

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARÍA DEL MAR SUSO DOMNGUEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-005-2019-00661-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No.177

Santiago de Cali, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el artículo 15 del decreto 806 del 4 de junio de 2020, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°008 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la **DEMANDANTE** y la demandada **PROTECCIÓN S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia No. 321 del 6 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada **VICTORIA EUGENIA VALENCIA MARTÍNEZ** identificada con T.P. No. 295.531 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de **COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA DEL MAR SUSO DOMNGUEZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** hoy **SKANDIA S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, con el fin de que: 1) Se declare la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. 2) En consecuencia, se ordene su regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**, con los recursos obrantes en su cuenta de ahorro individual, incluyendo sus respectivos rendimientos. 3) Por último, reclamó condena en costas para las accionadas.

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran visibles de folio 49 a 56 Archivo 01 ED, así como en las contestaciones militantes de folios 9 a 19 Archivo 03 ED (Colpensiones), folios 2 a 18 Archivo 05 ED (Protección S.A.) y folios 55 a 64 Archivo 09 ED (Skandia S.A.).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 321 del 6 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS. En consecuencia, condenó a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** todos los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos, e incluyendo 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. Así mismo, dispuso que la última acepte los recursos provenientes del RAIS, y active la afiliación de la demandante. Por último, condenó en costas solamente a **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**.

Fundamentó su decisión en que, el derecho a la seguridad social está definido a la luz del artículo 48 CN como un servicio público de carácter obligatorio, desarrollado por la Ley 100 de 1993 creadora del Sistema General de Pensiones, integrado por dos (2) regímenes, solidarios y excluyentes, como son el RPMPD y el RAIS, teniendo importancia en este ámbito que las AFP suministren la información necesaria para lograr la mayor transparencia a fin de lograr de parte del afiliado, tomar una decisión informada, y en ese caso, escoger las mejores opciones de mercado, con elementos de juicio claros y objetivos, conforme lo señalado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Así mismo, expuso que conforma la Ley 1478 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circulares Externa No. 016 de 2016 impusieron el deber de la doble asesoría, proyección pensional e ilustración sobre los requisitos de la garantía de pensión mínima y otros mecanismos de protección a la vejez vigente dentro de la legislación.

Aunado a ello, recordó la postura asumida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ frente al tema estudiado (SL1421-2019 y SL1452-2019), que pone de presente la obligación de las AFP de informar de manera adecuada a los afiliados desde la antesala de la afiliación, hasta el cumplimiento de las condiciones para el disfrute pensional, de forma completa y comprensible, con el alcance de quien sabe las consecuencias mayúsculas de una decisión como es la elección del régimen pensional, bajo la premisa del deber del buen consejo, y ampliamente ilustrativo, al punto de llegar a desanimar a la persona, debiendo la AFP demostrar que cumplió con ese compromiso de información.

En consecuencia, consideró que en el particular **SKANDIA S.A.** no demostró haber suministrado a la actora la información clara, suficiente y calificada sobre las consecuencias que acarrearía el traslado, ni que se le hubiera brindado la doble asesoría, razón por la que hay lugar a declarar la ineficacia de este.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** recurrió la decisión solicitando que, de conformidad con el artículo 365 CGP, se imponga condena en costas a **SKANDIA S.A.**, como quiera que esta entidad fue vencida en juicio.

Por su parte, la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** apuntó principalmente en contra de la orden tendiente a devolver los gastos de administración, al considerar que el descuento de estos está autorizado desde el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los cuales se encuentra ya causadas con la administración de los dineros aportados en nombre de los demandantes, no siendo procedente hacer la devolución de estos valores, pues aclara que, en estos casos, solo es procedente la devolución de los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos, causados estos por una correcta gestión de la AFP.

Precisó que al tenor del artículo 1746 código civil, mismo que habla de los efectos de la declaratoria de nulidad, las cosas son restituidas al estado en que se hallaban antes del contrato nulo, pero los contratantes son responsables de las pérdidas de las especies o deterioro de las especies, de los intereses, frutos, abonos y mejoras. Por consiguiente, debe entenderse que, al no existir afiliación, no surgió para la AFP la obligación de administrar los recursos de la afiliada, tampoco hubo generación de rendimientos, y mucho menos debió cobrarse gastos de

administración, hecho en el que no puede desconocerse los frutos y mejoras, que para el afiliado son los rendimientos, y para la entidad, son las cuotas de administración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto del 11 de mayo de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos las apoderadas de la parte demandada **COLPENSIONES** y **SKANDIA S.A.**, como se advierte de los archivos 06 y 07 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **SKANDIA S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de la administradora del RAIS.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y prima previsional de seguros.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- (I) Que estando afiliada al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1980 y 1982, la demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PENSIONAR hoy **SKANDIA S.A.** el 1 de abril del 2000 (f. 19 a 20 Archivo 05 ED y 4 Archivo 09 ED).
- (II) Que durante su permanencia en el RAIS, el 26 de junio de 2009 la demandante decidió trasladarse con destino a **PROTECCIÓN S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 21 a 42 Archivo 05 ED).
- (III) Que el 10 de abril de 2019 la demandante solicitó a **OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA S.A.** y a **PROTECCIÓN S.A.**, su traslado desde el RAIS al RPMPD, incluyendo los aportes y rendimientos financieros, sin lugar a descuentos por administración, petición a la que no accedieron estas demandadas en respuestas de los días 3 y 6 de mayo de 2019 (f. 8 a 16 y 20 a 26 Archivo 01 ED).
- (IV) Así mismo, el 11 de abril de 2019 la señora **MARÍA DEL MAR SUSO DOMNGUEZ** suscribió formulario de afiliación a **COLPENSIONES**, trámite negado por la entidad en comunicado de la misma fecha (f. 19 Archivo 01 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario recordar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, la sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse «*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL12136-2014).

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*».

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearían al afiliado no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, entre estas el certificado Siafp de Asofondos y el formulario de afiliación de la demandante a la AFP PENSIONAR hoy **SKANDIA S.A.** (f. 42 Archivo 5 ED y 4 Archivo 09 ED), nada se indica respecto las consecuencias que traía consigo el traslado del RPM al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la

forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019). (Negrilla y Subraya de la Sala)

De ahí que, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para ella cuales serían sus expectativas pensionales futuras de optar por la entidad.

Aúnesse también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, las AFP mencionadas están en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que esta tome la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción al afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien la demandante lleva afiliada al RAIS más de 20 años, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la afiliada se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, **el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la asesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).**

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente cuando ya se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que lo llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la

única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independiente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **SKANDIA S.A.**, entidad con la cual se materializó el traslado de régimen, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la actora al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la afiliada, con lo que se desestiman los argumentos de las demandada.

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que **PROTECCIÓN S.A.**, fondo al que se encuentra afiliada la demandante, no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al actor tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento a los recursos del RPMPD.

Frente a este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** con cargo a su propio peculio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En lo relativo a los rendimientos debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse, integrándose al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a **COLPENSIONES**, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, pues pese a lo señalado por la apoderada de esta última AFP, si bien el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no puede pasarse por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos, circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado de régimen imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la administradora del RAIS en su

deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea **ineficaz**, y así mismo, que las cosas deban volver al estado en el que se hallarían de no haberse dado el acto irregular de afiliación, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

Sobre las **restituciones mutuas**, hay que decir que, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y la parte actora.

En este orden de ideas, como la decisión de primer grado se conoce en consulta a favor de **COLPENSIONES**, y en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular de la demandante, pues se reitera, esos recursos desde un principio han debido ingresar al RPMPD (sentencia SL 4609 de 2021), habrá de adicionarse el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido condenar a **SKANDIA S.A.** que también traslade debidamente indexado a **COLPENSIONES** los gastos de administración y el porcentaje de prima de seguro previsional correspondiente al periodo en que la demandante estuvo afiliada a dicha entidad, esto con cargo a su patrimonio.

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, extensible en este caso (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Finalmente, en cuanto a los argumentos esbozados por **la parte demandante** relativos a que **SKANDIA S.A.** debió ser condenada en costas conforme el artículo 365 CGP, considera la Sala que le asiste razón, pues al revisar el actuar de esa entidad durante el curso del litigio, se advierte sin mayor dificultad que la misma mantuvo su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito. Además, al igual que las demás demandadas, resultó vencida en juicio. En consecuencia, deberá adicionarse el numeral cuarto de la decisión en este sentido.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la Sentencia en los términos descritos, confirmándose en lo demás la decisión. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, a quien le fue resuelto de manera desfavorable su recurso, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR los numerales SEGUNDO y CUARTO de la parte resolutive de la Sentencia No. 321 del 6 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **CONDENAR** a **SKANDIA S.A.** que traslade a **COLPENSIONES** debidamente indexados los gastos de administración y el porcentaje de prima de seguro previsional, correspondientes al periodo en que la señora **MARÍA DEL MAR SUSO DOMNGUEZ** estuvo afiliada a dicha AFP, con cargo al patrimonio propio.
- **CONDENAR** en costas de primera instancia a **SKANDIA S.A.**

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Las **COSTAS** en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA
Ley 527 de 1999, artículo 7°. Decreto 2364 de 2012

Firma digitalizada para
ases judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO GARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	HERNÁN ARTURO COBO
DEMANDADOS	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
RADICADO	76001-31-05-018-2021-00474-01

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	JOSÉ EVELIO CALDERÓN
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RADICADO	76-001-3105-012-2021- 00446-01

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	CIELO ESMERALDA HENAO QUINTERO
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A..
RADICADO	76001-31-05-005-2021-00178-01

	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARÍA DEL MAR SUSO DOMNGUEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.
RADICADO	76001-31-05-005-2019-00661-01

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	CARMEN INÉS VÁSQUEZ CAMACHO
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
LITISCONSORTE	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP
RADICADO	76001-31-05-009-2021-00093-01

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

Considero no resulta procedente el estudio del grado de CONSULTA de la sentencia por cuanto COLPENSIONES presentó recurso de apelación, ello es así por cuanto el recurso de apelación y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia, por consiguiente, resultan excluyentes entre sí.

Así lo determinó la Corte Constitucional en **sentencia T-1092 de 2012** cuando determinó la incompatibilidad del recurso de apelación con la consulta dentro de los procesos ordinarios de la especialidad laboral, veamos:

4. Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional la apelación y la consulta tiene una misma finalidad, que es revisar las decisiones del juez de primera instancia para corregir los errores de esa providencia, y que el fallo que haga tránsito a cosa juzgada se expida conforme al ordenamiento jurídico: *“De ahí que, como lo sostiene un amplio sector de la doctrina procesalista, si la parte en cuyo favor se estableció la consulta recurre en apelación, no es necesaria la misma, pues por sustracción de materia quedaría sobrando”*².

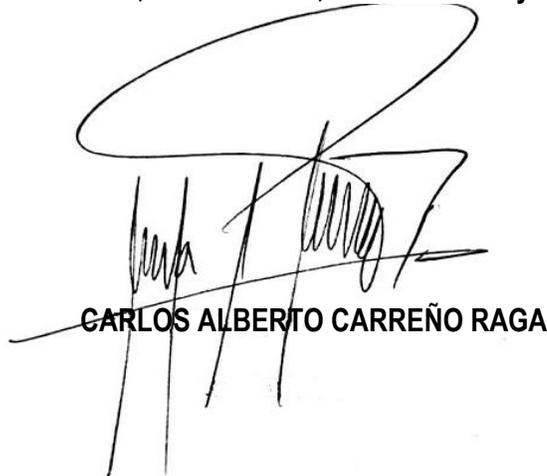
Bajo este supuesto, las herramientas procesales referidas son formas diferentes de agotar el proceso laboral. Así, en el evento en que se tramite y decida el recurso de apelación el juicio ordinario terminará, siempre que no se proponga o proceda la casación. Lo propio ocurre con la consulta, pues dicho instituto procesal es indispensable para que la decisión adoptada por el *a-quo*, que es totalmente adversa al trabajador o la entidad territorial, quede ejecutoriada, y el proceso llegue a su fin³. En efecto, ese grado jurisdiccional *“es un trámite obligatorio en los casos en que la ley lo exige y que, tratándose del contencioso laboral, dicho grado jurisdiccional deberá inexorablemente surtirse en los eventos de que trata el canon 69 del C.P”*⁴.

La Corte estima que la consulta y la apelación son excluyentes entre sí, de modo que no proceden de forma simultánea. Es más, el instituto procesal estudiado es independiente de los recursos, por cuanto sobrepasa los factores de competencia⁵. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo⁶, norma que señala cuáles son los recursos existentes para atacar las providencias en los procesos adelantados ante la jurisdicción laboral. Lo expuesto en razón de que *“propende por la realización de objetivos superiores como el interés general de la Nación, la consecución de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial”*.

2

Así también se ha manifestado en aclaraciones de voto en providencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia **SL 3202-2021, SL 3047-2021, SL 3199 –2021 y SL 3049-2021**.

El Magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firmado Por:

Maria Nancy Garcia Garcia

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 010 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f14ce4552d4d0be0ea5350f08945471292b5f1eb6c52951045721690f90ac2aa**

Documento generado en 29/06/2022 03:03:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>