



República de Colombia

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUZ ELENA PÉREZ ALMANZA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN**, y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR**.

EXP. 76001-31-05-004-2020-00184-01

Santiago de Cali, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Primera de Decisión 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 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad, en contra de la sentencia del 24 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n.º 343

I. ANTECEDENTES

Solicitó la demandante, que se declare la ineficacia del traslado efectuada por ella desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir.

Que, en virtud de la declaratoria de nulidad, se condene a la AFP Protección trasladar a Colpensiones los aportes y rendimientos, financieros, y en consecuencia se le ordene a Colpensiones aceptar el traslado sin solución de continuidad.

Fundamentó las pretensiones en que, pese a estar afiliada al extinto ISS hoy Colpensiones, decidió trasladarse a la AFP Porvenir, entidad que omitió brindarle información relevante sobre las implicaciones que dicha decisión tendría en su futuro pensional y luego se trasladó a la AFP Protección sin conocer las incidencias que dicha decisión. (*f. 1 a 33 Archivo 02 ED*).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones al indicar que desconoce la asesoría suministrada en el acto del traslado, sin embargo, la decisión de cambiarse de régimen fue exclusiva de la afiliada, por lo que el traslado goza de total validez y no puede pregonar ahora que se siente insatisfecha con las condiciones del régimen. (*f. 17 a 27 Archivo 05 ED*).

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones, por considerar que en el trámite no se demostró la causal de ineficacia que invalide el traslado de la demandante, a razón de ello no hay lugar a reconocer las pretensiones de la demandante. *(f. 2 a 24 Archivo 06 ED)*

PROTECCIÓN S.A., indicó que las pretensiones no tienen vocación de prosperidad, puesto que no hay lugar a declarar la ineficacia de traslado, ya que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS y el acto se realizó con el lleno de los requisitos establecido en la ley *(f. 27 a 40 Archivo 07ED)*.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia n° 218 del 24 de agosto de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo de la litis, y accedió a la ineficacia de traslado solicitada por la demandante.

Decidió que la demandante siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, en consecuencia, condenó a la Protección a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad de lo ahorrado por la señora Luz Elena Pérez Almanza, junto con los rendimientos, bonos pensionales, comisión por gastos de administración, prima de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

Acto seguido, ordenó que Porvenir S.A. debía trasladar a Colpensiones los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión por el periodo que la señora Pérez Almanza estuvo afiliada a esa AFP.

Le impuso a Colpensiones la obligación de aceptar la afiliación de la demandante al igual que los dineros provenientes de la AFP Protección y Porvenir.

Por último, condenó en costas a la parte vencida en juicio, fijo como agencias en derecho la suma de \$900.000 a cargo de Porvenir y Protección, y el valor de \$300.000 a favor de Colpensiones.

Como sustentó de la decisión, sostuvo el Juzgador de primera instancia que las AFP demandadas incumplieron con su deber de información, o al menos no aportaron pruebas encaminadas a demostrar que efectivamente le suministraron al demandante un informe claro completo y comprensible sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales.

Destacó que el formulario de afiliación no es prueba fehaciente del cumplimiento del deber de información, porque esta prueba solo muestra que la demandante suscribió el formulario, pero no que dicha firma este precedida de conocimiento.

Frente a las excepciones propuesta informó que debían declararse no probada, inclusive la de prescripción, en tanto que la Corte ha reseñado que la afiliación es un estado jurídico y los estados jurídicos no prescriben.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES arguyó que la demandante al realizar movilidad en el mismo régimen convalidó su traslado al RAIS y por ese motivo no hay lugar a declarar la ineficacia, que la demandante pese a tener la oportunidad de retornar al RPMD no lo hizo.

De otro lado, informó que el acto jurídico de la afiliación no está viciado de nulidad, dado que se realizó con el lleno de los requisitos legales.

Finalmente, pidió que de confirmarse la ineficacia debe ordenarse el traslado de las primas de seguros para los riesgos de invalidez y muerte, y los valores debidamente indexados.

Así mismo, solicitó que se evalúe la condena en costas, toda vez que su actuar está ajustado a derecho y no intervino en la decisión de la demandante para trasladarse de régimen (*audiencia min 58:09 a 1:00:40 24 Archivo ED*).

PORVENIR S.A., mencionó que cumplió con el deber de información previsto para la época del traslado, que el hecho de no allegar constancia escrita sobre la información suministrada no es óbice para considerar que no se satisfizo esta obligación, sino que para esa data la ley no exigía prueba diferente al formulario de afiliación, de allí que este documento debe tomarse como prueba suficiente de la información brindada a la demandante.

En igual sentido, dijo que no es procedente aplicar de manera retroactiva el deber de información que ha establecido la jurisprudencia, en vista de que el negocio jurídico se realizó siguiendo los lineamientos en la ley.

Aseveró que la parte demandante al realizar traslado horizontal certificó que se encontraba conforme con el régimen pensional al que se estaba afiliando, además que la inconformidad de la señora Pérez no radica en la falta de información, sino el valor

de la mesada pensional que se pueda percibir en uno u otro régimen.

Frente a los gastos de administración resaltó que no es procedente la devolución de estos dineros, como quiera que ellos son el pago por la buena gestión que realizó; adicional a ello precisó que devolver estas sumas va en contravía de la figura de las restituciones mutuas, porque no se le puede obligar a devolver un bien y además las sumas se usaron para mantener ese bien.

Respecto a las primas de seguros previsionales, añadió que no hay lugar a su devolución porque esos estos fueron cancelados a la aseguradora, en tanto que esos seguros se pagaron conforme lo ordena la ley, y el hecho que no se presentara la contingencia no habilita la devolución de estos emolumentos.

Por último, anotó que la condena a devolver las sumas debidamente indexadas, desconoce el funcionamiento del régimen de ahorro individual, como quiera que la pérdida del poder adquisitivo del dinero se compensa con los rendimientos generados. (audiencia min 1:01:09 a 1:10:53 *Archivo 24 ED*)

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

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n.º. 426 del 3 de octubre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de la parte demandante y Colpensiones, en términos

similares a lo expuesto en la demanda, la alzada y la contestación, los que pueden ser consultados en los archivos 04 y 05 del Cuaderno Tribunal ED, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

Con lo anterior se procede a resolver previas las siguientes;

V. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los fundamentos de impugnación, y siguiendo los lineamientos de los artículos 66A y siguientes del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el tema puntual que es objeto de examen en esta oportunidad, será establecer si se demostró en el plenario que Porvenir S.A. y Protección cumplieron con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación, y sus efectos respecto de la administradora del RAIS.

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

Aclarado lo anterior, en este asunto se acreditó, **i)** que estando afiliado al extinto «ISS» entidad en la que realizó cotizaciones entre 1987 a 2001, la demandante decidió trasladarse de régimen el 19 de junio de 2003 (f. 2 a 8 Archivo 18 y f. 26 Archivo 06 ED); **ii)** que el 24 de junio de 2012, se vinculó con la AFP Protección, entidad en la que se encuentra actualmente afiliada y cuenta con 1168 semanas (f. 9 a 23 Archivo 18 y f. Archivo 07 ED); **iii)** que el 03 de marzo de 2020 suscribió formulario de afiliación ante Colpensiones; sin embargo en misiva del mismo día la administradora del RPMD le comunicó que no

era procedente el traslado, por encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad mínima de pensión (f. 24 y 25 Archivo 10 ED).

Dicho lo anterior, y previo a resolver el asunto, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha enseñado que por regla general las normas jurídicas y la jurisprudencia deben ser tomadas en consideración.

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

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

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

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

Lo anterior se da por cuanto, el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° del artículo 97, la obligación para las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de*

elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se encontraban 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 pudiese 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.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, nada se indica respecto las condiciones de su afiliación al RAIS, las diferencias existentes con el RPMPD, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que 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 adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *«afirmaciones o negaciones indefinidas»*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ *«(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)»* (Sentencia SL2817-2019).

De ahí que, no puede pretenderse que 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 imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, para dar respuesta a lo argüido por la apoderada de Porvenir S.A, 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 representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio

sensato que evidenciara para ella cuales serían sus expectativas pensionales futuras de optar por la entidad.

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

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

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la 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.

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 su afiliación al RAIS fueron ilusorias, 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, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de Porvenir S.A. el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la demandante 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 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.

Así las cosas, en la medida que la ineficacia del acto de afiliación de régimen pensional supone negarle efecto bajo la ficción de que la misma nunca ocurrió, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar la totalidad del

capital ahorrado por la afiliada, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen al cual realmente quería pertenecer la afiliada, para el *sub-lite*, el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que Protección S.A., entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad la demandante, no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de Colpensiones, quien al recibir 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 de este ente.

Sobre este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos debidamente indexados por Porvenir S.A. con cargo a su propio patrimonio,

siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

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

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

Resulta relevante mencionar que entre los valores a remitir a Colpensiones, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por Porvenir S.A., si bien tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no puede pasarse por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos; circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de una afiliación imperfecta, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia

que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención de la demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

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

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

Respecto a lo señalado por las AFP Porvenir en su recurso de alzada, en torno a la oposición de que los emolumentos a devolver deben ser restituidos de manera indexada, es la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia como

la SL 4609 de 2021, la que advierte que las sumas a reintegrar a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima deberán ser indexadas para corregir la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios; sumas estas que se distinguen de los aportes para pensión de vejez, que son sobre los que se causan los rendimientos, y por los cuales, en consideración a tales frutos o réditos, no se ordena ningún tipo de actualización.

En relación con la excepción de prescripción, la misma se despachará desfavorablemente atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Es por lo anterior que se confirmará la Sentencia de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de 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 y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia n° 218 del 24 de agosto de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia estarán a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

Los magistrados,

Firma digitalizada para
Acto Judicial
Cali-Valle

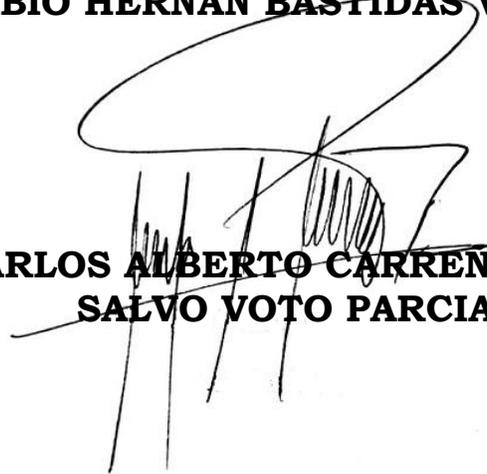


YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para
Acto Judicial
Cali-Valle



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me permito apartarme y hacer salvamento parcial de voto a la presente sentencia por los motivos que me permito exponer a continuación.

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:

3.4.4. 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 jurídico¹. *“De ahí que, como lo sostiene un amplio sector de la doctrina procesalista, si la parte en cuyo favor se estableció la consulta recurre en apelación, no es necesaria la misma, pues por sustracción de materia quedaría sobrando”*².

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

¹Sentencia T-364 de 2007 M.P. Jaime Araùjo Rentería

²Ibidem.

³Sentencia SU-962 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y T-842 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

*inexorablemente surtirse en los eventos de que trata el canon 69 del C.P*⁴.

La Corte estima que la consulta y la apelación son excluyentes entre sí, de modo que no proceden de forma simultánea. Es más, el instituto procesal estudiado es independiente de los recursos, por cuanto sobrepasa los factores de competencia⁵. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo⁶, norma que señala cuáles son los recursos existentes para atacar las providencias en los procesos adelantados ante la jurisdicción laboral. Lo expuesto en razón de que “*propende por la realización de objetivos superiores como el interés general de la Nación, la consecución de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial*”⁷.

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**⁸:

“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,

⁴Sentencia T-364 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto

⁵Sentencia C-968 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁶ Artículo 62. diversas clases de recursos. <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Contra las providencias judiciales procederán los siguientes recursos. 1. El de reposición; 2. el de apelación; 3. el de súplica. 4. el de casación; 5. el de queja; 6. el de revisión; 7. el de anulación.

⁷Sentencia T-389 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto y T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería.

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 consuma 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 de aclarado mi voto. **GERARDO BOTERO ZULUAGA Magistrado**”

El Magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA