconocimiento justo, sino también como un respaldo a la noble y digna labor de los abogados, encontrándose en consecuencia, que las costas judiciales están efectivamente causadas y probadas.

En resumen, al considerarse las costas como una compensación por los gastos derivados de la atención de un proceso judicial y como una obligación procesal dirigida contra el patrimonio de la parte vencida, se evidencia que no existen fundamentos en este caso que permitan exonerar a la parte apelante de dicha responsabilidad, dado que su recurso no fue exitoso.

En los anteriores términos dejo plasmada mi salvamento de voto parcial.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 017 2022 00210 01
DEMANDANTE: LILIA MERCEDES RESTREPO JIMENEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP.

Bogotá, D.C., primero (01) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir, Colfondos y Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de septiembre de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP DAVIVIR hoy Protección S.A. Posteriormente se declare que la actora nunca migró al RAIS y siempre estuvo afiliada al RPM. En consecuencia, se condene a la AFP Colfondos S.A., a la que actualmente se encuentra afiliada a restituir los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses; se condene a la UGPP a trasladar toda la información, cotizaciones, bonos pensionales

y sus rendimientos; asimismo, se condene a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante e incorporar los valores girados en la historia laboral de la asegurada. Así mismo, se condene a las demandadas a lo ultra y extra *petita*, las costas y agencias en derecho del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 23 de mayo de 1964; se afilió al Sistema General de Pensiones en CAPRECOM, donde cotizó desde febrero de 1985. En el año 1997 recibió la visita de un promotor de la Administradora Davivir, quien la persuadió para cambiarse al régimen privado con el argumento de poder pensionarse a la edad que quisiera; sin embargo, en aquella oportunidad no se le brindó información sobre las modalidades de pensión, beneficios y desventajas de cada régimen, implicaciones y/o consecuencias del traslado, bono pensional y derecho al retractor. No se le brindó información correcta, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las prestaciones económicas que manejaba cada régimen pensional. En septiembre del año 2000 se trasladó a la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A., oportunidad en la que tampoco recibió una asesoría clara en relación con las características, ventajas, desventajas y condiciones para pensionarse en el régimen de ahorro individual; en agosto de 2007 se afilió a la AFP Colfondos S.A., pero en esta oportunidad el asesor tampoco la información necesaria para adoptar a conciencia esa decisión. Elevó peticiones ante las demandadas, obteniendo respuestas negativas (expediente digital, archivo 02, fls. 4 a 30).

Al dar contestación, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Admitió que la demandante estuvo afiliada a CAPRECOM, así como la respuesta negativa ante la solicitud que le fue presentada. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe de la UGPP y las demás declarables de oficio. Argumentó que dentro de las transferencias documentales efectuadas al ISS, no se encuentra información relacionada con el expediente pensional de la demandante. Resaltó que ninguna de las pretensiones de la demanda tiende a que la UGPP reconozca, pague o genere algún concepto a favor de

la demandante, por lo que no existe ninguna razón para hacer parte del proceso (archivo 05, fls. 2 a 7).

Colpensiones se opuso al éxito de las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la fecha de nacimiento de la demandante, su fecha de afiliación al régimen de prima media con prestación definida, así como las peticiones elevadas por la accionante y su respuesta negativa por parte de la entidad. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y las que sean declarables oficiosamente. Argumentó que la demandante se trasladó de manera voluntaria y no se configuró ningún vicio de consentimiento y está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad. (archivo 06 fls. 3 a 15).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Aceptó que la demandante estuvo inicialmente vinculada a CAPRECOM. Frente a los demás hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea de la demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, la actora no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 08, fls. 5 a 24).

La AFP Porvenir se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las que sean declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Colpatria, hoy Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su

traslado válido; además, al momento de su afiliación no había ingresado a su patrimonio ningún derecho pensional consolidado, de manera que no había razón para que la administradora le impidiera efectuar el cambio de régimen (expediente digital, archivo 09 fls. 3 a 22).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 27 de septiembre de 2024 (expediente digital, archivo 25), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, error de derecho no vicia el consentimiento, y prescripción, propuestas por las demandadas, en la forma advertida en la parte motiva de esta sentencia y **DECLARAR PROBADA** la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – UGPP; lo anterior según las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora LILIA MERCEDES RESTREPO JIMÉNEZ identificada con la C.C. 20.915.187, al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS a través de Davivir S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., y sus vinculaciones posteriores a HORIZONTE S.A. y COLFONDOS S.A., fueron ineficaces y por consiguiente no produjeron efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la demandante, señora RESTREPO JIMÉNEZ, se encuentra legalmente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y que COLPENSIONES, tiene la obligación legal de validar la vinculación de la demandante sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, como actual administradora de fondos de pensiones a la que está vinculada la demandante, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, traslados de dinero que en su momento hubiesen efectuado las otras AFP's, todo lo anterior con sus frutos y rendimientos, debiendo devolver además los gastos y comisiones de administración descontados, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, valores que deberán ser debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, conforme lo expuesto en precedencia.

QUINTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., y a PORVENIR S.A., como sucesoras de las obligaciones antes a cargo de Davivir S.A. y Horizonte S.A., a devolver también gastos y comisiones de administración descontados en su momento, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, valores que deberán ser devueltos debidamente indexado y con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo vinculada con cada una de esas entidades Administradoras de Pensiones; lo anterior según las consideraciones expuestas.

SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES, recibir el traslado de fondos que efectúen a favor de la demandante las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones demandadas y a convalidarlos en su historia laboral, teniendo incluso la obligación de desplegar todas las actuaciones administrativas que la Ley le concede para efectos de lograr la devolución de todos los dineros con miras

a garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, lo anterior según loexpuesto.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A., En firme esta sentencia, por Secretaría, practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$1'000.000 M/Cte.

OCTAVO: SE DISPONE ABSOLVER de todas las pretensiones a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, según lo considerado enprecedencia.

NOVENO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia a favor deCOLPENSIONES.

Como sustento de su decisión, señaló que no demostraron las AFP haber brindado a la afiliada en el momento del traslado al RAIS, información clara que le permitiese tener claras las condiciones y características de ese régimen, sin que pueda suplirse por los traslados o vinculaciones entre administradoras.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes Porvenir, Colfondos y Colpensiones, apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. se opone a la devolución de las sumas debidamente indexadas, argumentando que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPs está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, por lo cual es incompatible y excluyente la indexación, puesto que los recursos de la cuenta de ahorro individual del accionante no se han visto afectados por la inflación, puesto que han generado rendimientos superiores a los garantizados en el RPM. Por otra parte, ordenar la indexación resulta imponer una doble sanción sinrazón alguna, por cuanto afirma que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar.

Colfondos S.A., reprocha la condena a la devolución de los gastos de administración, por considerar que estas sumas no se descuentan por capricho de las administradoras sino por ministerio de la ley; además, estos descuentos tienen una destinación específica. Estima que la devolución de estos gastos de administración, conlleva un enriquecimiento sin causa a

favor de Colpensiones; además que las sumas descontadas por este concepto no se encuentran en poder de la administradora. Rechaza la condena por concepto de indexación, como quiera que con los rendimientos que reconoció la administradora, dicho concepto se encuentra compensado.

Colpensiones se opone a la declaratoria de ineficacia del traslado y a la condena en costas, manifiesta que la entidad es un tercero de buena fe, estima que con la condena impuesta se genera una afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional que administra Colpensiones en tanto existe una abismal diferencia entre las sumas cuya devolución se ordena y las que hubiera obtenido la demandante en caso de haber permanecido afiliada al régimen de prima media.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la demandante.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de

la demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter pevisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida y cotizó a CAPRECOM entre el 11 de febrero de 1985 y el 25 de mayo de 1995 en calidad de trabajadora de ADPOSTAL (archivo 21, fl.5); migró al RAIS, a través de la AFP Davivir S.A., hoy Protección S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, de 20 de mayo de 1997, documento en que consta que la entidad a la que estaba afiliado era CAPRECOM (archivo 2, fl.61) posteriormente se trasladó a la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A., el 10 de

marzo del 2000 (archivo 2, fl.61) y; finalmente se trasladó a la AFP Colfondos S.A el 1 de septiembre de 2007 (archivo 21, fl. 3).

Al tema es necesario recordar, que mediante el Decreto 2853 de agosto de 2006, se dispuso la supresión de la Administración Postal Nacional y en su artículo 20, estableció que la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, reconocerá, liquidará y emitirá los bonos pensionales de los ex servidores de ADPOSTAL. De otro lado, es claro que Colpensiones es la entidad encargada de la administración del régimen de prima media con prestación definida y a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2011 de 2012, quedaron a su cargo los servicios de aseguramiento pensional de los afiliados al régimen de prima media que tenía a su cargo CAPRECOM.

Ahora bien, al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que a su oficina llegó una asesora de Davivir y le informó que en el régimen privado tendría la posibilidad de pensionarse a una edad más temprana además de obtener una mejor pensión. Igualmente, se le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar. Aduce que ninguna de las administradoras a las que estuvo afiliada, le brindó una verdadera asesoría, no le informaron la diferencia entre regímenes y que solo pasaban los formularios para que fueran firmados por los empleados, luego de esa visita no volvió a tener contacto con asesores de ninguna de las AFP.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Davivir S.A., hoy Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Protección S.A., faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. administradora a la que se encuentra actualmente afiliada la accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con

los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este aspecto, pero se adicionará en lo referente a que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a estos fondos, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros 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 SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021).

En consecuencia, la sentencia será confirmada en este aspecto, pero se adicionará en lo referente a que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, tal como lo indicó el juez de primer grado.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a las demandadas de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, las administradoras resultaron derrotadas, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, a las AFP trasladar los recursos a Colpensiones y, a ésta, a recibir los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las semanas correspondientes.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR los numerales CUARTO y QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá,

D.C., el 27 de septiembre de 2024, en el sentido de indicar que la condena allí impuesta, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos también deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

(Salva Voto Parcial)



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LILIA MERCEDES RESTREPO JIMÉNEZ
CONTRA COLPENSIONES Y OTROS**

RAD. 17-2022-00210-01

M.P. CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Con todo respeto hacia mis compañeros de sala, me distancio de los fundamentos que llevaron a la mayoría a concluir que no procede imponer costas de segunda instancia a la parte a la que se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, tal como se detallará a continuación.

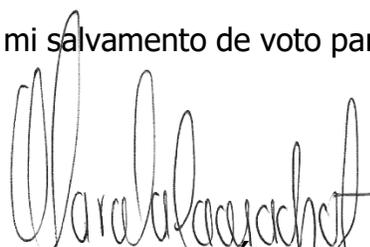
Las costas procesales, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (C.G.P.), implican la condena a la parte vencida en un proceso, o a quien le sea desfavorable un recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia define las costas como "la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial" (Sentencia AL1906 del 6 de abril de 2016). Dichas costas incluyen dos conceptos distintos: (i) las expensas y (ii) las agencias enderecho. Este último concepto se refiere a la compensación por los gastos legales en los que incurrió la parte vencedora, incluso si no intervino directamente un profesional del derecho.

En este contexto, no hay duda alguna de que la condena en costas debió imponerse a la parte que presentó la apelación, ya que el recurso fue resuelto desfavorablemente por este Colegiado. Y Aunque es plausible argumentar, por un lado, que el proceso en cuestión no reviste una gran complejidad, dado que la solicitud principal se centraba en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la devolución de aportes al Régimen de prima media con prestación definida, asunto que ha sido objeto de jurisprudencia vinculante a lo largo de varios años, y por otro lado, que este tribunal, pese a la interposición del recurso, estaba obligado a examinar el asunto en grado jurisdiccional de consulta, lo que implicaba abordar los temas materia de alzada, estas interpretaciones no pueden automáticamente eximir a la parte vencida de su responsabilidad, máxime cuando no constituyen causales para que el juez se abstenga de emitir condena a la luz del citado precepto.

Es pertinente destacar que el presupuesto contemplado en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. se encuentra plenamente respaldado en el presente caso, toda vez que el mandatario profesional tuvo una participación acuciosa en la causa, no solo en su parte sustantiva sino procesal, cuyo trámite implicó una inversión considerable de tiempo y reveló una atención diligente en defensa de los intereses de su poderdante, por lo que, el gasto de apoderamiento debe ser debidamente compensado al actor, no solo como un reconocimiento justo, sino también como un respaldo a la noble y digna labor de los abogados, encontrándose en consecuencia, que las costas judiciales están efectivamente causadas y probadas.

En resumen, al considerarse las costas como una compensación por los gastos derivados de la atención de un proceso judicial y como una obligación procesal dirigida contra el patrimonio de la parte vencida, se evidencia que no existen fundamentos en este caso que permitan exonerar a la parte apelante de dicha responsabilidad, dado que su recurso no fue exitoso.

En los anteriores términos dejo plasmada mi salvamento de voto parcial.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 023 2022 00278 01
DEMANDANTE: NORMA CLARENA GUAYARA BARRETO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN
S.A.

Bogotá, D. C., primero (01) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de octubre de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de Colmena Pensiones y Cesantías S.A., hoy Protección S.A. fondos, en octubre de 1997. En consecuencia, se ordene su traslado a Colpensiones, con los correspondientes aportes y rendimientos; las costas y lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 29 de noviembre de 1966; inició su vida laboral, cotizando a la Caja de Previsión Social del Municipio de Ibagué, administrado hoy por Colpensiones, donde cotizó 30.29 semanas; durante toda su vida laboral ha cotizado 1.210 semanas. Refirió que, el 1º de octubre de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante afiliación a Colmena Pensiones y Cesantías S.A., hoy Protección S.A.; su decisión de traslado obedeció a que

el asesor de la AFP le manifestó que podría pensionarse a la edad que quisiera, el monto de su pensión sería igual al que obtendría en el régimen público, en caso de no quererse pensionar en el fondo privado le devolverían la totalidad de sus ahorros y en caso de fallecimiento, se le entregaría a sus beneficiarios el saldo de cuenta; sin embargo, no le informó respecto al límite temporal que tenía para retornar al régimen de prima media. En el año 2022; por medio de un actuario obtuvo la proyección pensional en ambos regímenes, donde pudo constatar que la mesada que le correspondería en el régimen de prima media supera con creces la que puede recibir el Protección

S.A. Su traslado de régimen está viciado, porque creyó en la promesa de un mayor beneficio pensional y no se le informó sobre los riesgos y desventajas de su traslado al RAIS. Presentó ante Colpensiones solicitud de traslado de régimen, que fue atendida negativamente por la entidad (archivo 01, Demanda fls. 3 a 20).

Al dar contestación, **Colpensiones** se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación y cotizaciones al régimen de prima media, la petición elevada a la entidad y su respuesta negativa; manifestó que los restantes hechos y omisiones no le constan. Formuló como excepciones de mérito, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (archivo 6 fls.2 a 18).

Protección S.A. rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la afiliación y cotizaciones al régimen de prima media y su traslado al régimen privado, la fecha de nacimiento y la proyección realizada. Manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan.

Formuló las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional, inexistencia de afiliación previa al régimen de prima media, imposibilidad de declaratoria de nulidad por inexistencia de situación anterior y, las demás que sean declarables en forma oficiosa. Sostuvo que la demandante no afiliación previa al RPM, lo que hace inviable su solicitud de traslado de régimen; la afiliación de la actora se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de su voluntad libre y espontánea, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. (archivo 007, fls. 3 a 23).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 6 de octubre de 2023 (archivo 26), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante NORMA CLARENA GUAYARA BARRETO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN

S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante NORMA CLARENA GUAYARA BARRETO, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora NORMA CLARENA GUAYARA BARRETO en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

SEXTO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.

SEPTIMO: ABSOLVER al MUNICIPIO DE IBAGUE, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró el cumplimiento de la obligación de información, sin que sea suficiente la suscripción del formulario, por lo que no puede predicarse la existencia del consentimiento libre y voluntario al momento del traslado de régimen de pensiones, al no estar ajustado a los principios que gobiernan el Sistema de Seguridad Social y a las reglas de libertad de escogencia del sistema.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones recurrieron la sentencia. Refirió que el traslado de la demandante al RAIS tiene plena validez, se encuentra acreditado que su decisión fue adoptada de manera libre y voluntaria; la parte demandante no desvirtuó la buena fe de la AFP demandada y ha estado vinculada al régimen privado sin manifestar inconformidad de pertenecer al mismo.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la demandante.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para

quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar

con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la demandante estuvo afiliada y cotizó al régimen de prima media con prestación definida, a través de la Caja de Previsión Social Municipal de Ibagué, desde el 10 de junio de 1992 hasta el 11 de octubre de 1993 (archivo 01, fls. 51 a 53); migró al RAIS,

a través de Cesantías y Pensiones Colmena, hoy Protección S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación de 1º de octubre de 1997 (Archivo 01 fl. 32).

Al tema es necesario recordar, que mediante el artículo 130 de la Ley 100 de 1993, se dispuso la creación del fondo de pensiones públicas del orden nacional, entidad encargada de sustituir a las cajas de previsión o fondos insolventes que el Gobierno determine. Asimismo, es claro que Colpensiones es la entidad encargada de la administración del régimen de prima media con prestación definida y a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2011 de 2012, quedaron a su cargo los servicios de aseguramiento pensional de los afiliados al régimen de prima media que tenía a su cargo la Caja de Previsión Social Municipal de Ibagué.

Al absolver interrogatorio, la demandante señaló que se trasladó al RAIS en octubre de 1997, había sido nombrada en la Dirección Nacional de Estupefacientes, cuando arribó a la entidad para los trámites de vinculación fue abordada por un asesor de Colmena, quien le dijo que se podía pensionar en cualquier momento, sin importar la edad, el monto de la mesada pensional sería el mismo que en el RPM; podría solicitar en cualquier momento la devolución del dinero que tuviera ahorrado para invertirlo en lo que quisiera y en caso de muerte, sus familiares podrían recibir ese ahorro; no recuerda que en aquella oportunidad le hubieran explicado las diferencias entre los regímenes; se afilió en forma libre y voluntaria, creyendo en las condiciones que el asesor de Colmena le informó.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la AFP, faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

Por ello, la Sala modificara la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación o del traslado, para declarar únicamente la última, porque este es el acto de vinculación al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta del deber de información al momento de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Protección S.A., administradora a la que se encuentra afiliada la accionante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877- 2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será confirmada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos

y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó efectuar el estudio correspondiente al derecho pensional de la accionante, una vez recibidos los recursos de la cuenta individual.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia, ante su no causación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de octubre de 2023, para en su lugar disponer únicamente la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de octubre de 2023, en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

(Salva Voto Parcial)



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NORMA CLARENA GUAYARA BARRETO
CONTRA COLPENSIONES Y OTROS**

RAD. 23-2022-00278-01

M.P. CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Con todo respeto hacia mis compañeros de sala, me distancio de los fundamentos que llevaron a la mayoría a concluir que no procede imponer costas de segunda instancia a la parte a la que se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, tal como se detallará a continuación.

Las costas procesales, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (C.G.P.), implican la condena a la parte vencida en un proceso, o a quien le sea desfavorable un recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia define las costas como "la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial" (Sentencia AL1906 del 6 de abril de 2016). Dichas costas incluyen dos conceptos distintos: (i) las expensas y (ii) las agencias en derecho. Este último concepto se refiere a la compensación por los gastos legales en los que incurrió la parte vencedora, incluso si no intervino directamente un profesional del derecho.

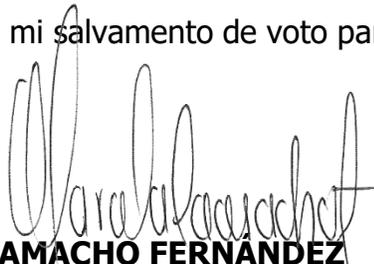
En este contexto, no hay duda alguna de que la condena en costas debió imponerse a la parte que presentó la apelación, ya que el recurso fue resuelto desfavorablemente por este Colegiado. Y Aunque es plausible argumentar, por un lado, que el proceso en cuestión no reviste una gran complejidad, dado que la solicitud principal se centraba en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la devolución de aportes al Régimen de prima media con prestación definida, asunto que ha sido objeto de jurisprudencia vinculante a lo largo de varios años, y por otro lado, que este tribunal, pese a la interposición del recurso, estaba obligado a examinar el asunto en grado jurisdiccional de consulta, lo que implicaba abordar los temas materia de alzada, estas interpretaciones no pueden automáticamente eximir a la parte vencida de su responsabilidad, máxime cuando no constituyen causales para que el juez se abstenga de emitir condena a la luz del citado precepto.

Es pertinente destacar que el presupuesto contemplado en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. se encuentra plenamente respaldado en el presente caso, toda vez que el mandatario profesional tuvo una participación acuciosa en la causa, no solo en su parte sustantiva sino procesal, cuyo trámite implicó una inversión considerable de tiempo y reveló una atención diligente en defensa de los intereses de su poderdante, por lo que, el gasto de apoderamiento debe ser debidamente compensado al actor, no solo como un reconocimiento justo, sino también como un respaldo a la noble y digna labor de los abogados, encontrándose en consecuencia, que las costas judiciales están efectivamente causadas y probadas.

Radicación n.º 110013105 023 2022 00278 01.

En resumen, al considerarse las costas como una compensación por los gastos derivados de la atención de un proceso judicial y como una obligación procesal dirigida contra el patrimonio de la parte vencida, se evidencia que no existen fundamentos en este caso que permitan exonerar a la parte apelante de dicha responsabilidad, dado que su recurso no fue exitoso.

En los anteriores términos dejo plasmado mi salvamento de voto parcial.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 023 2022 00519 01
DEMANDANTE: LUIS NARSIZO PUENTES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., MINISTERIO DE HACIENDA - OFICINA DE BONOS PENSIONALES y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante y por la demandada UGPP contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de agosto de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la validez de su afiliación efectuada el 30 de junio de 2014 a la AFP Porvenir, por lo que es beneficiario del régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS y; que es beneficiario de la devolución de saldos y rendimientos financieros, incluyendo el valor del bono pensional tipo A. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir y a la UGPP, a pagar la devolución de saldos y los rendimientos financieros, incluyendo el valor del bono pensional tipo A, a partir del 18 de junio de 2022; los intereses de mora; costas y las agencias en derecho y, lo extra y *ultra petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 15 de mayo de 1950. Laboró como guardián con el Instituto Nacional Penitenciario Y

Carcelario, desde el 1 de marzo de 1975 hasta el 26 de enero de 1980, con 55 días de interrupción. A la fecha no es pensionado y cuenta con más de 72 años. A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 43 años de edad; no se afilió inmediatamente a ninguno de los regímenes de pensiones vigentes y, solo se afilió en pensiones al RAIS a través de Porvenir S.A., como empleado dependiente, el día 30 de junio de 2014.

El día 17 de febrero de 2022 solicitó ante Porvenir la devolución de saldos, por lo que la AFP le hace la devolución por valor de \$2'255.827 correspondientes a los aportes obligatorios y rendimientos, pero no la devolución del valor del bono pensional tipo A, el cual, al ser reclamado, se le indica que el asegurado había manifestado que su historia laboral estaba completa. Mediante comunicado del 21 de julio de 2022, se le informa que el trámite del bono pensional tipo A, presenta el error 4447, relacionado con "*EL AFILIADO YA TENIA LA EDAD DE PENSION DE RPM EN EL MOMENTO DE LA AFILIACION AL RAIS*"; por lo que presenta ante el Ministerio De Hacienda Y Crédito Público - Oficina De Bonos Pensionales, reclamación administrativa, solicitando la liquidación del bono y, ante la UGPP, la aceptación y pago. El 8 de septiembre de 2022, el Ministerio contesta, aduciendo que a la edad de 64 años no se podía haber afiliado al RAIS y que lo que debió hacer era reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Aduce que, para el 18 de junio de 2022, acreditaba más de 62 años de edad y menos de 1.150 semanas cotizadas al sistema general de seguridad social en pensiones; así como menos de 300 millones de pesos en su cuenta de ahorro individual; por lo que no acreditaba los requisitos para acceder a la pensión de vejez; tenía conformada su historia laboral y, acreditaba los requisitos para la devolución de saldos; sin que a la fecha, las demandadas hayan adelantado trámite alguno tendiente a convalidar su historia laboral y, a que se proceda con la liquidación provisional, emisión, expedición, redención y pago del bono pensional tipo A, modalidad 2 (01Demanda, fls. 1 a 10).

Al dar contestación, la **Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social - UGPP -**

se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, su labor como guardián del INPEC en los extremos referidos y, su edad; manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de improcedencia de derecho alegado por derogatoria normativa, improcedencia de los intereses moratorios, improcedencia de condena en costas, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe de la UGPP, prescripción, caducidad y/o prescripción de la acción, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la UGPP carece de legitimación en la causa por pasiva para determinar efectos de la liquidación, emisión y redención del bono pensional por cuanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público es la entidad encargada de expedir los bonos pensionales de conformidad con el Decreto 1299 de 1994; además, se encuentra acreditado que el demandante se trasladó de Régimen Pensional a la AFP PORVENIR, por lo que es esta entidad la que tiene que realizar el trámite de redención del bono pensional, por lo cual será ésta la entidad encargada de verificar los requisitos y dar trámite a solicitud incoada por el demandante (archivo 05 fls. 2 a 15).

La Oficina de Bonos Pensionales - Ministerio de Hacienda manifestó oponerse a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la reclamación elevada, su respectiva respuesta y, la falta de trámite tendiente a la expedición, redención y pago del bono pensional solicitado; indicó no constarle los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación a cargo de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, buena fe y, las demás declarables de oficio. En su defensa expuso que, para el momento en que la AFP Porvenir efectuó la afiliación al RAIS del señor Puentes, el demandante no solo ya había cumplido con los requisitos exigidos por el régimen de prima media con prestación definida para haber obtenido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, es decir, ya tenía un derecho adquirido; sino que, no podía trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad - RAIS, porque, no solo se encontraba a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión, sino que ya había alcanzado la misma desde el mes de mayo de 2012; contrariando lo dispuesto en el artículo 2º de la ley 797 de 2003,

modificatorio del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 (archivo 07 fls. 6 a 16).

Finalmente, la **AFP Porvenir S.A.**, manifestó oponerse a todas y cada una de las pretensiones del actor. Aceptó la fecha de nacimiento del actor, su edad, su status de no pensionado, su falta de afiliación inmediata a alguno de los regímenes pensionales traídos por la Ley 100 de 1993, su afiliación al RAIS a través de esta AFP el 30 de junio de 2014, la solicitud de devolución de saldos, la devolución efectuada, la comunicación referente al error que presenta su trámite del bono pensional tipo A; el hecho de acreditar para el 18 de junio de 2022, más de 62 años de edad, no acreditar los requisitos para obtener la pensión de vejez, pero sí para ser beneficiario de la devolución de saldos. Indicó no constarle o no ser ciertos los demás hechos. Propuso las excepciones de fondo de: inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir s.a., cobro de lo no debido- pago, buena fe, cumplimiento de las obligaciones por parte de la AFP porvenir, mala fe del actor y, prescripción. En su defensa expuso no ser viable legalmente para Porvenir hacer devolución de saldos alguna al actor, puesto que ya la efectuó por valor de \$2'255.827, el 18 de febrero de 2022; asimismo, a Porvenir no le es factible devolver valor alguno al actor por concepto de Bono Pensional, respecto del cual la entidad obligada al reconocimiento, emisión y pago, esto es, al Ministerio De Hacienda Oficina De Bonos Pensionales, negó la existencia de dicho derecho (archivo 08, fls. 2 a 17).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 15 de agosto de 2023 (archivo 18), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que no tiene validez el traslado efectuado por el demandante LUIS NARSIZO PUENTES del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que se realizó a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA, dado que desconoce la prohibición contemplada en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, a RECONOCER y PAGAR al demandante LUIS NARSIZO PUENTES la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía de \$2'734.827.

TERCERO: ABSOLVER a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, de las pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARAR PROBADA la excepción improcedencia de intereses moratorios, y NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: ORDENAR se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP.

Como sustento de su decisión, señaló que para el momento en que el actor se afilió a Porvenir, contaba con 64 años de edad, sobrepasando la edad exigida en el régimen de prima media para acceder a la pensión por vejez y, por ello no era posible trasladarse de régimen, pues se desconocería el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 del 2013, teniendo en cuenta que con anterioridad a dicha vinculación, el actor se encontraba afiliado a Cajanal, entidad que pertenecía al régimen de prima media con prestación definida conforme el artículo 52 de la Ley 100 de 1993; por lo que el traslado no resulta válido y no puede producir efectos de ley.

En consecuencia, debe entenderse que el demandante únicamente ha estado afiliado al régimen de prima media con prestación definida, no siendo procedente la devolución de saldos, incluyendo el bono pensional como se solicita en la demanda, dado que dicha prestación es exclusiva del régimen de ahorro individual y, en su lugar, el actor tiene derecho al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión por vejez conforme lo establecido en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, a cargo de la UGPP, como responsable de las obligaciones pensionales que estaban a cargo de la extinta Caja Nacional de Previsión Social.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, demandante y demandada UGPP, recurrieron la sentencia.

La **parte actora** manifestó que no debió tomarse el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, como base fundamental de la sentencia, pues el actor al afiliarse al sistema de régimen de ahorro individual con solidaridad no se trasladó, sino que hizo una selección inicial del régimen. Si bien es cierto, él venía en el régimen de prima media con prestación definida, administrado por la otrora Cajanal, esto fue antes de la vigencia de la ley 100 del 93, encontrándose inmerso en el sistema pensional que existía en Colombia. La nulidad de la afiliación planteada por el juez de conocimiento no viene al caso, porque, si bien en la contestación de la demanda, algunas de las demandadas dijeron que procede es la nulidad de la afiliación, ello no fue planteado como una demanda de reconvención, además reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, extralimita las facultades extra y ultra *petita*, al no ser eso lo pretendido en la demandada, ni discutido en el proceso.

Por su parte, **la demandada UGPP**, solicita se revoque la condena, aduciendo que el Decreto 5021 del 2009, señala la UGPP *“tiene por objeto reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional o de las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad porquien la esté desarrollando.”*; esto con base a los principios de sostenibilidad y equilibrio financiero del sistema pensional. Por lo anterior carece de falta de legitimación en la causa por pasiva y, falta de competencia conforme a los aportes realizados por el demandante.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a la UGPP entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor: **(i)** nació el 15 de mayo de 1950, por lo que cumplió 62 años de edad el mismo día y mes del año 2012, según se infiere de la copia de la cédula de ciudadanía (archivo 01, fl. 23); **(ii)** estuvo afiliado y cotizó al régimen de prima media con prestación definida, a través de la Caja Nacional de Previsión Social, en virtud de su vinculación laboral al Ministerio de Justicia, a través del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, del 1º de marzo de 1975 al 26 de enero de 1980 (archivo 01, fls. 41 a 47) y; **(iii)** en el mes de julio de 2014, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. (archivo 08 fl. 48 a 49).

En este entendido, corresponde a esta Sala definir, en primer lugar, la validez de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad llevada a cabo en el año 2014.

De la validez del acto jurídico

Sea lo primero recordar que, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

A su vez, el literal e) *ejusdem*, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, establece que: *“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.”*

Pues bien, la referida Ley 797 de 2003, entró a regir el 29 de enero de 2003, y en los términos del precepto en cita, trajo para los afiliados una prohibición expresa para el traslado entre regímenes, que inició en vigor a partir del 29 de enero de 2004, fecha a partir de la cual, un afiliado al que le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión de vejez, queda imposibilitado legalmente para cambiar del régimen público al privado, o viceversa, esto es, a partir de los 47 años en el caso de las mujeres y, de los 52 para los hombres. Lo anterior en aras de evitar la descapitalización de los fondos y, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones; así lo explicó la Corte Constitucional cuando estudió la constitucionalidad de dicha norma, mediante Sentencia C-1024 de 2004:

La medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional. (...)

En el presente asunto, se tiene que el actor venía afiliado al régimen público de pensiones, a través de la Caja Nacional de Previsión Social, cual era la regulada para las personas vinculadas al INPEC (sector público), por lo que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, quedó automáticamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida (artículo 151 ley 100 de 1993), pese a que no haya efectuado manifestación expresa de su intención de vincularse a dicho régimen pensional.

En este sentido, es claro que su afiliación al RAIS en julio del año 2014, sí constituyó un traslado de régimen pensional, pues viniendo de estar vinculado al régimen público a través de la entonces CAJANAL,

quedó automatizado como afiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo cual, su vinculación a la AFP Porvenir en el 2014, no sería su primera vinculación al sistema general de pensiones, sino un traslado al régimen privado del RAIS.

De acuerdo con lo anterior, no resulta válido su traslado al RAIS, por encontrarse inmerso en la prohibición expresa establecida en el referido literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, dado que, no solo le faltaban menos de 10 años para el cumplimiento de la edad mínima de pensión de vejez en el régimen de prima media, esto es 62 años de edad, sino que, de hecho, ya sobrepasaba tal requisito, pues para julio del año 2014, el actor contaba con 64 años de edad cumplidos; razón por la cual, de validarse su traslado al RAIS, se estaría avalando una clara desfinanciación del sistema y, abierta vulneración del marco normativo.

Al no resultar próspera la pretensión encaminada a declarar la invalidez de la afiliación del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se caen por sustracción de materia, las pretensiones consecuentes, encauzadas a obtener la devolución de saldos con la inclusión del Bono Pensional tipo A, pues el mismo, nunca se generó y; en este entendido, se confirmará este punto de la sentencia del a quo.

De la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez

El a quo consideró que al no resultar válida la vinculación del accionante al RAIS y, entenderse que siempre ha pertenecido al régimen de prima media, le asiste derecho al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión por vejez conforme lo establecido en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, a cargo de la UGPP, como responsable de las obligaciones pensionales que estaban a cargo de la extinta Caja Nacional de Previsión Social; pretensión que no fue objeto del litigio.

1. Facultades ultra y extra petita

Debe precisarse que el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social dispone que: *“el juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que estas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas”*.

Sobre el punto, la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, ha establecido que la facultad extra *petita* -por fuera de lo pedido- requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio. Por su parte, la ultra *petita* -más allá de lo solicitado- exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y (ii) que del juicio no emerja que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor (CSJ SL3614-2020).

Revisados los hechos y pretensiones del asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, se observa con claridad que todos ellos se erigen bajo el supuesto de haber causado aportes en Cajanal por la vinculación laboral con el INPEC y, posteriormente haberse vinculado al RAIS a través de la AFP Porvenir, efectuando aportes pensionales a dicha administradora, de quien se pretende el trámite correspondiente para obtener la total devolución de sus aportes, incluyendo el valor del bono pensional tipo A, de conformidad con lo establecido en los artículos 61, 65, 66 y 67 de la ley 100 de 1993, en concordancia con lo establecido en el artículo 198 de la Ley 1955 de 2019; que rigen el sistema pensional del régimen de ahorro individual con solidaridad.

El *a quo*, tras señalar que no procedía imponer condena por ninguna de las pretensiones de la demanda, al no haberse demostrado los supuestos fácticos en que se soportaron, concluyó procedente la

imposición de condena por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, que opera únicamente para el régimen de prima media con prestación definida y, que se encuentra regulada bajo parámetros completamente diferentes a los que regulan la devolución de saldos y, más aún, la expedición del bono pensional, en cualquiera de sus modalidades. Aunado a lo anterior, la procedencia de esta prestación, no fue discutida en ninguna de las etapas del proceso, pues como quedó visto, no fue peticionada por la parte actora, ni menos se dio la oportunidad a la pasiva de exponer su defensa en este aspecto.

Recuérdese, que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda y, bajo ninguna circunstancia se puede sorprender a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Constitución Nacional. En consecuencia, no podía imponerse condena por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, cuando esta petición ni siquiera ha sido formulada por el accionante ante la entidad pertinente; encontrando que el juez de primer grado, extralimitó el uso de sus facultades extra *petita*, que se insiste, tienen una limitación que impide que el juzgador profiera condenas no debatidas en juicio, sino en estricto sentido, deben corresponderse con el objeto y la causa del proceso incoado, para garantizar el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción de la pasiva.

2. Falta de legitimación en la causa por pasiva

Ahora bien, aun si en aras de decisión se procediera a estudiar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en este proceso, debe tenerse en cuenta que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto que dicha prestación estaría a cargo exclusivamente de Colpensiones.

Ello es así, por cuanto, como se dijo anteriormente, mediante el Decreto 2196 de 2009 el Gobierno Nacional ordenó la supresión y liquidación de CAJANAL, la cual finiquitó en julio de 2013, disponiendo en

el citado Decreto como efectos, que desde su orden Cajanal no podría iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social y que sus afiliados cotizantes debían ser trasladados a la administradora del Régimen de Prima Media; el cual, en los términos del artículo 52 de la Ley 100 de 1993, sería administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES.

En dicho precepto, también se estableció, que las cajas del sector público o privado existentes administrarían dicho régimen respecto de sus afiliados y mientras subsistieran. A su vez, el referido Decreto 2196 de 2009 dispuso que la Caja Nacional de Previsión Social debía de adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, como en este caso lo era el aquí demandante, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de tal decreto, a la administradora del régimen de prima media del ISS, hoy Colpensiones.

De esta manera, la administración del régimen de prima media con prestación definida, se encuentra en cabeza exclusiva de Colpensiones, resultando clara la improcedencia de la condena por una prestación correspondiente a este régimen, como lo es la indemnización sustitutiva, a cargo de la UGPP, máxime, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 3 del susodicho decreto de supresión y liquidación de Cajanal, aquella únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, mas no la afiliación de los cotizantes.

Bajo estas condiciones, forzoso resulta concluir que, la única entidad a cargo de la administración de los aportes pensionales del demandante es Colpensiones, por ser el ente que actualmente está administrando el Régimen de Prima Media, entidad que no fue llamada a este juicio y, que la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, no se encuentra llamada a responder en la presente actuación pues no existe obligación alguna a su cargo.

3. Falta de jurisdicción

Finalmente, cumple precisar que, en el evento de que procediera el estudio de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez bajo los

supuestos fácticos concedidos por el juez de primer grado, esto es, tomando única y exclusivamente los aportes pensionales causados por la vinculación laboral del demandante con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, efectuados a Cajanal; el conocimiento del presente asunto no correspondería a la Jurisdicción Ordinaria, sino a la de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, los aportes del actor realizados entre 1975 y 1980, lo fueron en virtud de una relación legal y reglamentaria como Guardian del INPEC, establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Justicia, y cuyos empleados ostentan la calidad de empleados públicos¹.

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, se revocará la condena impuesta por el juez de primer grado por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a cargo de la UGPP, para en su lugar absolver también a esta demandada.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de agosto de 2023, para en su lugar absolver también a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones

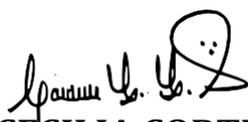
¹ Decreto 407/94. Art. 8o. CARACTER DE SUS SERVIDORES. Las personas que prestan sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, son empleados públicos con régimen especial.

Parafiscales de la Protección Social - UGPP, de todas las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de la *a quo*.

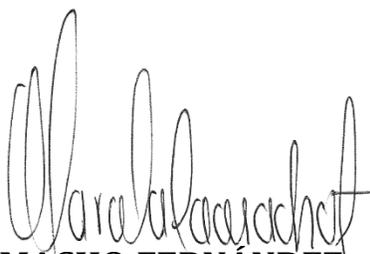
TERCERO: Sin **COSTAS** en la consulta, ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado