



República de Colombia

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUIS HARVEY LIMA RAVELO** contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

EXP. 76001-31-05-005-2022-00015-01

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, Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A., en contra de la sentencia n°. 454 del 13 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n.º. 051

I. ANTECEDENTES

El señor Luis Harvey Lima Ravelo, presentó demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones, Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos 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., Protección S.A. y Colfondos S.A.

En consecuencia, se ordene su regreso automático a la prima media administrado por Colpensiones; se imponga a Porvenir S.A. la obligación de trasladar los aportes, rendimiento y semanas cotizadas en su cuenta de ahorro individual, y se les condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, adujo que nació el 14 de julio de 1962, contando así con 59 años de edad. Afirmó que, estuvo vinculado con el otrora Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones entre los años de 1982 hasta 1995, fecha en la cual se trasladó a Colfondos S.A.

Exhibió que, para el año 2000 se trasladó a Protección S.A., para luego en el año 2003, realizar traslado horizontal a Porvenir S.A. según constan en los respectivos formularios de afiliación.

Aseveró que para el 2014, fecha en la cual cumplió los 52 años, por parte de Porvenir S.A. no se le asesoró de la posibilidad de regresar a Colpensiones.

Dijo que para el 9 de septiembre de 2021, presentó solicitud de afiliación ante Colpensiones, la cual fue resuelta de forma negativa al estar a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión de vejez.

Igualmente expuso que, requirió a Colfondos S.A. y Porvenir S.A., el 10 de septiembre de 2021, para que le hicieran entrega de la información sobre la asesoría brindada al momento de traslado, para lo que la primera en mención mediante respuesta del día 16 del mismo mes y año, manifestó que no se entregaba lo peticionado, pues esta fue brindada de forma verbal al momento de la afiliación; mientras que la segunda, entregó el formulario de vinculación junto con la proyección de la mesada pensional.

Por último, aseveró que, una vez realizado el respectivo cálculo actuarial sobre la mesada pensional a recibir en el RAIS y el RPMPD, determinó que esta sería mucho mayor si se encontrara afiliado a Colpensiones.

Mediante auto n°. 214 del 1 de febrero de 2022, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, admitió la demanda en contra de Colpensiones, Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A.

II. CONTESTACIÓN DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones incoadas por el demandante, toda vez que el traslado se dio de manera libre suscrito desde el Seguro Social al fondo privado, por lo que tal actuación es legal y válida, no se ha demostrado engaño o vicio en el consentimiento, y que acceder a tal pretensión conllevaría a no garantizar la estabilidad financiera del sistema general de pensiones.

A su vez, informó que el demandante a la fecha cuenta con 59 años, es decir cumplió con el requisito de edad para acceder al derecho de pensión de vejez, por lo que no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir el requisito de tiempo.

De lo expuesto, propuso como exceptivas de mérito como la inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; prescripción; la innominada; buena fe; y la legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad. (f. 2 a 16 del archivo 08 ED).

Seguidamente, **PORVENIR S.A.**, se opuso a lo peticionado por el demandante, en el entendido que no se allegó prueba sumaria que demostrara causal de nulidad que invalide la afiliación del señor Luis Harley Lima Revelo al RAIS. Además, señaló que, el traslado se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, y entregó información completa, suficiente y veraz sobre las características que correspondía este régimen en los términos, y condiciones que estaba establecido para la fecha.

Reseñó que, el demandante tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen pensional y sus consecuencias, incluso, contó con varias oportunidades de trasladarse, pero no lo hizo.

De lo dicho, propuso como exceptivas de mérito la de prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; y la de buena fe. (f. 2 a 25 del archivo 09 ED).

Por su parte, **PORTECCIÓN 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 que realizó el demandante fue de forma libre, espontánea, sin presiones y/o vicios en el consentimiento. En ese sentido, señaló que la asesoría prestada por los asesores de la AFP se realizó con total profesionalismo, ética y normatividad vigente al momento la afiliación.

Por último, dijo que, el actor no hizo uso de su derecho a retracto, como tampoco su intención de regreso al RPMPD.

Conforme lo expuesto por esta, propuso como exceptivas de mérito de prescripción; 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 afiliación 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 de la entidad demandada sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A.; y la innominada o genérica. (f. 2 a 20 del archivo 11 ED).

Para finalizar, **COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, toda vez que brindó al señor Lima Ravelo asesoría integral, clara, cierta, completa respecto de las implicaciones de la decisión de traslado, junto con las ventajas y desventajas, el derecho a bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes a dicho régimen, y resaltó que, esta indicación se dio en atención a la normatividad vigente al momento de traslado.

Por lo anterior, señaló que, no existió desinformación, como tampoco indebida o equivocada asesoría al momento de traslado de

administradora de fondos de pensiones. Además, el demandante no hizo uso del derecho a retracto de la afiliación.

De lo dicho, propuso como exceptivas de mérito la de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causas en las pretensiones de la demanda; prescripción; buena fe; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; falta de legitimación en la causa por pasiva; compensación y pago; petición antes de tiempo; obligación a cargo exclusivamente de un tercero; y la innominada o genérica. (f. 2 a 23 del archivo 10 ED).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n.º. 454 del 13 de octubre de 2022, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por los entes demandados a través de sus apoderados judiciales.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizado por **LUIS ARLEY LIMA REVELO a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin Solución de continuidad.

TERCERO: CONDENAR a la **AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** a trasladar a

COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de **LUIS ARLEY LIMA REVELO** junto con sus rendimientos.

CUARTO: CONDENAR a las **AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de ellos ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** a que una vez las **AFPS** den cumplimiento a lo anterior, proceda a recibir los dineros, a convalidar la historia laboral de aportes pensionales en favor del demandante **LUIS ARLEY LIMA REVELO** y activar su afiliación en el régimen de prima media, sin solución de continuidad.

SEXTO: CONDENAR en costas a cargo de **PORVENIR S.A., PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES** y a favor del actor, inclúyase en la misma, por concepto de agencias en derecho la suma de un (1) smmlv a cargo de cada una de ellas en cada proceso.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada por parte de **COLPENSIONES**, se ordena remitir el expediente en Consulta al Tribunal Superior de Cali.

Como fundamento de su decisión, en extenso manifestó la

potestad que tienen los trabajadores de elegir entre los dos regímenes pensionales, y que conforme con la normatividad las AFP tienen el deber de información para con sus posibles afiliados, además que, está dentro de su obligación la realización de una doble asesoría en pro de que pueda tomar la decisión más favorable y responsable.

Por otro lado, dijo que, en sentencia con radicado 1459 de 2019 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, dijo que las AFP tienen la obligación de ilustrar todas las etapas del proceso para la afiliación, de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de información suficiente y transparente para que el afiliado pueda elegir entre las distintas opciones del mercado, conociendo las ventajas, desventajas, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Manifestó que en el presente caso las demandadas no probaron haber brindado información clara, suficiente y calificada al demandante, en la forma como la jurisprudencia así lo dispuso, toda vez que no se le explicó las consecuencias de aquel traslado de régimen, ni hubo la doble asesoría.

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

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida bajo el argumento que, la declaratoria de ineficacia conlleva a afectar la sostenibilidad del sistema financiero del sistema general de pensiones, colocando en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, por lo tanto, no puede pretenderse que personas que no contribuyeron a su formación

pretendan a último momento o menos de 10 años para cumplir la edad para la pensión de vejez a beneficiarse de un ahorro comunitario. Por lo anterior, no estimó procedente lo resuelto en primera instancia al afectarse el principio de sostenibilidad financiera.

De igual forma solicitó que si es del caso se confirme lo resuelto en primera instancia, por parte de Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se reintegre discriminadamente los emolumentos correspondientes a las cotizaciones realizadas por el demandante.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** sustentó su recurso de apelación en contra de la decisión tomada, señalando que como sustento de la decisión el *A quo* que no se allegaron soportes o constancias documentales respecto de la asesoría suministradas incumpléndose el deber de información, situación que era contraria a la realidad, toda vez que, al momento en que se dio el traslado la decisión tomada para el traslado del demandante fue libre, voluntaria y no existía obligación distinta a la sola suscripción del formulario de afiliación y no estaba obligada de hacer entrega de proyecciones de la mesada pensional.

A su vez dijo que, el demandante realizó múltiples traslados horizontales de las diferentes AFP, por lo que estos actos de relacionamiento y/o conocimiento del demandante respecto de las características y condiciones del régimen, si no, además, se constituyó como una verdadera manifestación adicional a la suscripción del formulario de afiliación.

Para finalizar, señaló que no es procedente la devolución de rendimientos de cuenta y los gastos de administración de manera indexada.

Por último, la apoderada de **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la condena impuesta en el numeral 4 respecto a la devolución de los gastos de administración, en atención a que estos tienen una consagración legal y es lo que cobran las AFP para administrar los aportes que entran a la cuenta individual de los afiliados, generando con ello un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

También presentó su inconformidad respecto a la devolución indexada de las sumas.

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. 042 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

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 Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A. cumplieron con el deber legal de brindarle información relevante al señor Luis Harvey Lima Ravelo al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación, y sus efectos respecto de la administradora del RAIS.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada, la condena en costas, y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración, primas y rendimientos.

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

- i)** Que estando afiliado al ISS hoy Colpensiones en materia de pensiones, entidad a la que realizó aportes entre los años de 1982 y 1995, el señor Luis Harvey Lima Revelo decidió inicialmente trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías en el mes de mayo de 1995.
- ii)** Posteriormente, para el mes de marzo de 1998, realizó traslado horizontal a la AFP Porvenir S.A. desde Colfondos S.A.
- iii)** Continuó traslado para el mes de noviembre de 1999, desde Porvenir S.A. a Colmena AIG hoy Protección S.A.
- iv)** Por último, para el mes de julio de 2003, hizo nuevamente traslado horizontal desde Colmena AIG hoy Protección S.A. a Porvenir S.A.

- v) Requirió a Colfondos S.A. y Porvenir S.A., el 10 de septiembre de 2021, para que estos le hicieran entrega de la información sobre la asesoría brindada al momento de traslado, para lo que la primera en mención mediante respuesta del día 16 del mismo mes y año manifestó que no se entregaba lo peticionado, pues esta fue brindada de forma verbal al momento de la afiliación; mientras que la segunda, entregó el formulario de vinculación junto con la proyección de la mesada pensional.
- vi) El 9 de septiembre de 2021, presentó solicitud de afiliación ante Colpensiones, siendo aquella resuelta de forma negativa al estar a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión de vejez

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.

De la ineficacia del traslado.

Pasando al asunto *sub judice* es necesario rememorar 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»*.¹

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*

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia SL12136 de 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 encontrarse 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 Colfondos S.A., Protección y Porvenir S.A. (f. 17 del archivo 04 del ED, f. 23 del archivo 11 ED y f. 31 y 32 del archivo 09 ED), y el certificado SIAFP de ASOFONDOS que corrobora los traslados realizados por el actor (f. 28 del archivo 09 del ED), más nada se indicó respecto 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 el 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 las 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 (...).² (Negrilla y Subraya fuera de texto).

De ahí que no puede pretenderse que en efecto 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 el 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, las AFP mencionadas 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, un despliegue probatorio mínimo de parte de los entes administradores del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia, y en las condiciones explicadas.

² Corte Suprema de Justicia, sentencia SL2817 de 2019.

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

Ahora, es pertinente señalar que, si bien el demandante lleva afiliado al RAIS más de 20 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 Colfondos S.A., para luego realizarlo a Porvenir S.A. y 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 las 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 Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A., entidades con las cuales se materializó el traslado, el cumplimiento de las obligaciones legales para con el señor Lima Ravelo, la vinculación 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 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 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 Protección S.A., 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 las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos 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 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 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 Protección S.A., Porvenir 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.³

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a Colpensiones, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A., pues pese a que el literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, y a que el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contempla 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 AFP 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.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio.⁴

³ Corte Suprema de Justicia, sentencias SL 37989, SL4964 y SL4989 de 2018, SL1421 y SL1688 de 2019.

⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencias SL1421 y SL1688 de 2019, y SL638 de 2020.

En cuanto a la condena en costas, 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 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 de 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 confirmará la sentencia de primera instancia. Las costas de esta instancia estarán a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección 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,

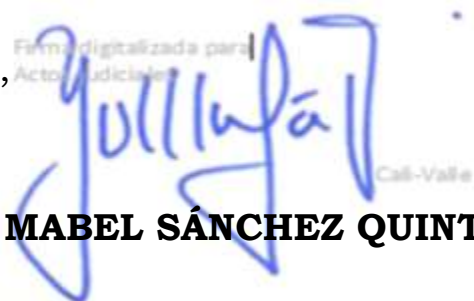
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia n.º. 454 del 13 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

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

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

Los Magistrados,


YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO


FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

ORD. VIRTUAL (*) n.º 005 2022 00015 01
Promovido por **LUIS HARVEY LIMA RAVELO**
contra **COLPENSIONES Y OTROS**

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'C' followed by several vertical strokes and a horizontal line.

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

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