

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>JOSÉ EVELIO CALDERÓN</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>COLPENSIONES y PORVENIR S.A.</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO DOCE LABORAL DEL CTO DE CALI</b>
<b>RADICADO</b>	76001-31-05-012-2021-00446-01
<b>SEGUNDA INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN Y CONSULTA</b>
<b>TEMAS Y SUBTEMAS</b>	<b>Ineficacia de Primera Afiliación</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>CONFIRMA</b>

**SENTENCIA No.209**

Santiago de Cali, veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 009 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia No. 363 del 9 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali

**ANTECEDENTES**

El señor **JOSÉ EVELIO CALDERÓN** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a través de **PORVENIR S.A.** **2)** Que, en consecuencia, se ordene a dicha entidad la devolución de sus aportes, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses, así como los gastos de administración. **3)** Así mismo, se imponga a **COLPENSIONES** la obligación de recibirlo en calidad de afiliado, junto con los recursos provenientes de **PORVENIR S.A.** **4)** Solicitó condenar en costas a las demandadas.

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 en la demanda, la subsanación y posterior reforma, visibles a folios 1 a 18 Archivo 03 ED, 1 a 3 Archivo 07 ED y 2 a 4 Archivo 10 ED, así como en las contestaciones a la demanda y a la reforma, militantes de folios 2 a 9 Archivo 10 ED y 2 a 3 Archivo 16 (Colpensiones).

Mediante Autos No. 4058 del 3 de noviembre de 2021 y No. 4377 del 22 de noviembre de 2021, se tuvo por no contestada la demanda y la reforma a la demanda por parte de **PORVENIR S.A.**, respectivamente (Archivos 14 y 20 ED).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali mediante Sentencia No. 363 del 9 de diciembre de 2021, tuvo por no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y, en consecuencia, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante, señor **JOSÉ EVELIO CALDERÓN**, al régimen de ahorro con solidaridad administrado **PORVENIR S.A.**, entendiéndose afiliado a **COLPENSIONES**, entidad a la que le ordenó recibirlo sin solución de continuidad y barreras administrativas.

Seguidamente, condenó a **PORVENIR S.A.** a transferir a **COLPENSIONES** todos los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral sin inconsistencia de semanas y los aportes voluntarios si los hubiere, disponiendo la entrega de estos últimos directamente al afiliado. Así mismo, le impuso la obligación de devolver los gastos de administración, con inclusión de las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos.

Para arribar a esta conclusión, la Juzgadora comenzó por aclarar que el asunto versaba sobre la ineficacia de la afiliación, como quiera que antes de su vinculación al RAIS, el demandante no estaba afiliado al régimen de prima media, en tanto su empleador, el Municipio de Santiago de Cali, no estaba obligado a afiliarlo y realizar las consecuentes cotizaciones al sistema de pensiones. En ese sentido, manifestó que en principio, la postura del Despacho era de negar las pretensiones en casos como el estudiado, basada en la sostenibilidad del sistema, y la imposibilidad de retornar a un régimen en el que nunca se estuvo afiliado; sin embargo, adujo que en aras del derecho a la igualdad y la seguridad jurídica, acogía la postura de la Sala Laboral del Tribunal de Cali, que da preponderancia al derecho de información, el cual, de no estar satisfecho, no puede dar efectos al traslado de régimen o a la afiliación.

En ese sentido, afirmó que si bien con la suscripción del formulario de afiliación se aceptan las condiciones de determinado régimen pensional conforme lo define el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, dicha normatividad plasma de manera expresa que la vinculación del afiliado se haga de manera libre y voluntaria, aunado a lo decantado por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la Sentencia STP12082-2019, relativa a que el formulario no es suficiente para extraer la existencia del consentimiento informado para entender la dinámica del régimen al que se estaba afiliando, dado el funcionamiento distinto de ambos regímenes pensionales, que en ciertos aspectos puede tener resultados adversos para el afiliado, circunstancias que debían ser comunicadas, y no se cumplía con el simple hecho de poner de presente los beneficios, sino con una actividad informativa completa. En consecuencia, expresó que **PORVENIR S.A.** no acreditó el cumplimiento del deber legal de comunicar al usuario como es el funcionamiento del sistema y las características negativas, por lo que no se puede entender que la decisión de afiliarse fue libre, estudiada y coherente, al no contar con la información suficiente.

En ese orden de ideas, al no demostrarse que a la demandante le hubiesen entregado la información para conocer el alcance de sus derechos y obligaciones, da paso a dejar sin efecto su afiliación al RAIS, circunstancia no susceptible de prescribir (SL2817-2019).

Por consiguiente, explicó que, según la tesis de este Tribunal, como las cosas deben retornar al estado anterior, siendo el RPMPD donde debió estar el afiliado, debía ordenar a **COLPENSIONES** recibirlo como su afiliado.

## RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión, exponiendo que el actor no manifestó que la AFP omitió brindarle la información suficiente, como tampoco la existencia de culpa alguna por parte de esta entidad, dado que en ningún momento solicitó información al ISS a la hora de afiliarse al RAIS. En ese contexto, precisó que la administradora del RPMPD no es responsable de la posible falta de información de la AFP, y, por ende, tampoco debe asumir las costas del proceso.

Bajo esa idea, afirmó que la afiliación del demandante goza de plena validez y surte plenos efectos jurídicos, dado que el formulario fue expedido por la autoridad competente, junto al lleno de requisitos exigidos para tal fin, careciendo este acto de los vicios imputados, en razón a que no está probado un estado de interdicción que le impidiera tomar la decisión, aunado a la imposibilidad de tenerlo como afiliado al RPMPD, al nunca haber estado vinculado a este.

A su turno, la apoderada de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación alegando que al momento del traslado del actor, la entidad siempre actuó de buena fe en este acto jurídico, aludiendo que al declararse la ineficacia de la primera vinculación, se desconoce los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, en la medida en que el demandante nunca estuvo afiliado al RPMPD, y ni siquiera la Jurisprudencia ha establecido que la consecuencia en esta clase de decisiones sea entender una afiliación al régimen en comento, más cuando los regímenes no son subsidiarios entre sí, lo que, al retrotraer los efectos, tendría como efectos que el afiliado perdiera lo aportado. Acto seguido, manifestó que en el asunto bajo estudio no es dable aplicar lo señalado en el precedente judicial, por cuanto uno de los requisitos para declarar la ineficacia es haber estado afiliado a la prima media, situación no evidenciada en este caso.

De igual forma, aseveró que las reglas del deber de información no se deben aplicar de manera retroactiva, ya que el deber a cargo de la AFP era brindar una asesoría completa, suficiente y veraz, pero lo cierto es que desde un imposible jurídico se busca que la entidad demuestre un tipo de deber de información no exigible en la época, máxime que, en el particular, no logró demostrarse la existencia de vicios del consentimiento. Añadió que en estos procesos parten de negaciones indefinidas realizadas por los afiliados, quienes bajo una inconformidad netamente subjetiva, olvidando que la normativa de la época exigía el cumplimiento de ciertos deberes efectivamente satisfechos por su representada, lo cual se acredita con el formulario de afiliación, toda vez que no había obligación de dejar constancia escrita de las asesorías verbales brindadas,

Luego, expuso que, ante la ineficacia declarada, era viable oponerse a la orden relativa a trasladar los gastos de administración, pues al entender que las cosas deben retrotraerse al estado anterior a la afiliación, el demandante nunca estuvo vinculado a la entidad, no se generaron rendimientos, como tampoco se causaron los gastos de administración, generándose con ordenes como las impuestas, un desequilibrio económico. Agregó que la decisión tampoco es acorde con el artículo 1746 del Código Civil, que presupone el régimen de las restituciones mutuas, por lo que no estaría obligada a devolver las sumas invertidas para hacer rentar los recursos del afiliado, más cuando por disposición del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, estos tienen una destinación específica, esta es, financiar la correcta administración de los aportes, gestión que puede observarse de los rendimientos generados.

Por último, hizo referencia a que tampoco es procedente devolver lo invertido en las primas de seguro previsional, como quiera que durante la afiliación de aquel tuvo aseguradas las contingencias de invalidez y muerte, aunado a que estas sumas no reposan en la entidad,

sino en aquellas aseguradoras con quien se contrató la cobertura de tales consistencias. Por último, precisó la inviabilidad de reembolsar las sumas adicionales de la aseguradora, como quiera que en parte alguna fue discutida la causación de tales riesgos, conceptos a los cuales se adicionan las cuentas de no vinculados y rezagos, y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

El asunto se conocerá igualmente en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 CPT y SS.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante auto del 11 de julio de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término los apoderados de la parte demandante, Colpensiones y Porvenir, como se advierte en los archivos 08 y 10 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia

### **PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver se centra en establecer si se demostró en el plenario que, al momento de la afiliación al RAIS, la AFP respectiva cumplió con el deber legal de brindarle información relevante al actor, o si por el contrario hay lugar a declarar la ineficacia de esta vinculación, y sus efectos respecto de las administradoras.

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.

Se procede entonces a resolver tal planteamiento previas las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

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

- (i) Que el demandante se afilió al Régimen de Ahorro Individual administrado por **PORVENIR S.A.** el 30 de junio de 1995 de 1995, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad (f. 25 a 29 Archivo 12 ED).
- (ii) Que el 16 de abril de 2021 el señor **JOSÉ EVELIO CALDERÓN** solicitó a **PORVENIR S.A.**, entre otras, la nulidad de su afiliación a esta entidad, petición a la que no accedió la AFP en comunicación del 7 de mayo de 2021 (f. 3 a 8 y 28 a 30 Archivo 02 ED).
- (iii) En iguales términos, el accionante solicitó a **COLPENSIONES** el traslado de régimen pensional, a lo que no accedió esta demandada, conforme lo indicado en oficio del 4 de junio de 2021 (f. 9 a 14 y 31 a 34 Archivo 02 ED).

### **DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN**

Para desatar la controversia propuesta, 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, una sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación y la posibilidad del afiliado de realizar nuevamente esta de forma libre y espontánea.

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 tal sentido, resulta necesario tener en cuenta que la información es considerada como el derecho de todo ciudadano a enterarse sobre aquello que desconoce, de manera clara, detallada y transparente, acerca de situaciones que pueden llegar a ser de su interés; por ende, es un derecho fundamental, y correlativamente, una obligación del Estado garantizar su cumplimiento, máxime en tratándose de derechos pensionales, donde existen intereses y expectativas futuras de las personas, que por lo general, desconocen las diferentes características que han de tener cada uno de los regímenes pensionales dentro del sistema.

Lo anterior se da por cuanto, 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 para 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.

De lo anterior se extracta también, que a pesar de que la solicitud de vinculación inicial se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si la decisión del afiliado no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no puede predicarse que la **selección inicial de régimen pensional** hubiere tenido tales características. Las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad están en el imperativo de demostrar que cumplieron con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, en especial, el formulario de afiliación del demandante al **PORVENIR S.A.** (f. 28 Archivo 02 ED), nada se indica respecto las condiciones de su afiliación al RAIS, las diferencias existentes con el RPMPD, 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, contrario a lo manifestado por la mandataria de la AFP, la jurisprudencia también ha adoctrinado 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 la afiliada, 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).

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.

Y es que 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 posible afiliado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado como serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a la entidad.

Aunado a lo anterior, la Sala no pasa por alto el hecho de que tampoco se anexó constancia de entrega del plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de la AFP **PORVENIR S.A.**, mismo que según el artículo 15 del decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS; mucho menos reposa la comunicación por escrito de las AFP dirigidas al demandante referente a la posibilidad de retractarse de su afiliación, siendo esta una obligación que según el artículo 3º del decreto 1661 de 1994 recae en la entidad.

Ahora, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Corporación que al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está 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 la afiliación se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas.

De igual modo, aunque el fondo pensional asegura, como lo hizo su apoderado, que la información brindada al accionante fue oportuna, suficiente y clara, indicando además que el demandante fue ilustrado sobre las características y particularidades del RAIS y que la asesoría sobre la afiliación cumple con los requisitos de ser informada, libre y autónoma, la Sala no comparte estos argumentos, por cuanto, reitera, en el expediente no obra prueba que permita inferir que la **AFP PORVENIR** cumplió con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas que ofrece cada uno de los regímenes pensionales.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora, 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 tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el 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.

Corolario, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **PORVENIR S.A.** el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la afiliación del demandante al RAIS es ineficaz, razones que resultan suficientes para desestimar los argumentos de las demandadas.

De igual forma, es preciso señalar que pese a que como se advierte, el demandante nunca estuvo afiliado a **COLPENSIONES**, no por este hecho debe considerarse la pérdida de los aportes efectuados por el afiliado, según lo reflexionado por la AFP apelante, ya que al declararse la ineficacia de su vinculación inicial al RAIS, es lo procedente que el señor **JOSÉ EVELIO CALDERÓN** pueda realizar nuevamente la selección del régimen al que desea afiliarse, evidenciándose en el *sub-júdice* que es su voluntad o interés manifiesto pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, como se extrae de las pretensiones de la demanda, y se puso de manifiesto ante el ente de seguridad social al solicitar la afiliación a esta entidad (f. 18 a 23 Archivo 02 ED), que fuera negada por faltarle menos de diez años para cumplir la edad pensional (f. 32 Archivo 02 ED).

Así las cosas, en la medida que la ineficacia del acto de afiliación de régimen pensional supone negarle efecto bajo la ficción de que la misma nunca ocurrió, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar la totalidad del capital ahorrado por el afiliado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen al cual realmente quería pertenecer el afiliado, para el *sub-lite*, el régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**. (CSJ SL 31989, 9 sep.2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de **PORVENIR S.A.**, no existen razones jurídicas para que ésta no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del 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 económico de este ente.**

Sobre 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 debidamente indexados por **PORVENIR S.A.** con cargo a su propio patrimonio, 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 habría que indicar 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, rendimientos que de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que generarse, integrándose allí 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 remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.**, pues pese a que, tanto 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 una afiliación imperfecta, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención del demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, 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 deben 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)

Sobre las restituciones mutuas, 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 el actor.

De otro lado, frente a lo argüido en la alzada por la apoderada de **PORVENIR S.A.** respecto a la devolución del bono pensional, sumas adicionales de la aseguradora, y recursos obrantes en cuentas de rezagos y no vinculados, es pertinente poner de relieve que esta orden no está direccionada a una carga impositiva inamovible en relación con tales rubros, pues a donde apunta principalmente, es a la devolución de todos los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual, resaltándose sobre los emolumentos en mención, que su traslado solo procede en el evento que los hubiere.

En relación con la excepción de prescripción, la misma se despachará desfavorablemente atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son 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. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Por último, en lo atinente a la condena en costas fulminada en contra de **COLPENSIONES**, es menester indicar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en este momento se define cual extremo de la Litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de los Litigantes como erradamente lo entiende el apoderado de dicha entidad.

Es por todo lo anterior que se confirmará la Sentencia de primera instancia. Como se resolvieron de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos por **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, se les impondrá costas en esta instancia, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a MEDIO (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las citadas.

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: CONFIRMAR** la Sentencia No. 363 del 9 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, y **COLPENSIONES**, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fijan como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV a cargo de cada una de estas.

## NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

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

Firma digitalizada para  
actuación judicial



**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**  
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



**CARLOS ALBERTO CARREÑO 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”*<sup>2</sup>.

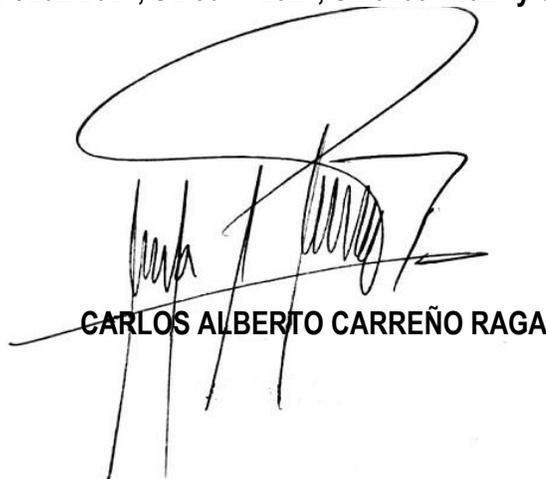
Bajo este supuesto, las herramientas procesales referidas son formas diferentes de agotar el proceso laboral. Así, en el evento en que se tramite y decida el recurso de apelación el juicio ordinario terminará, siempre que no se proponga o proceda la casación. Lo propio ocurre con la consulta, pues dicho 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 fin<sup>3</sup>. 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”*<sup>4</sup>.

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 competencia<sup>5</sup>. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo<sup>6</sup>, 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:

**María Nancy García García**

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**

**Sala 010 Laboral**

**Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **470a640b61091db8477969e7092177a766735f6ad9464a2b3ceb2cb428e28cc3**

Documento generado en 27/07/2022 03:23:35 PM

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