



República de Colombia

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **SANDRA JANETH LENIS MANZANO** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 76001-31-05-001-2022-00486-01

Santiago de Cali, veinte (20) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

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 y Porvenir S.A., en contra de la sentencia n°. 207 de 27 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, por lo que se emite la siguiente:

SENTENCIA n.º. 049

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia y/o la nulidad de su afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y 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 por los bonos pensionales, cuotas partes y demás emolumentos que hubiere recibido.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 21 de enero de 1969, es decir, que actualmente tiene 53 años de edad; que en el mes de septiembre de 1992, se afilió al ISS hoy Colpensiones realizando cotizaciones hasta noviembre de 1995 y en el mes de diciembre de 1995, se trasladó de régimen pensional a través de Colpatria S.A., el cual, se fusionó con Horizonte S.A., que fue absorbido por Porvenir S.A., realizando cotizaciones hasta septiembre de 2002 y por último, se trasladó al fondo de pensiones Protección S.A., donde se encuentra afiliada actualmente.

Indicó que, al momento de su traslado y posterior afiliación a la AFP Protección S.A., no le entregaron documento alguno sobre la proyección de su pensión, los beneficios y desventajas del traslado y/o afiliación, desconociendo las consecuencias negativas de esa acción, es decir, que no se le suministró una información clara, explícita, concreta y completa sobre los efectos que produciría el cambio de régimen.

Informó que el 2 de junio de 2022, solicitó ante Colpensiones la ineficacia del traslado de régimen y el 7 de junio de 2022, Colpensiones le negó la solicitud con el argumento que superaba la edad de pensión para solicitar el traslado de régimen; así mismo, manifestó que el 10 de junio de 2022, solicitó ante Porvenir S.A., la ineficacia del traslado del régimen de prima media la RAIS, la que, fue resuelta negativamente, por cuanto presentó no solo la solicitud de traslado de régimen en el año 1995, sino que posteriormente se trasladó de AFP, lo que atiende al libre albedrío de las personas; del mismo modo, pidió la nulidad del traslado a Protección S.A., la que también se resolvió negativamente. (Doc. 01, fls. 2 a 12)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a todas las pretensiones de la demanda e indicó, que no es procedente el traslado de régimen solicitado por la demandante, por cuanto, al momento de la solicitud de traslado, la señora Lenis Manzano contaba con 53 años de edad, faltando menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad para pensionarse; sumado, a que según el formato de traslado de régimen fue suscrito de manera libre y voluntario por parte de la actora.

Por último, solicitó las excepciones de mérito denominadas “*Inexistencia de la Obligación; Prescripción; Buena Fe y; La Innominada*” (Doc. 07).

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda; frente a la afiliación al RAIS con Colpatria – Horizonte hoy Porvenir, dijo que la actora, suscribió el mismo pero el 2 de noviembre de 1995, de manera libre, espontánea y sin presiones, la escogencia al régimen de ahorro individual, siendo efectivo dicho traslado el 1 de diciembre de 1995, y respecto al último, expuso que es cierto que la

actora el 31 de agosto de 2002, se pasó a Protección S.A., razón por la cual, trasladó todos los rubros que se encontraban en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que evidencia la voluntad de la actora de permanecer vinculada en el RAIS.

Así mismo indicó, que Porvenir S.A., brindó toda la información clara, suficiente y veraz acorde a los datos suministrados por la parte actora en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha de traslado y por el contrario, la señora Lenis Manzano no aportó prueba alguna de la existencia de algún vicio del consentimiento.

Por último, propuso las excepciones de *“Buena Fe; Improcedencia del Traslado de Gastos de Administración y Prima de Seguro Previsional como Consecuencia del Traslado de Régimen Pensional Producto de la Declaratoria de Nulidad; Finalidad del Sistema General de Pensiones se cumplió Frente a la Demandante; Prescripción; Procedencia de los Rendimientos del Régimen de Prima Media y no los del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; Sobre las Restituciones Mutuas, Calidad Jurídica de la AFP respecto del Afiliado cuyo Traslado ha Sido Declarado Ineficaz.”* (Doc. 08, fls. 4 a 15)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n°. 207 del 27 de octubre de 2022, declaró:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por las 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 ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., realizado por la señora SANDRA JANETH LENIS MANZANO. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada 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 la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver al sistema todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la 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 de la demandante, valores que deberá devolver debidamente indexados.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. 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 de la demandante, valores que deberá devolver debidamente indexados.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a que admita nuevamente a la señora SANDRA JANETH LENIS MANZANO, 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 PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES en costas, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 a cargo de cada una y en favor de la 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, son 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 a la demandante ilustrándola de todos los componentes de la decisión de trasladarse de régimen, información que debió otorgarse desde el momento previo de la afiliación en términos que pudieran ser entendidos por esta, omisión que da lugar a declarar la ineficacia del traslado, debiendo las entidades padecer los efectos negativos de su actuar. (Doc. 15, min. 23:24 a 32:20)

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones apeló la sentencia con fundamento en la decisión T 489 de 2010, en donde la Corte Constitucional expuso todo lo atinente a la sostenibilidad económica del sistema pensional e indicó que no se puede permitir la descapitalización del fondo de unas personas que construyeron un ahorro para su vejez y vienen unas

personas faltándole menos de 10 años para concretar su pensión a beneficiarse de un ahorro que es comunitario accediendo a una pensión que desfinancia el sistema y desde una perspectiva social se contraría la equidad, y abandona la justicia material al permitir que personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales entren a beneficiarse y a subsidiarse a costas de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas.

Por último, apeló la condena en costas manifestó que Colpensiones ha actuado de pleno derecho y actuado de buena fe en todas sus actuaciones, no tuvo ninguna injerencia dentro del acto de traslado que la demandante realizó y admitirla nuevamente al régimen de prima media contraría lo establecido en la Ley 100 de 1993. (Doc. 15, min. 32:31 a 34:18)

Por su parte, Porvenir S.A., manifestó que para la época de la afiliación y/o traslado de la actora, no existía una carga informativa que estableciera que Porvenir debía dejar más constancia que el formato de afiliación firmado por el cliente, tal y como sucedió en el presente caso.

No se tuvo en cuenta que para la fecha de la afiliación resultaba imposible conocer con certeza cual sería el monto de la mesada pensional a la cual tendría derecho la demandante, la cual, contiene varios factores que se deben analizar al momento del reconocimiento de la pensión; sumado, que la actora nunca se opuso ni cuestionó el traslado, por el contrario en el año 2002 realizó un traslado horizontal entre las AFPS Colpatria y Protección S.A., razón por la que, aduce que la juez de instancia no tuvo en cuenta y no aplicó el precedente jurisprudencial establecido en sentencia SL 3752 de 2020 y SL 1062 de 2021, en lo que respecta de los actos de relacionamiento, actos como en el caso en particular, resulta de vital importancia para

equiparar las cargas, es decir, como en cabeza de Porvenir está la de acreditar el cumplimiento deber de información, los mismos pueden ser valorados como indicios probatorios para efectos de establecer cuál era la verdadera voluntad de la demandante, que en su sentir no era más que su permanencia en el régimen de ahorro individual.

Que la actora solo muestra su inconformidad al momento de conocer su mesada pensional, situación que no es de recibo o es insuficiente para acreditar que se causó alguna de las nulidades para declarar la ineficacia del traslado, ni las consecuencias que fueron declaradas en la sentencia con relación a la devolución de los gastos de administración, puesto que, el acto de afiliación, no sólo fue válido y la condena no es acorde con los arts. 17 y 47 respecto de las restituciones mutuas cuando el acto jurídico es declarado nulo, por lo que no es procedente ordenar por un lado la devolución de aportes y rendimientos, y por el otro devolver las sumas que invirtió para mantener y acrecentar ese patrimonio en su administración, además, estos gastos de administración nunca tuvieron la finalidad de financiar prestación económica alguna en su favor, no hicieron parte de patrimonio, incluso, no debe considerarse que producto de la ineficacia declarada, la demandante siempre estuvo afiliada en el régimen de prima media, pues, de considerarse en ese, se debe tener en cuenta que allí también se efectúan descuentos por concepto de gastos de administración, por lo que una condena en ese sentido solamente supondría un enriquecimiento sin justa causa en favor de la actora a costas del patrimonio de esta AFP.

De igual modo, indicó que esos conceptos tampoco se deben devolver indexados, toda vez, que la pérdida del poder adquisitivo del dinero en el tiempo se compensa es a través de los rendimientos de la cuenta que el despacho ordenó en su fallo, lo que suponer una condena a Porvenir de devolver rendimientos y al tiempo devolver

unos rubros indexados, somete a la entidad a un doble cobro que no tiene ningún sustento jurídico y que a todas luces es improcedente.

Por último, solicitó que se aplique la prescripción, se exonere de la condena en costas, y se revoque la sentencia. (Doc. 15, min. 34:29 a 40:51)

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.

Con lo anterior, se procede a resolver previas las siguientes;

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n.º. 052 del 23 de enero de 2023, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de la parte demandante, Colpensiones y Porvenir S.A., en términos similares a lo expuesto en la alzada, demanda y la contestación de la demanda, los que pueden ser consultados en los archivos 04, 05 y 06, 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. 66ª CPTSS), el problema jurídico que circunscribe la atención de la Sala, linda en establecer si se demostró en el plenario que Colpatria hoy Porvenir S.A., cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a

la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las administradoras.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo de la acción y si hay lugar de exonerar en costas a Colpensiones y Porvenir S.A.; así mismo, se estudiará si es viable o no la procedencia de las condenas de devolución de gastos de administración e indexación así como también el concepto de restituciones mutuas.

Se tiene como supuestos de hecho debidamente comprobados en esta litis que: *i*) la demandante nació el 21 de enero de 1969 (Doc. 01, fl. 15); *ii*) que se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 17 de septiembre de 1992 y estuvo cotizando en ese régimen hasta el 30 de noviembre de 1995 (Doc. 01, fl. 43 y 44); *iii*) que el 02 de noviembre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colpatria-Horizonte hoy Porvenir S.A., afiliación que se hizo efectiva el 1 de diciembre de 1995 (Doc. 08, fls. 41), y el 1 de septiembre de 2002 se mudó a Protección S.A., fondo en el que se encuentra actualmente. (Doc. 01, fl. 17 y Doc. 08, fls. 41)

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 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan*

la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación las sociedades administradoras de fondos de pensiones se 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, formato de afiliación y/o traslado expedido por Colpatria hoy Porvenir S.A. y Protección S.A., Bono Pensional, Certificación de Traslado de Dineros por parte de Porvenir S.A. a Protección, Historia Laboral expedida por Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones (Dtos. 01 y 08), nada puede extraerse sobre la información brindada a la demandante respecto de las consecuencias que traía consigo el traslado del RPM al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna, tal y como lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL618-2022.

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 la afiliada acredite tales aspectos o esté informada de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados les imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que permitía exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el afiliado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado, cómo serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a la entidad.

Aúnese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, las AFPS están en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, la 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., de otorgar a la usuaria 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 (a) 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 la demandante lleva afiliado al RAIS más de quince (15) años, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la demandante se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y reasesoría, si es que la hubo, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, porque es precisamente cuando ya se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que la llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas,

independiente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Del mismo modo, no es dable aplicar la jurisprudencia sentada en las sentencia CSJ SL3752 de 2020, conforme lo solicita Porvenir S.A., con el fin de convalidar el acto de afiliación en razón de los actos de relacionamiento, ya que dicha tesis fue corregida en la sentencia CSJ SL 5686 de 2021 por ser contraria al precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras, en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, CSJ SL1949-2021, CSJ SL1055 de 2022 CSJ SL1926-2022 y CSJ SL 5686 de 2021, en tanto como explicó la Corte dichos actos posteriores, no reemplazan o suplen la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados al momento del traslado, ratifica la decisión del traslado o supone una afiliación tácita del mismo.

Corolario de lo expuesto estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de Porvenir S.A., entidad que absorbió implícitamente a Colpatria S.A., entidad en la que se materializó inicialmente el traslado de régimen de la demandante, el cumplimiento de sus obligaciones legales para con ésta, su afiliación al RAIS es ineficaz, lo que deviene entonces en que se restablezca tal afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación a algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la 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 Porvenir S.A., deberá esta AFP, al igual que Protección S.A., fondo en el que se encuentra actualmente la actora, devolver todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para estas entidades, 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 a los recursos del RPMPD.

Sobre este último tópico, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta inapropiada de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por la AFP Porvenir S.A., con cargo de su patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

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

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

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a Colpensiones, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por Colpatria hoy Porvenir S.A., y Protección S.A., pues pese a lo señalado por la apoderada de Porvenir S.A., si bien 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 un traslado de régimen imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la administradora del RAIS en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, que las cosas deban volver al estado en el que se hallarían de no haberse dado el acto irregular de afiliación, 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.

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

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).

Finalmente, en cuanto a la oposición a la condena en costas por parte de Colpensiones y Porvenir S.A., considera la Sala que no le asiste razón en sus argumentos, como quiera que esta imposición simplemente se trata de una consecuencia procesal impuesta a quien termina siendo vencido en la contienda judicial, conforme lo estipulado en el artículo 365 del Código General del proceso, y no reviste la obligación de analizar actuaciones de buena o mala fe,

máxime cuando las expuestas fueron anteriores al proceso estudiado. Además, solo basta con revisar el curso del proceso para advertir sin mayor dificultad, su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito.

En consecuencia, se confirmará la sentencia n.º. 207 del 27 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali. Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de un (1) smlmv, para 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: CONFIRMAR la sentencia n.º. 207 del 27 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de un (1) smlmv, para cada una.

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

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos judiciales



Call-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para
Actos judiciales



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. 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^[1]. “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 fin^[3]. En efecto, ese grado jurisdiccional “es un trámite obligatorio en los casos en que la ley lo exige y que, tratándose del contencioso laboral, dicho grado jurisdiccional deberá inexorablemente surtir 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 competencia^[5]. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo^[6], 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, 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