

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>PEDRO NEL MARTÍNEZ MORENO</b>               |
| <b>DEMANDADOS</b>        | <b>PORVENIR S.A. y COLPENSIONES</b>            |
| <b>PROCEDENCIA</b>       | <b>JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE CALI</b> |
| <b>RADICADO</b>          | <b>76001-31-05-001-2022-0029-01</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.252**

Santiago de Cali, ocho (08) de agosto de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el decreto 806 del 4 de junio de 2020 convertido en legislación permanente a través Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 010 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia No. 064 del 31 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada **JENNY PAOLA OCAMPO MÁRQUEZ** identificada con T.P. No. 305.543 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES

**ANTECEDENTES**

El señor **PEDRO NEL MARTÍNEZ MORENO** 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 él, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. 2) Que, en consecuencia, se ordene su retorno automático a COLPENSIONES. 3) Así mismo, imponga a PORVENIR S.A. trasladar a la primera la totalidad de los dineros recibidos con ocasión de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y deducciones por seguros previsionales, comisiones, entre otros.**

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 visible a folios 2 a 8 Archivo 01 ED, así como en las contestaciones militantes de folios 3 a 15 Archivo 07 ED (Colpensiones) y f. 2 a 24 Archivo 08 ED (Porvenir).

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali mediante Sentencia No. 064 del 31 de marzo de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, para lo cual dispuso entender como si nunca si hubiere trasladado, ordenándole a **PORVENIR S.A** trasladar a **COLPENSIONES** los recursos recibidos por la afiliación del citado, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, rendimientos y los gastos de administración en proporción al tiempo en que administró estos recursos debidamente indexados. Por último, le impuso a **COLPENSIONES** el deber de aceptar el traslado del demandante sin solución de continuidad y cargas adicionales.

Como sustento de su decisión, manifestó que de antaño la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre el tema debatido, trayendo a modo de ilustración la Sentencia SL1688-2019, en la que se aduce que desde su creación las AFP tienen la obligación legal de garantizar al usuario una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de información suficiente y transparente, que permita al afiliado elegir entre las distintas opciones disponibles en el mercado aquella que mejor se ajuste a los intereses de aquel, ilustrando sobre la lógica de los regímenes públicos y privados, efectuando un paragón entre las características y condiciones de cada régimen que le permitan al afiliado conocer las características, ventajas y desventajas, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

De otro lado, señaló la Juez de instancia que son las administradoras del RAIS a quienes les corresponde probar que, en efecto, brindaron la asesoría al afiliado de forma clara, inteligible y oportuna. No obstante, expuso que, en el presente asunto, de acuerdo con las pruebas recaudadas, si bien el demandante suscribió formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.**, los asesores de esta no ofrecieron la respectiva información de forma clara y específica en relación con las ventajas y desventajas del traslado, debiendo declararse la ineficacia de este acto, para entender como si nunca se hubiere trasladado.

Respecto a la excepción de prescripción formulada, manifestó que, si bien es cierto el traslado al RAIS data del año de 1999, este acto se encuentra ligado al derecho pensional, el cual tiene carácter imprescriptible conforme al artículo 48 de la Constitución Política.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** recurrió la decisión alegando que el demandante solicitó 10 de diciembre de 2021 ante esta entidad su traslado al RPMPD, momento en el que contaba con 65 años, lo que no resulta procedente como quiera que la Ley 797 de 2003 en su artículo 2° señala que no procederá el traslado de régimen cuando les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad de pensión de vejez. Seguidamente, afirmó que no se aportó prueba que muestre la falsedad en el formulario de afiliación o que su empleador lo hubiere afiliado sin su consentimiento en los términos de la Ley 100 de 1993, aunado a que tampoco hubo pérdida de tránsito legislativo o régimen de transición, y mucho menos la existencia de vicio en el consentimiento o asalto en su buena fe.

Así mismo, puso de presente la imposibilidad de la AFP de efectuar una proyección de la mesada del actor, dado que le era imposible predecir su ingreso base de cotización, convirtiéndose en un hecho futuro e incierto. Por último, apuntó que las costas impuestas resultan injustas por cuanto en sede administrativa no puede hacer más que ajustarse a los parámetros normativos, y no le es propio interpretar la norma.

Por su parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.** señaló que la afiliación se dio en cumplimiento de los requisitos vigentes para el momento del traslado (1999), razón por la cual no puede darse una aplicación retroactiva de la norma regulatoria del caso que nos ocupa, insistiendo en que de parte de esta entidad se brindó toda la información a efectos de que el demandante tomara una decisión libre, sin presión o coacción y debidamente informado de

lo que comportaba el traslado. En igual sentido, indicó que solo a partir del 01 de julio de 2010 se considera obligatorio para las AFP informar por escrito los requisitos, ventajas, desventajas y monto de la pensión en cada uno de los regímenes, siendo admisible que este tipo de información se hubiera dado de manera verbal, sin que dejara de ser completa, transparente y veraz, debiéndose concluir que la decisión tomada por el demandante fue consciente y espontánea, en la medida en que suscribió un formulario que cumple con todos los requisitos legales.

De igual forma, sostuvo que la acción ahora incoada se encuentra prescrita, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 1756 del C.C., 488 del CST y 151 del CPTSS, pues no se está cuestionando el acceso al derecho pensional, ya que una cosa es referirse a la consolidación de este y otra muy diferente a la ineficacia del acto. Luego, se refirió a los emolumentos que debe devolver, aduciendo que no hay lugar a ello, especialmente los gastos de administración, remitiéndose a lo estatuido en el artículo 1746 del C.C., que desarrolla la teoría de las restituciones mutuas, entendiendo que este rubro debe tenerse como la pérdida o deterioro que alguna de las partes debe afrontar en la relación jurídica suscrita. En esa senda, también reparó sobre la orden de devolver lo concerniente a los rendimientos, pues si se entiende que el vínculo nunca existió, es decir que el actor nunca estuvo afiliado, también debe entenderse que sus aportes no fueron a una cuenta de ahorro individual, a partir de la cual se generaron rendimientos, de ahí que no sea procedente devolver tales recursos.

Finalmente, en torno a la orden relativa a devolver el bono pensional, manifestó que este solo debe reintegrarse a la entidad emisora, al paso que sostuvo que tampoco debía trasladarse lo concerniente a las sumas adicionales de la aseguradora, pues estos operan cuando el seguro se materializa el siniestro de invalidez o sobrevivencia, que no es el caso del 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 del 11 de julio de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término los apoderados de Porvenir y Colpensiones, los que pueden ser consultados en los archivos 04 y 05 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 llamadas a juicio.

Asimismo, se validará si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos y si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada.

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 estando afiliado al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1981 y 1997, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por

**PORVENIR S.A.** el 16 de septiembre de 1999, entidad a la cual se encuentra afiliado a la fecha (f. 37 a 41 y 48 a 74 Archivos 01 ED).

- (ii) Que el 10 de diciembre de 2021 el actor solicitó a **COLPENSIONES** disponer la ineficacia de su traslado al RAIS y su regreso al RPMPD, petición negada por la entidad en oficio del 13 de diciembre de la misma anualidad (f. 79 a 84 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 acarreaban 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 allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación del demandante a **PORVENIR S.A.** (f. 48 Archivo 01 ED), no logra extractarse nada con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarreaba el traslado del RPMPD 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 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 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).

De ahí que no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos o esté informada 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 es a estos, razón suficiente para que sean ellos los obligados a precisar las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, frente a lo expuesto por la apoderada de **COLPENSIONES**, 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 la aspirante al ser vinculada 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, en punto de lo señalado por

**PORVENIR S.A.**, 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, la omisión 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.

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 a la usuaria la ilustración necesaria para que esta tomase 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 el demandante lleva afiliado al RAIS más de dos (2) décadas, 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 el accionante 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 reasesoría, 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 **PORVENIR S.A.** entidad en la que se materializó inicialmente el traslado de régimen del demandante, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del actor 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 el demandante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

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 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 de dicha entidad.**

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 sus propios patrimonios, 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.

Sobre las **restituciones mutuas**, punto apelado por **PORVENIR S.A.** 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.

De otro lado, frente a lo argüido en la alzada por la apoderada de la AFP respecto a la devolución del bono pensional y sumas adicionales de la aseguradora, 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 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 del demandante, pues se reitera, esos recursos desde un principio han debido ingresar al RPMPD (sentencia SL4609 de 2021), habrá de adicionarse el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **PORVENIR S.A.** que también traslade a **COLPENSIONES** el porcentaje de prima de seguro previsional, con cargo a su propio patrimonio y de manera indexada correspondiente al periodo en que el demandante estuvo afiliado a dicha AFP.

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).

Por último, en cuanto a la oposición a la condena en costas por parte de **COLPENSIONES**, considera la Sala que tampoco le asiste razón en sus argumentos, como quiera que esta imposición simplemente se trata de una consecuencia procesal impuesta a quien termina siendo vencido en la contienda judicial, conforme lo estipulado en el artículo 365 CGP, y no reviste la obligación de analizar actuaciones de buena o mala fe, máxime cuando las expuestas fueron anteriores al proceso estudiado. Además, solo basta con revisar el curso del proceso para advertir sin mayor dificultad, su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en el aspecto descrito, confirmándose en lo demás. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una.

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 TERCERO de la parte resolutive de la sentencia No. 064 del 31 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Primero 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** debe incluir el porcentaje de prima de seguro previsional, correspondiente al periodo en que el señor **PEDRO NEL MARTÍNEZ MORENO** estuvo afiliado a dicha AFP, con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexado.

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

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

## NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los Magistrados,

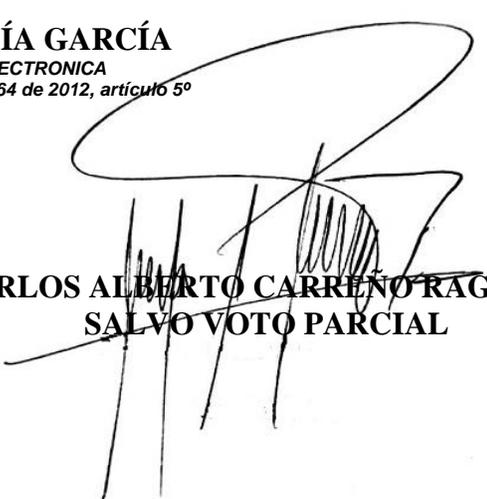
**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**

SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA  
Ley 527 de 1999, artículo 7º. Decreto 2364 de 2012, artículo 5º

Firma digitalizada para  
act. judicial



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



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**SALVO VOTO PARCIAL**

**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>PEDRO NEL MARTÍNEZ MORENO</b>    |
| <b>DEMANDADOS</b> | <b>PORVENIR S.A. y COLPENSIONES</b> |
| <b>RADICADO</b>   | <b>76001-31-05-001-2022-0029-01</b> |

**SALVAMENTO DE VOTO**

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.”

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. 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”

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. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, 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”

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: **ad53444e0e8c8211a21d31e435e071290af49f8ca39b7ad73e093ce5d8066dfd**

Documento generado en 05/08/2022 03:46:36 PM

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