

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>CARMEN INÉS VÁSQUEZ CAMACHO</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.</b>
<b>LITISCONSORTE</b>	<b>UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE CALI</b>
<b>RADICADO</b>	<b>76001-31-05-009-2021-00093-01</b>
<b>SEGUNDA INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN Y CONSULTA</b>
<b>TEMAS Y SUBTEMAS</b>	<b>Ineficacia de Traslado de Régimen.</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>ADICIONA</b>

**SENTENCIA No.225**

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 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderada de la parte demandada COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta, respecto de la sentencia No. 370 del 25 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

**ANTECEDENTES**

La señora **CARMEN INÉS VÁSQUEZ CAMACHO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.**2)** Que, en consecuencia, se ordene su regreso al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** con los aportes existentes en su cuenta de ahorro individual y sus respectivos rendimientos.

A través del Auto No. 2774 del 27 de julio de 2021, se integró el litigio a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP** (f. 1 a 2 Archivo 24 ED).

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 y su reforma visibles a folios 1 a 10 Archivo 02 ED y 2 a 8 Archivo 23 ED, así como en las contestaciones militantes de folios 22 a 38 Archivo 38 ED y 2 a 18 Archivo 32 ED (Colpensiones), folios 2 a 22 Archivo 21 ED y 2 a 3 Archivo 32 ED (Porvenir S.A.), 2 a 10 Archivo 34 ED (UGPP).

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali mediante Sentencia No. 370 del 25 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la actora del RPMPD al RAIS. En consecuencia, dispuso que la señora **CARMEN INÉS VÁSQUEZ CAMACHO** fuese admitida por **COLPENSIONES** sin solución de continuidad, conservando el régimen al cual tenía derecho. Así mismo, ordenó a **PORVENIR S.A.** trasladar a la primera entidad todos los aportes realizados por la demandante, junto a sus respectivos rendimientos financieros. De otro lado, absolvió a la **UGPP** de las pretensiones de la demanda.

Como sustento de su decisión, y luego de recordar las pruebas arrojadas al proceso, especialmente el formulario de afiliación suscrito por la demandante con la **AFP PORVENIR S.A.**, para considerar que si bien podría decirse que la actora estuvo de acuerdo con el cambio y traslado de régimen pensional con la firma del documento en mención, no obraba evidencia en el legajo que diera cuenta de la asesoría brindada por parte de la administradora del RAIS donde se explicaran las consecuencias de su traslado, es decir, no le pusieron de presente las ventajas y desventajas que su decisión traería, exponiendo como sustento de su argumentación lo expuesto de manera pacífica por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema (Rad. 33083 del 22 de noviembre de 2011).

En esa senda, reiteró no había prueba alguna que enseñara el suministro de una asesoría clara y veraz que no indujera en error al potencial afiliado. Así mismo, señaló que no se observaba comunicado alguno de parte de la AFP, donde indicaran a la señora **CARMEN INÉS VÁSQUEZ CAMACHO** su potestad de retractarse de su decisión, conforme lo establece el inciso 3° literal b del artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, o la opción que tenía de regresar al RPMPD en los términos del Decreto 3800 de 2003.

Seguidamente, expuso que en el caso de la demandante, esta prestó sus servicios a la Contraloría General de la República, realizando aportes a pensión en CAJANAL, para después trasladarse a **PORVENIR S.A.** a través de un empleador privado, por lo que era viable declarar la ineficacia para ordenar su regreso automático al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**, sin régimen de transición, como quiera que no cumple los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin lugar a condena en contra de la **UGPP**, en vista que los recursos a trasladar reposan en el fondo privado.

Por último, refirió que, los medios exceptivos propuestos no estaban llamados a prosperar, aludiendo frente a la excepción de prescripción formulada por las integrantes del extremo pasivo, que, al tratarse de un tema ligado al derecho pensional, no podía operar el término trienal establecido.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, argumentando que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual de la señora **VÁSQUEZ CAMACHO**, toda vez que le fue detallada la información oportuna para que decidiera sobre sus derechos pensionales, evidenciándose los principios de honestidad y buena fe por parte de la AFP. Además, expuso que no es posible solicitar la ineficacia por el hecho de no haber logrado su objetivo laboral durante veinte (20) años, según lo preceptuado en el artículo 20 del Decreto 692 de 1994, máxime que su voluntad de pertenecer al RAIS la expresó con la firma en el formulario, aspecto corroborado en el interrogatorio, por lo que dice, es el fondo privado quien debe estudiar la concesión de las prestaciones pensionales en favor de la demandante.

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante auto No. 227 del 11 de julio de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de la parte demandada COLPENSIONES y el integrado como Litisconsorcio UGPP, los que pueden ser consultados en los archivos 05 y 06 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 **PORVENIR 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 las administradoras.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de todos los emolumentos que posee la administradora del RAIS en virtud del traslado realizado por la señora **CARMEN INÉS VÁSQUEZ CAMACHO**.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos previos las siguientes,

### CONSIDERACIONES

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

- (i) Que la demandante prestó servicios en la Contraloría General de la República, entre 1989 y 1992, tiempo en el que permaneció afiliada en materia de pensiones a la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL (f. 12 a 15 Archivo 23 ED).
- (ii) Posteriormente, la demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por **PORVENIR S.A.** el 14 de septiembre de 1995, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 23 a 49 y 54 Archivo 21 ED).
- (iii) Que el 25 de noviembre de 2020 la accionante solicitó a **COLPENSIONES** su afiliación al RPMPD; no obstante, a través de comunicación expedida en la misma fecha, la entidad negó este pedimento (f. 20 Archivo 03 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, una 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 suarios 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, especialmente el formulario de afiliación de la demandante **PORVENIR S.A.** (f. 54 Archivo 21 ED), pese a que aceptó la demandante haberlo suscrito de manera libre, nada se indica respecto de 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 la afiliada 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 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 la afiliada 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 les 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 a la posible afiliada, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le implicaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría la posible afiliada en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para la persona cuales serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a 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, 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, la carencia de 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, pues si bien se practicó el interrogatorio de parte al demandante, de su relato no se logra extraer confesión alguna que lo perjudique.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las 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 veinte (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 demandante 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 reasesoría, si es que la hubo, 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 la 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 **PORVENIR S.A.**, entidad con la que se materializó inicialmente el traslado de régimen de la demandante 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 2º 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 la asegurada 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.

Valga aclarar que, la demandante nunca estuvo afiliada al ISS antes de su afiliación al RAIS, de hecho, se observa que registraba afiliación a CAJANAL, en su calidad de servidor público, razón por la cual, al restituirse el *statu quo* gracias a la acreditación de la ineficacia, implica que deba ser restituida al único ente que a la fecha administra el régimen de prima media, como lo es **COLPENSIONES**, quien asumió tal responsabilidad de acuerdo con Ley 1151 de 2007 y el Decreto Extraordinario 4121 de 2011.

Lo expuesto también tiene incidencia en relación con otra interviniente en el proceso como la UGPP, a la cual le fueron asignadas obligaciones de tipo pensional que en una época estuvieron a cargo de CAJANAL, pues pese a su vinculación, está claro que al momento en que la actora migró al RAIS (1995), no tenía un derecho consolidado, lo que trasluce en que la integrada al litigio no tenga injerencia alguna en el eventual reconocimiento de prestaciones en favor de la demandante.

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 tanto la entidad citada 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 estas entidades, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la actora 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 al 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 **PORVENIR S.A.** con cargo de 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 la afiliada, 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.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos

financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, se reitera, todos estos recursos han debido ingresar al 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).

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a **COLPENSIONES**, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.**, pues 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 AFP 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 las administradoras 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).

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 la 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 SL4609 de 2021), habrá de adicionarse el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido ordenar a **PORVENIR S.A.** que también traslade debidamente indexados 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.

En relación con la excepción de prescripción frente a la acción de ineficacia de la afiliación, 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. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en los aspectos descritos, confirmándose en lo demás. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **COLPENSIONES**, 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** el numeral CUARTO de la parte resolutive de la sentencia No. 370 del 25 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que dentro de las sumas a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** incluya los gastos de administración y el porcentaje de prima de seguro previsional debidamente indexados, con cargo a su propio patrimonio.

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

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

### NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚPLASE

Los Magistrados,

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

Firma digitalizada para  
actos judiciales  
  
**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>.

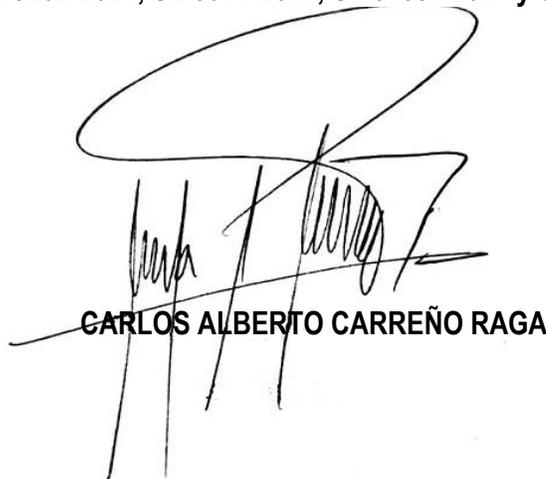
Bajo este supuesto, las herramientas procesales referidas son formas diferentes de agotar el proceso laboral. Así, en el evento en que se tramite y decida el recurso de apelación el juicio ordinario terminará, siempre que no se proponga o proceda la casación. Lo propio ocurre con la consulta, pues dicho 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: **64be45f3c4d7e38cf67cf7f0aee64de66fc24686541b055aaecac53ce217564e**

Documento generado en 27/07/2022 03:32:11 PM

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