



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI-SALA LABORAL  
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO  
MAGISTRADO PONENTE**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **PATRICIA GARZÓN GÓMEZ** contra **PORVENIR S.A.**, y **COLPENSIONES.**

**EXP.** 76001-31-05-014-2021-00038-01

Santiago de Cali, siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA, CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA y en calidad de Magistrada Ponente YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO, atendiendo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, en contra de la sentencia n°. 237 de 28 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

## **SENTENCIA n.º. 319**

### **I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia y/o la nulidad de su afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A., y en consecuencia, se ordene el traslado de régimen al de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, con todos sus ahorros y rendimientos que se hubieren generado.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 08 de agosto de 1964, es decir, que actualmente tiene 56 años de edad; que en el año 1982, realizó su primera afiliación al sistema general de pensiones y el 10 de noviembre de 1995, se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir, sin recibir una asesoría transparente donde le informaran los beneficios y consecuencias de su traslado, para tomar una decisión correcta.

Debido a lo anterior, en el mes de enero de 2021, solicitó a Porvenir S.A., la trasladara a Colpensiones y este se negó; dicha solicitud la radicó ante Colpensiones e igual que Porvenir S.A., se negó. (Doc. 04)

### **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda; indicó que la demandante realizó el traslado de régimen en el año 1995, producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, según solicitud de vinculación n.º. 00643561; sumado a que la actora

lleva más de 20 años en el régimen de ahorro individual y nunca se quejó de dicha situación.

Por último, propuso las excepciones de «*Prescripción; Buena Fe; Inexistencia de la Obligación; Compensación y; la Genérica*» (Doc. 09)

**COLPENSIONES**, se opuso a todas las pretensiones de la demanda indicando, que es cierto que el traslado de régimen es un acto jurídico que conlleva que el fondo respectivo brinde la información adecuada, completa y veraz de las consecuencias del acto.

Manifestó, que la señora Garzón Gómez nació el 8 de agosto de 1964, por lo que cuenta con 56 años de edad, es decir, que se encuentra próxima a cumplir con el requisito de edad para pensionarse, indicó, que es cierto que se afilió al ISS hoy Colpensiones y luego a Porvenir S.A., entidad donde actualmente se encuentra afiliada, por lo que dicho traslado tiene plena validez y en ese sentido, la demandante no puede trasladarse de régimen cuando le falta menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

Por último, propuso las excepciones de mérito denominadas «*Inexistencia de la Obligación y Cobro de lo no Debido; Prescripción; Buena Fe y; La Innominada*» (Doc. 12).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n.º. 237 del 28 de julio de 2022, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y; declaró la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., efectuado por la

demandante en el año 1995.

Ordenó a Colpensiones, admitir nuevamente a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y; condenó a las demandadas en costa y agencias en derecho. (Doc. 22)

Como argumento de su decisión, indicó el *A quo* que, de conformidad con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, es a los fondos de pensiones quienes tienen la obligación de demostrar que brindó una información completa y clara que permita a los afiliados decidir con todos los elementos de juicio cuál de los regímenes pensionales sería el mejor, para concluir, que Porvenir S.A., no demostró esa asesoría brindada a la demandante ilustrándola de todos los componentes de la decisión de trasladarse de régimen, información que debió otorgarse desde el momento previo de la afiliación en términos que pudieran ser entendidos por esta, omisión que da lugar a declarar la ineficacia del traslado, debiendo las entidades padecer los efectos negativos de su actuar. (Doc. 21, min. 55:06 a 1:12:05)

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

**Porvenir S.A.**, interpuso recurso de apelación, con el argumento que la actora no probó los vicios de consentimientos aludidos en la demanda y, prueba de ello, es la solicitud de afiliación suscrita por ésta, donde se evidencia que, si se suministró toda la información necesaria para que voluntariamente decidiera cambiarse de fondo, por lo tanto, la sentencia debió despacharse desfavorablemente.

De igual modo, indicó que la actora nunca hizo uso de su derecho de retracto ni manifestó nunca su deseo de trasladarse de

fondo; manifestó, que las normas que regían en ese momento no le imponía a los fondos la obligación de brindar asesoría necesaria en cuanto la ilustración o favorabilidad del monto de la pensión, pues dicha obligación sólo vino a darse a partir del año 2014, con la expedición de la Ley 1748 decreto 2071 del 2015;

De otro lado, manifestó que en estos casos es dable aplicar la prescripción teniendo en cuenta que lo que se pretende es obtener la ineficacia del traslado para adquirir una mesada pensional superior al otorgada en este fondo; bajo estos argumentos, solicitó revocar las condenas en costas teniendo en cuenta los argumentos mencionados (Doc. 21, min. 1:14:41 a 1:16:48)

Por su parte **Colpensiones**, manifestó que, en la sentencia cuestionada, no se especificó el destino de los gastos de administración y lo que contiene la cuenta de rezago, como quiera que estos dineros también deben ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

así mismo, solicitó absolver a Colpensiones de las costas, toda vez, que cada uno de los afiliados al régimen de ahorro individual se trasladaron por decisión propia. (Doc. 21, min. 1:17:08 a 1:19:52)

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.

## **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante auto n° 390 del 26 de septiembre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los

mismos los apoderados de Colpensiones, Porvenir S.A. y la parte demandante, en términos similares a lo expuesto en la alzada, demanda y la contestación, los que pueden ser consultados en los archivos 04, 05 y 06 del Cuaderno Tribunal ED, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

## **VI. CONSIDERACIONES**

Atendiendo el marco funcional atrás reseñado (art. 66<sup>a</sup> CPTSS), el problema jurídico que circunscribe la atención de la Sala, linda en establecer si se demostró en el plenario que las AFP 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 es procedente ordenar a Porvenir S.A., devolver las sumas de dinero por los gastos de administración y lo que contiene la cuenta de rezago; así mismo, si es procedente las condenas en costas.

Se tiene como supuestos de hecho debidamente comprobados en esta litis los siguientes:

Claro lo anterior, no se discute en la apelación que: *i)* la demandante nació el 08 de agosto de 1964; *ii)* que en el año 1982, se afilió al ISS hoy Colpensiones y *iii)* el 10 de noviembre de 1995, se afilió y/o se trasladó a Porvenir S.A.

### **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

En el 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, 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 1º 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.

De lo anterior se desprende 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 tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no se puede predicar que la selección 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, certificación de historial de vinculaciones de la actora, expedida por Asofondos y, así como el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., (Doc. 09, fls. 61 a 63), nada puede extraerse sobre la información brindada a la demandante 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 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

obligación 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 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 al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que permitía exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el afiliado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado, cómo serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a la entidad.

Aúnese 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.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora Porvenir S.A., de otorgar al usuario toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al mismo 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 aun cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad para el afiliado.

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, porque 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.

Corolario de lo expuesto estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de Porvenir S.A., entidad en la que se materializó inicialmente el traslado de régimen de la demandante, el cumplimiento de sus obligaciones legales para con la accionante, su afiliación al RAIS es ineficaz, lo que deviene entonces en que se restablezca tal 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 a algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el afiliado, con lo que se desestiman los argumentos de Porvenir S.A.

En este orden, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP Porvenir S.A., deberá ésta trasladar al régimen de prima media con prestación definida todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de Colpensiones, quien al recibir 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.

Sobre este último tópico, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta inapropiada 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 la AFP Porvenir S.A. con cargo de su 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.

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, 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). Por lo que habrá de adicionarse el numeral segundo de la parte resolutive de la

sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. que traslade a Colpensiones debidamente indexados los gastos de administración y el porcentaje de primas de seguro previsional percibidos durante el periodo en que la demandante estuvo afiliada a dicha AFP, con cargo a su propio patrimonio.

En relación con la excepción de prescripción, la misma está llamada a no prosperar por 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, por corresponder a pretensiones declarativas, y porque 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, concepción extendida a los derechos económicos que de esta acción emanen, como la posibilidad de que el capital cotizado sea devuelto en su totalidad al régimen de prima media, en la medida en que el traslado de estos valores no atienden a ser un resarcimiento patrimonial sino que responden al derecho irrenunciable a la seguridad social. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, y recientemente en sentencia SL1214-2022, sumado a que tampoco debe verificarse la prescripción del contrato de seguros, al no ser el punto de debate dentro del particular, en tanto esta contratación no inmiscuye los intereses mínimos protegidos a la demandante.

Finalmente, en cuanto a la oposición a la condena en costas por parte de Colpensiones, considera la Sala que no 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 del Código General del proceso, 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.

En consecuencia, se adicionará la sentencia en el aspecto descrito. Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de un (1) 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 y por autoridad de la Ley,

## **R E S U E L V E**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia n° 237 del 28 de Julio de 2022, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali., a efectos de:

- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que traslade a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** los gastos de administración y porcentaje de prima de seguro previsional debidamente indexados, con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que la señora **PATRICIA GARZÓN** estuvo afiliada en ese fondo.

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

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de Colpensiones, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de un (1) smlmv.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase las actuaciones al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Firma digitalizada para  
Acto Judicial



**YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**

Firma digitalizada para  
Acto Judicial



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



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**ACLARO VOTO**



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

## TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI S A L A 1ª DE DECISIÓN L A B O R A L

### ACLARACIÓN DE VOTO

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me exponer no resultar 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:

*3. 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<sup>[1]</sup>. “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”<sup>[7]</sup>.

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**<sup>[8]</sup>:

**“CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**  
**Magistrada ponente**  
**ACLARACIÓN DE VOTO**  
**Recurso Extraordinario de Casación**  
**Radicación n.º 87999**  
**Acta 25**

**Referencia:** Demanda promovida por **EDUARDO VICARIA GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en este especial asunto, me permito hacer aclaración de voto, pues si bien comparto la decisión que finalmente se adoptó en el *sub judice*, que dispuso casar el fallo absolutorio de segundo nivel, respecto de los argumentos esbozados en sede de instancia, relacionados con el grado jurisdiccional de consulta que se indica se surte a favor de Colpensiones, me permito aclarar lo siguiente:

En la referida providencia se sostuvo que se procedería a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones «en lo no apelado».

Sobre el particular, debo señalar que aun cuando esta la Sala de manera mayoritaria, ha venido sosteniendo que la sentencia condenatoria contra entidades territoriales, y aquellas donde el Estado es garante, debe ser consultada independientemente de si es apelada o no por esta, lo que obliga al juez de segundo grado, en razón de ese grado jurisdiccional, a pronunciarse respecto de aquellos puntos que no fueron apelados, en mi prudente juicio ello no es así, como se pasa a explicar.

El recurso de apelación hace parte del principio de la doble instancia y del derecho de defensa, teniendo como objeto defender una postura,

refutar y contradecir los argumentos de la providencia, haciendo ver de manera lógica y jurídica aquellos aspectos de la sentencia que se consideran son contrarios a nuestro ordenamiento constitucional, legal o la jurisprudencia y lesivos a los intereses de la parte que se representa, buscando que el superior la revoque o modifique, correspondiendo al apelante definir el alcance de la alzada, que en últimas limitan la competencia del superior, excepto cuando estén de por medio beneficios mínimos irrenunciables del trabajador.

La reforma introducida por la Ley 1149/07, en su artículo 14, amplió el campo de aplicación de la consulta frente a entidades donde el Estado sea garante, cuyo objetivo es que, ese grado jurisdiccional se surta siempre y cuando no sea apelada, como expresamente lo establece en el inciso segundo, al indicar que las decisiones de primera instancia **«serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas»**, y aun cuando este párrafo se refiere al trabajador, afiliado o beneficiario, no puede mirarse aisladamente el tercer inciso en donde se consagra la consulta para entidades del orden territorial y aquellas donde el Estado sea garante, para concluir que, como allí no se limitó de manera expresa la procedencia de esta, opera con independencia de que sea apelada o no por la parte a la que le fue adversa, puesto que el fin último de la disposición es que esos fallos tengan una revisión por parte del Tribunal cuando no sean apelados, para evitar sentencias que puedan afectar los derechos de los trabajadores o el patrimonio público.

Así las cosas, cuando la entidad accionada, en este caso Colpensiones, presenta recurso de apelación respecto de algunos puntos de la sentencia y frente a otros no, quiere decir que está conforme con lo allí decidido en cuanto a estos, en cuyo caso, el juez colegiado no tendría facultad para pronunciarse en lo atinente a la decisión del juzgado que no fue objeto de apelación, por mandato expreso del artículo 66 A adicionado por el artículo 35 de la Ley 712/01, que preceptúa: *«Principio de consonancia. La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, **deberá estar en consonancia con las materias objeto de recurso de apelación**»*, (Negrillas fuera de texto).

Y no puede ser de otra manera porque si la razón de ser de ese grado jurisdiccional de consulta es dar origen a una segunda instancia y obtener una revisión oficiosa del fallo, ese objetivo se consume a cabalidad con la interposición del recurso de alzada. Una interpretación contraria, no solo quebranta la norma antes mencionada, sino que también crea una desigualdad respecto del trabajador, afiliado o beneficiario, parte débil del litigio, frente a quien solo opera la consulta cuando la providencia que le es desfavorable, no es apelada, más no, cuando, se hace uso del recurso de alzada de

manera parcial, evento en el cual el juez colegiado no se ocupa oficiosamente de estudiar aquellos puntos que no fueron objeto de apelación. En los anteriores términos dejo aclarado mi voto.  
**GERARDO BOTERO ZULUAGA Magistrado”**

El Magistrado,

A handwritten signature in black ink, consisting of several vertical strokes and a large, sweeping horizontal stroke at the top, crossing over the vertical ones.

**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**