



República de Colombia

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

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **FANNY TERESA PÉREZ HERNÁNDEZ** contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

**EXP.** 76001-31-05-013-2021-00364-01

Santiago de Cali, doce (12) de diciembre 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 Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A., en contra de la sentencia n°. 211 del 10 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

## **SENTENCIA n.º. 372**

### **I. ANTECEDENTES**

La señora Fanny Teresa Pérez Hernández, presentó demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., y después a Protección S.A.

En consecuencia, se ordene su regreso automático a la prima media administrado por Colpensiones; se imponga a Porvenir S.A. y Protección S.A., la obligación de trasladar la totalidad de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos a que hubiere lugar, y se le condene al pago de las costas judiciales.

Como sustento de sus pretensiones, adujo que estuvo vinculada con el otrora ISS hoy Colpensiones entre 1985 hasta el año 1994, fecha en la cual se trasladó a Porvenir S.A, para posteriormente trasladarse a Protección S.A. en 1996.

Afirmó que, estando vinculada al sistema de seguridad social por pensiones, a través del ISS, fue contactada y visitada por un agente vendedor de Porvenir S.A., presentando mediante engaños unos beneficios de carácter general, sin realizarle un análisis de las ventajas y desventajas que supondría el traslado.

Adujo que, posteriormente se trasladó a Protección S.A., quien no le realizó un estudio consciente de la situación que más le beneficiara con un análisis de manera clara, verídica e individualizada a su caso, donde se le advirtiera de acuerdo con su

situación personal las desventajas que tenía el trasladarse a un fondo privado de pensiones, las contingencias a que quedaba expuesta con dicho traslado, y la trascendencia de su decisión de abandonar un régimen en el que a cambio de certeza se le ofrecía incertidumbre.

Expuso que, como consecuencia de lo anterior, el traslado realizado a la AFP fue sin el consentimiento informado de comprensión suficiente, y que, para el 5 de marzo de 2012, por parte de una consultora al servicio del fondo privado de pensiones, le señaló que el valor de la pensión sería superior en el régimen de prima media, y que desde el punto de vista estrictamente cuántico, tenía sentido el traslado.

Exhibió que, el 5 y 8 de abril de 2022, radicó peticiones ante Porvenir S.A. y Colpensiones, con el fin que declarara la ineficacia del traslado al RAIS, y por ende su regreso a Colpensiones, reclamaciones que fueron resueltas negativamente mediante documentos del 8 de abril y 5 de mayo, de la misma anualidad. (f. 2 a 16 del archivo 01 ED).

Manifestó que, mediante petición realizada ante Protección S.A., le hicieron un diagnóstico de su historial laboral para pensión, arrojando que su mesada pensional sería inferior en el RAIS a la que podría recibir en el RPMPD.

Declaró que, para el 20 de enero de 2021, Colpensiones le rechazó la solicitud de afiliación en el entendido que se encontraba a menos de 10 años, para que le fuera reconocido su derecho a pensión de vejez. Mientras tanto para el día 29 de marzo de la misma anualidad Protección S.A., le negó la petición de anular la vinculación como afiliada a dicho fondo, en atención a que no era procedente por no cumplir con los presupuestos de ley y jurisprudencia.

Mediante auto n.º. 3448 del 25 de noviembre de 2022, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, admitió la demanda en contra de Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.

## **II. CONTESTACIÓN DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones incoadas por el demandante, toda vez que el traslado realizado fue de manera libre y voluntaria, donde ha ejercido actos de permanencia en dicho régimen por más de 10 años, y se encuentra impedida para el cambio de régimen, pues está dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento a la edad mínima requerida para pensionarse.

De lo expuesto, propuso como exceptivas de mérito como la falta de la legitimación en la causa; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslados de régimen; inoponibilidad por ser tercero de buena fe; improcedencia de la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, cuando la parte demandante se encuentra pensionada en el régimen de ahorro individual; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; responsabilidad SUI generis de las entidades de la seguridad social; cobro de lo no debido; ausencia de vicios en el traslado; buena fe; prescripción; innominada o genérica. (f. 2 a 20 del archivo 09 ED).

**PORVENIR S.A.** de igual forma se opuso a lo pretendido por la demandante, en atención a la afiliación se dio producto de una decisión libre, voluntaria e informada según consta el formulario de afiliación n.º. 279444, y el historial de vinculación de ASOFONDOS SIAFP, dando lo anterior, presunción de legalidad y autenticidad.

Dijo que, a la actora se le garantizó su derecho de retracto, que esta realizó aportes de manera voluntaria por más de 27 años, sin mostrar ninguna inconformidad, y que solo después de presentar una solicitud que ha sido negada, alegando una supuesta nulidad de la decisión que tomó en el año de 1994.

Indicó de igual forma que la demandante hizo traslados de forma horizontal, demostrando su conocimiento e información sobre los regímenes.

Expuso que brindó información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, también mencionaron las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma ley, motivo por el cual, la decisión de suscribir el formulario de afiliación fue producto de una decisión libre, espontánea e informada de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la ley de 1993.

Para lo anterior, propuso como exceptivas de mérito la de prescripción; buena fe; compensación; y la genérica. (f. 2 a 24 del archivo 13 ED).

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A., se opuso** a lo pretendido en la demanda bajo los argumentos que, el traslado cumplió con todos los requisitos legales y por ende la selección del régimen, la realizó la demandante de forma libre, espontánea y sin presiones, la asesoría prestada por los asesores de la AFP se realizó con total profesionalismo y ética, pues estos contaban con un instructivo o

guía que debían seguir para asesorar de forma clara y entendible a futuros clientes o clientes ya afiliados, dependiendo de su variación del perfil en el tiempo.

Expuso que, el argüir por la parte actora después de más de 20 años que no lo asesoraron debidamente, no es concebible, pues su objetivo en este proceso es culpar a la AFP a la que ha estado afiliada, y de la cual recibió permanentemente asesoría integral y profesional, pues esta fue lo suficientemente ilustrada, para que tomara su decisión de afiliarse y de permanecer en el RAIS de manera consciente.

Conforme lo expuesto por esta, propuso como exceptivas de mérito la prescripción de la acción de nulidad; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la filiación por falta de causa; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda; validez del traslado de la actora al RAIS; compensación; buena fe; y la innominada o genérica. (f. 2 a 19 del archivo 14 ED).

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

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n.º. 211 del 10 de agosto de 2022, resolvió:

- 1. DECLARAR** *no probadas todas las excepciones propuestas, conforme las razones manifestadas en precedencia.*
  
- 2. DECLARAR** *la ineficacia de la afiliación al RAIS de la señora **FANNY TERESA PEREZ FERNANDEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.626.921, a través de **PORVENIR***

**SA y PROTECCIÓN SA**, según las consideraciones de esta sentencia.

- 3. CONDENAR** al fondo actual **PROTECCIÓN SA** a transferir a **COLPENSIONES**, todas las cotizaciones, con sus rendimientos, al igual que los gastos de administración, con la información detallada sobre IBC y periodo de aporte; por las motivaciones de la presente sentencia; los que recibirá al fondo común y contabilizará como semanas cotizadas, sin solución de continuidad, en favor de la señora **FANNY TERESA PEREZ FERNANDEZ**.
- 4. CONSULTAR** la presente sentencia con el **HONORABLE TRIBUNAL SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE CALI**, por resultar adversa a una entidad de seguro social oficial a la cual el estado colombiano es garante.
- 5. CONDENAR** en **COSTAS** a las demandadas, a favor de la demandante, y se tendrán como agencias en derecho la suma equivalente a un (01) SMLMV a cargo de **PORVENIR SA**, medio SMLMV a cargo de **PROTECCIÓN SA** y un (01) SMLMV a cargo de **Colpensiones**.
- 6. Esta sentencia se notifica en estrados.**

Como fundamento de su decisión, manifestó que según la sentencia con radicado 31314 de 2008, de la Corte Suprema de Justicia señaló los deberes que tienen los fondos de pensiones de suministrar a sus afiliados la información clara y entendible sobre las ventajas y desventajas, junto con la exposición de las consecuencias en concreto para el afiliado acceder al RAIS, y se debe evidenciar que brindaron la información en la debida forma establecida.

Afirmó que, de los medios de prueba arrimados dentro del proceso, no se aportó alguna tendiente a demostrar la clase de asesoría que se le brindó a la afiliada al momento de tomar tal decisión, exponiéndosele los beneficios y limitaciones de su traslado al RAIS desde el RPMPD, para la consolidación de su derecho pensional.

Seguidamente, declaró que no era procedente la excepción de prescripción dado el carácter imprescriptible de la acción.

Como consecuencia de lo anterior, declaró la ineficacia del traslado, ordenó la devolución de todos los valores consignados a Colpensiones, y los condenó en costas.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida bajo el argumento que, no se demostró una indebida o insuficiente información por parte de las AFP al momento del traslado de la actora del régimen, por lo tanto, no se configuró los elementos que permitan a la demandante ser parte del RPMPD.

Expuso que, de las manifestaciones realizadas por la actora, se trasladó de manera libre y voluntaria, haciendo los respectivos aportes al fondo, y aquella se encuentra a 10 años o menos de la consolidación para el reconocimiento de la pensión de vejez.

**PORVENIR S.A.**, interpuso de igual forma recurso apelación en contra de la decisión, en el sentido que la demandante alegó vicios en el consentimiento, lo cierto es que carece de todo sustento legal, pues no se demostró la error, fuerza o dolo al momento de la suscripción del formulario de traslado, suministrándose la información necesaria,

y por parte de aquella no se hizo uso de su derecho a retracto.

Adujo que para la época no era obligación de brindar una asesoría sobre la ilustración o favorabilidad para el reconocimiento de la pensión, ya que esta fue solo exigible hasta el año 2014.

Afirmó que lo pretendido por la demandante con la declaratoria de la ineficacia del traslado es a obtener un mayor reconocimiento de la mesada pensional.

Por último, esgrimió su inconformidad frente a la condena en costas y agencias en derecho.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** sustentó su recurso de apelación parcial concerniente al numeral 3 sobre los gastos de administración, ya que estos se encontraron debidamente autorizados por la Ley 100 de 1993, y este se utilizó para el pago del seguro, se encuentran causados y correspondió al buen obrar por parte de esta.

Afirmó que, si se ordena la devolución de tales emolumentos, correspondería un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, y que estos se encuentran cobijados por la figura de prescripción.

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.

## **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante auto n.º. 507 del 31 de octubre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., en términos similares a lo expuesto en la alzada y la contestación de la demanda, los que pueden ser consultados en los archivos comprendidos 04 y 06 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**

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 S.A. cumplieron con el deber legal de brindarle información relevante a la señora Fanny Teresa Pérez Hernández 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 hay lugar a la devolución de los gastos de administración, prima previsional de seguros, y la condena en costas.

Con tal propósito, la Sala comienza por precisar los supuestos que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- i)** Que estando afiliada al ISS hoy Colpensiones en materia de pensiones, entidad a la que realizó aportes entre los años de 1985 y 1994, la señora Fanny Teresa Pérez Hernández decidió

trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. en el mes de noviembre de 1994.

- ii)** Posteriormente, se trasladó a la Protección S.A. en 1996, con la cual tiene vinculación vigente.
- iii)** Declaró que, para el 20 de enero de 2021, Colpensiones le rechazó la solicitud de afiliación en el entendido que se encontraba a menos de 10 años para que le fuera reconocido su derecho a pensión de vejez.
- iv)** De igual forma dijo que, para el día 29 de marzo de la misma anualidad Protección S.A., le negó la petición de anular la vinculación como afiliada a dicho fondo, en atención a que no era procedente por no cumplir con los presupuestos de ley y jurisprudencia.

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.

**i) De la ineficacia del traslado.**

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

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

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido, ha discernido la Corte que no puede alegarse *«que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»*.<sup>1</sup>

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*

---

<sup>1</sup> SL 12136-2014

*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.

De lo anterior se desprende también, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea

y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarreaban al afiliado no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de los administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, entre estas el formulario de afiliación a Porvenir S.A. (f. 93 del archivo 13 del ED), formulario de afiliación a Protección S.A. (f. 20 del archivo 14 del ED), el historial laboral de la demandante (f. 22 a 74 del archivo 14 ED) y el certificado SIAFP de ASOFONDOS que muestra los diferentes traslados de la actora (f. 85 del archivo 14 del ED), más nada se indicó respecto a las consecuencias que traía consigo el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme al artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, debe resaltarse que la jurisprudencia también ha expresado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 del Código General del Proceso, ante la existencia de «*afirmaciones o negaciones indefinidas*», se da la inversión de la carga de la prueba, debiéndose acreditar por la contraparte en este caso la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **«(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de**

**los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)**.<sup>2</sup> (Negrilla y Subraya fuera de texto).

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 desde su creación, 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 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.

Resáltese 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, 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.

---

<sup>2</sup> Sentencia SL2817-2019

Se observa así, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar a la usuaria la ilustración necesaria para que esta tome la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción a la afiliada la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien el demandante lleva afiliado al RAIS más de 25 años, esta circunstancia por sí solo no le otorga la razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando el afiliado se trasladó a Porvenir S.A. y luego a Protección S.A., no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la re asesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer.

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. y Protección S.A., entidades con las cuales se materializó el traslado, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la actora al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por 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., Protección S.A. y Colpensiones.

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. y Protección S.A., no existe razón para aquellas no trasladen 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 percibir 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 las AFP Porvenir S.A. y Protección 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.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Sentencias SL 37989-2018, SL 4964-2018, SL 4989-2018, SL 1421-2019 y SL 1688-2019.

Entonces, la orden de devolución de recursos está incompleta, en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular del demandante, por cuanto esos recursos desde un principio han debido ingresar al RPMPD (SL4609-2021), por lo que habrá de modificarse al numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. y Protección S.A. que los emolumentos a devolver deben ser restituidos de manera indexada, en atención a que fue la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia como la SL 4609 de 2021, la que advirtió que las sumas a reintegrar por concepto del saldo de la cuenta individual, los gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima deberán ser indexados para corregir la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones<sup>4</sup>.

En cuanto a la oposición a la condena en costas por parte de Porvenir S.A., considera la Sala que 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.

Ahora bien, de la revisión realizada a la excepción de prescripción, la misma está llamada a no prosperar por el hecho que

---

<sup>4</sup> Véase también sentencia SL2877 de 2020.

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.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se modificará la sentencia en el aspecto descrito. Las costas de esta instancia estarán a cargo de Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A. incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV a cada una.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

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

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia 211 del 10 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, el cual quedará de la siguiente manera:

- **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** a transferir a **COLPENSIONES**, debidamente indexados todas las cotizaciones, con sus rendimientos, al igual que los gastos de administración, con la información detallada sobre IBC y periodo de aporte; por las motivaciones de la presente sentencia; los que recibirá al fondo común y contabilizará como semanas cotizadas, sin solución de continuidad, en favor de la señora **FANNY TERESA PEREZ FERNANDEZ**.

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

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

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

Los Magistrados,

Firma digitalizada para  
Acto Judicial  
  
Cali-Valle

**YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**

Firma digitalizada para  
uso 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>5</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>6</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>7</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*

<sup>5</sup>Sentencia T-364 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería

<sup>6</sup>Ibidem.

<sup>7</sup>Sentencia 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*<sup>8</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>9</sup>. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo<sup>10</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>11</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>12</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,

<sup>8</sup>Sentencia T-364 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto

<sup>9</sup>Sentencia C-968 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

<sup>10</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>11</sup>Sentencia T-389 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto y T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería.

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**