



República de Colombia

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

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **CARLOS ALBERTO URIBE REALPE** contra **PORVENIR S.A.**, y **COLPENSIONES**. Se integró a la litis a **COLFONDOS S.A.**

**EXP.** 76001-31-05-001-2022-00179-01

Santiago de Cali, primero (1) de noviembre 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 probada por esta Sala, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, en contra de la sentencia n°. 176 del 8 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a proferir la siguiente:

## **SENTENCIA n.º. 357**

### **I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la ineficacia y/o la nulidad de su afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías Protección 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 producto de los rendimientos que se hubieren generado, gastos de administración debidamente indexados.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 28 de enero de 1964, es decir, que actualmente tiene 58 años de edad; que el 1º de septiembre de 1983 empezó a cotizar en el extinto ISS hoy Colpensiones y, el 1º de mayo de 1994, se afilió a Protección, sin embargo, adujo que dicha afiliación se realizó sin recibir asesoría alguna sobre los beneficios o desventajas de ambos regímenes.

Debido a lo anterior, el 30 de agosto de 2021, solicitó ante Colpensiones la nulidad del traslado y el 31 agosto de 2021, la entidad negó la petición; en ese mismo sentido, elevó petición ante Protección S.A., y el 17 de septiembre de 2021, al igual que Colpensiones la negó. (Doc. 01).

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

**COLPENSIONES**, se opuso a todas las pretensiones de la demanda indicando, que el traslado de régimen efectuado por el actor fue libre y voluntario y; resulta inverosímil, que el demandante solo después de 20 años, hubiese evidenciado las irregularidades del traslado, aduciendo engaño por parte de la AFP Protección S.A.

Por último, propuso las excepciones de mérito denominadas «*Aplicación del Precedente Establecido en la Sentencia SL 373 del 2021; Error sobre un punto de Derecho no Vicia el Consentimiento; Prescripción; Presunción de Legalidad de los Actos Administrativos; Cobro de lo no Debido; Buena Fe; Inexistencia del Derecho y; la Innominada o Genérica*» (Doc. 06).

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a todas las pretensiones de la demanda; indicó que el traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, se efectuó por parte del actor de manera libre, espontánea e informada, con la debida asesoría de los funcionarios del fondo, sin que haya ejercido su derecho al retracto; no obstante, manifestó que para la fecha de la afiliación del demandante no era obligación para las AFP la asesoría, cálculos financieros o proyección actuarial al afiliado y dicha exigencia nació en el año 2014, con la expedición de la Ley 1748 y el Decreto 2071 de 2015; seguidamente, expuso los beneficios que tiene los fondos de pensiones privados

Por último, propuso las excepciones de mérito denominadas «*Validez de la Afiliación del Actor a Protección; Prescripción; Compensación; Inexistencia de la Obligación de Devolver la Comisión de Administración cuando se Declare la Nulidad y/o Ineficacia de la Afiliación por Falta de Causa; Buena Fe y la; Genérica*». (Doc. 07).

**COLFONDOS S.A.**, se opuso a todas las pretensiones de la demanda; señaló que al momento de la afiliación del actor le brindaron una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en este régimen y no se puede pretender dejar sin efectos un

acto válido que nació a la vida jurídica y ratifica los actos propios del demandante; sumado, a que el deber de información solo entró en vigencia con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es decir, que no se le puede obligar probar tales circunstancias cuando fue un acto libre y voluntario del afiliado, adicionalmente que el actor tuvo derecho de retractarse y no lo hizo.

Finalmente, propuso las excepciones de mérito «*Inexistencia de la Obligación; Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva; Buena Fe; Innominada o Genérica; Ausencia de Vicios del Consentimiento (...)*».

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

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n.º. 176 del 8 de septiembre de 2022, resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., realizado por el señor CARLOS ALBERTO URIBE REALPE. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

*TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hayan causado; como también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio previsto en el artículo 13, literal q). y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones del demandante, valores que deberá devolver debidamente indexados.*

*CUARTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver al sistema el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio previsto en el artículo 13, literal q). y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones del demandante, valores que deberá devolver debidamente indexados.*

*QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a que admita nuevamente al señor CARLOS ALBERTO URIBE REALPE, en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la misma sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales.*

*SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en costas, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.500.000a cargo de cada una y en favor del demandante.*

Como argumento de su decisión, indicó la 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 las administradoras del RAIS demandadas no demostraron esa asesoría brindada al demandante ilustrándolo 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 este, omisión que da lugar a declarar la ineficacia del traslado, debiendo las entidades padecer los efectos negativos de su actuar. (Doc. 24, min. 16:53 a 24:51)

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación con el argumento que no se acreditó que, al momento de la afiliación, se haya presentado un engaño o un vicio en el consentimiento, del cual haya sido víctima el demandante. (Doc. 24, min. 25:21 a 25:59)

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.**, inconforme con la decisión apeló la sentencia en el numeral 3°, e indicó que los gastos de administración están ceñidos a la Constitución Política y la Ley y, por tanto las AFP están debidamente facultadas para cobrar a sus afiliados este porcentaje para el manejo de aportes que realicen las administradoras; que la devolución de estos conceptos constituye un enriquecimiento sin justa causa en favor del demandante y Colpensiones, pues se estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración del fondo sin reconocer ni pagar algún concepto por dicha gestión. (Doc. 24, min. 26:12 a 29:36)

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.º. 438 del 26 de septiembre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado el apoderado de Colpensiones, en términos similares a lo expuesto en la contestación y el recurso de alzada, que pueden ser consultados en los archivos 04 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,

## **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. y Colfondos S.A., 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 las administradoras.

Así mismo, se validará si hay lugar a la devolución de los gastos de administración solicitados por Protección S.A. Se tiene como supuestos de hecho debidamente comprobados en esta litis los siguientes:

Claro lo anterior, no fue motivo de controversia que: *i)* el demandante nació el 28 de enero de 1964 y; *ii)* que se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 1º de septiembre de 1983;

iii) que el 29 de abril de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A., y; iv) que el 04 de junio de 2015, se pasó a Protección S.A., fondo en el que se encuentra actualmente.

## **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 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 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 del actor, expedida por Asofondos, Bono Pensional, Historia Laboral Consolidada (Dtos. 7 y 15), nada puede extraerse sobre la información brindada al 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.

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

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora Colfondos S.A. y Protección 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 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 para el afiliado.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien el demandante lleva afiliado 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 el 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 re asesoría, 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 Colfondos S.A., entidad en la que se materializó inicialmente el traslado de régimen del demandante, el cumplimiento de sus obligaciones legales para con el 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 2° 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.

En este orden, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP Colfondos, deberá Protección S.A., AFP en la que se encuentra actualmente el actor y Colfondos S.A., devolver 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.

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 Protección S.A. y Colfondos 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.

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.

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).

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).

En consecuencia, se confirmará la sentencia n.º. 176 del 8 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali. Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Protección 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: CONFIRMAR** la sentencia n.º. 176 del 8 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

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

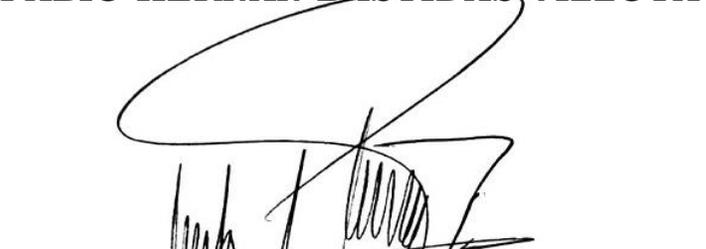
**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase las actuaciones al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Firma digitalizada para  
Acto Judicial  
  
Cali-Valle

**YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**

Firma digitalizada para  
Acto Judicial  
  
**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 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*

<sup>1</sup>Sentencia T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería

<sup>2</sup>Ibidem.

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

*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.**

<sup>4</sup>Sentencia T-364 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto

<sup>5</sup>Sentencia C-968 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

<sup>6</sup> 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.

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

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 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 dejo aclarado mi voto. **GERARDO BOTERO ZULUAGA Magistrado**”

El Magistrado,



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**