



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali

Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Quince (15) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-002-2018-00591-01
Juzgado de origen:	Segundo Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Omar Serrano Rueda
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A. - Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.
Asunto:	Adiciona y confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional.
Sentencia escrita No.	278

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por los apoderados judiciales de Porvenir S.A., Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. y Colpensiones, contra la sentencia No. 060 emitida el 04 de marzo de 2022. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante que se declare la nulidad de la vinculación o primer traslado que se hizo del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene el regreso automático del actor a Colpensiones sin solución de continuidad. Se ordene a Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del actor. Finalmente, el pago de las costas y agencias en derecho. (Págs. 05 a 12 Archivo 01.Expediente.pdf).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones, Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. hoy “Skandia Pensiones y Cesantías S.A.” y Porvenir S.A.

Colpensiones, Skandia Pensiones y Cesantías S.A., y Porvenir S.A. mediante escritos visibles en las páginas 64 a 71, 89 a 102 y 139 a 155 del Archivo 01.Expediente.PDF, respectivamente, dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.)

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 060 emitida el 04 de marzo de 2022. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probada las excepciones propuestas por los demandados. **Segundo**, declarar la ineficacia de la afiliación de la parte actora al RAIS administrado por Porvenir S.A. y Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. **Tercero**, ordenar a Colpensiones a aceptar el regreso del actor al régimen de prima media con prestación definida. **Cuarto**, ordenar a Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., que proceda trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado por el demandante en la cuenta individual. **Quinto**, condenar en costas a cargo de la parte demandada.

3.2. Para adoptar tal determinación, tras citar el marco normativo y jurisprudencial referente al traslado de régimen pensional, adujo que, ante la falta de información en el acto de traslado del demandante, era dable declarar

la ineficacia deprecada. Recalcó que la carga probatoria en dichos asuntos se encontraba en cabeza de los fondos privados, por lo cual, ante la falta de medios de convicción, procedía la ineficacia deprecada.

4. Recurso de apelación.

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de Porvenir S.A., Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. y Colpensiones formularon recurso de apelación:

4.1. Apelación Porvenir S.A.

Interpone recurso de apelación contra la sentencia emitida por la *A quo*. Como soporte de su censura indicó que si bien es cierto el demandante alegó vicios del consentimiento para que se declarara la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo cierto es que su afirmación quedó carente de todo sustento legal. Por lo anterior, considera que las pretensiones invocadas en la demanda debieron despacharse desfavorablemente, pues no fueron demostrados por ningún medio de prueba los vicios del consentimiento de que trata el artículo 1508 del Código Civil.

Contrario de lo anterior alega que Porvenir S.A. si le suministró al actor toda la información necesaria para que voluntariamente decidiera trasladarse, como en efecto aconteció con la suscripción del formulario correspondiente. Alude que el actor, dentro de la oportunidad legal no hizo uso del derecho de retracto de su afiliación al fondo de pensiones administrado por Porvenir, ni tampoco manifestó su deseo de regresar en los términos del decreto 3800 de 2003.

Refiere que, para el momento del traslado del actor, no se le imponían a los fondos privados la obligación de brindar asesoría necesaria en cuanto a la ilustración, favorabilidad y monto de la pensión, evento que si acaeció a partir del año 2014.

Insiste en que en esta clase de procesos debe darse aplicación a la prescripción teniendo en cuenta que la acción versa no sobre la adquisición o

negación del derecho pensional como tal, sino que está encaminado a tener un mayor valor de la mesada pensional.

Finalmente pide, se absuelva de la condena en costas y agencias en derecho impuestos en contra de Porvenir S.A.

4.2. Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. hoy Skandia,

Al evocar el recurso de apelación solicitó se revocara en su totalidad la condena impuesta por la *a quo*. Alega que la afiliación realizada por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad se dio de manera libre, espontánea y sin presiones. Que al mediar información clara y veraz suscribió la vinculación ante dicho fondo. Traslado que alude se dio entre fondos privados, es decir, que el demandante provenía de otra administradora en donde ya había recibido también información pertinente respecto de su vinculación, reafirmando su deseo de continuar en el régimen de ahorro individual.

Considera que no es viable endilgarle una responsabilidad al fondo privado cuando el actor contaba con las oportunidades legales para trasladarse al régimen de prima media antes de encontrarse inmerso en la prohibición legal para tal fin.

4.3. Colpensiones.

Colpensiones invocó recurso de apelación contra la sentencia emitida por la *A quo*, y tendiente a que se modifique el numeral cuarto de la parte resolutive. Considera que Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. debe trasladar todo lo que se encuentra depositado en la cuenta de ahorro individual del demandante hacia Colpensiones, debidamente indexado. Alude que con dicha indexación se busca es garantizar la sostenibilidad financiera del sistema.

5. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, de conformidad con la Ley 2213 de 2022, se pronunciaron, así:

5.1. Colpensiones, parte demandante, Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. hoy Skandia S.A. y Porvenir S.A.

Porvenir S.A., también lo hizo mediante escrito visible a folio 3 a 10, archivo 08 PDF (cuaderno Tribunal). Los demás guardaron guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. ¿Es acertado ordenar a Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones y los rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía, debidamente indexados? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Porvenir S.A., estos últimos conceptos por el tiempo de afiliación de la parte actora?

1.3. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

1.4. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a la demandada Porvenir S.A.?

2. Respuesta a los interrogantes.

2.1 ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

La respuesta al **primer** interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión de la *A quo* de declarar la ineficacia de la afiliación al régimen pensional. Correspondía a Porvenir S.A. y Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. hoy Skandia S.A. demostrar que la afiliación del demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

2.1.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y

relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de Porvenir social, tienen el: *“deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”*, premisa que implica dar a conocer: *“las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes”*, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia que: *“el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* y que el acto de traslado: *“debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –*cuando no imposible*- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

2.1.2 Caso en concreto.

Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones¹, Porvenir S.A.², Old Mutual³ y formularios de afiliación⁴, se desprende que, el accionante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 26 de noviembre de 1992 al 30 de septiembre de 2004.
- b. Según relación histórica de movimientos⁵, el accionante se trasladó a Porvenir S.A. el 02 de agosto de 2004, efectuando cotizaciones a partir del 01 de octubre de 2004. Finalmente se trasladó a Old Mutual en Agosto de 2006, fondo al que en la actualidad se encuentra afiliado.

En la demanda se argumenta que, el traslado entre regímenes se dio, por cuanto los funcionarios de Porvenir S.A., de manera reiterada le informaba que en dicho fondo podría pensionarse anticipadamente, su pensión de vejez se

¹ Archivo 01Expediente.pdf Págs. 32 a 35

² Archivo 01Expediente.pdf Págs.36 a 40

³ Archivo 01Expediente.pdf Págs.41 a 47, 104 a 110

⁴ Archivo 01Expediente.pdf Págs.103, 156, 157

⁵ Archivo 01Expediente.pdf Pág. 36

asemejaría al salario, que tendría mejores condiciones económicas; que del bono pensional al que tenía derecho recibiría un 30% de anticipo antes de pensionarse. Se le enfatizó además que el ISS iba a desaparecer y en caso de no trasladarse, perdería las cotizaciones realizadas al régimen de prima media

Dígase, además, que en su interrogatorio de parte señaló que no percibe pensión de vejez ni de invalidez; tampoco ha solicitado a Porvenir el reconocimiento de dichas prestaciones económicas. Aduce que se trasladó a Porvenir en el año de 1995 porque se le indicó que en ese régimen se pensionaría con un monto superior y a la edad que desearía. Informa que no fue coaccionado para suscribir el formulario de afiliación, pero su traslado se dio ante la oferta dada por dicho fondo pensional (mto. 16:56 a 19:15 Archivo 02SentenciaPrimeraInstancia.mp4).

Para la Sala, Porvenir S.A. y Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., no demostraron haber brindado al demandante la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiaria del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó los formularios de afiliación suscrito por la parte actora, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que, su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a la que ha estado afiliado el accionante.

Por otro lado, en sentencia SL2877 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recalcó que la actuación viciada de traslado del RPM con prestación definida al RAIS, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen. Ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que

conlleve a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Nótese, además, que el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Ello, por cuanto el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia (SL2208-2021).

Frente al argumento referente a que se exige una información que no estaba vigente para la data del traslado, deviene señalar que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información objetiva, comparada y transparente, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, premisa que implica dar a conocer “«*las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes*»”, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub lite*. Por lo tanto, se despachará de manera desfavorable lo indicado por Porvenir S.A.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia de los traslados, al no haberse demostrado que se suministró a la parte demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

2.2 ¿Es acertado ordenar a Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones y los rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía, debidamente indexados? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Porvenir S.A., estos últimos conceptos por el tiempo de afiliación de la parte actora?

La respuesta es **positiva**. Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. debe trasladar además de las cotizaciones y los rendimientos

financieros, también, los gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados y con cargo a su propio recurso. A Porvenir S.A. le corresponde trasladar estos últimos conceptos por el período en que el accionante estuvo afiliado a esa entidad. Por lo tanto, se deberá adicionar la sentencia en este sentido.

2.2.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado.

La viabilidad de trasladar dichos conceptos, se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otras.

En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a los fondos privados, asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta

procedente que los fondos privados demandados, reintegren su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

En efecto, frente a la obligación de trasladar los gastos o comisión de administración en proporción al tiempo en que la parte afiliada estuvo vinculada a cada uno de los fondos privados del RAIS, en providencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, se concluyó que: “...*la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.** Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, **las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**”.*

Finalmente, deviene procedente ordenar la devolución del **porcentaje destinado a constituir al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**. Lo anterior, por cuanto el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, señala que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al RPM, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima (SL2601-2021). Asimismo, es procedente ordenar el reintegro de los valores utilizados en **seguros previsionales**, tal como lo ha dispuesto en sede de instancia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencias SL3202-2021 y SL3035-2021.

La jurisprudencia ha decantado que los anteriores conceptos deben ser devueltos de manera indexada. Al respecto, se señaló en sentencia SL3199-2021 lo siguiente:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, **la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual***

con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

En consecuencia, se deberá adicionar la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. hoy Skandia S.A. a trasladar también a Colpensiones las cotizaciones, rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados y con cargo a su propio recurso. A Porvenir S.A. le corresponde trasladar estos últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esa entidad.

2.3. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

La respuesta a este interrogante es **negativa**. Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras, sostiene que la **prescripción** no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Lo anterior, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado.

2.4. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a Porvenir S.A.?

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de Colpensiones, es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición está atada a las

resultas del proceso, puesto que en ese escenario se define cuál extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes, e inclusive las potestades de las mismas, vía administrativa. Por lo tanto, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por la *a quo* a la entidad demandada.

3. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. y Porvenir S.A., en favor de la parte actora. A Colpensiones no se condenará en costas dada la prosperidad parcial del recurso de apelación.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. hoy Skandia S.A. trasladar a Colpensiones los valores que percibió por gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a su propio recurso. **Porvenir S.A.** deberá a trasladar a Colpensiones, estos últimos conceptos por el período en que el accionante estuvo afiliado a esa entidad.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. hoy Skandia S.A. y

Porvenir S.A., en favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente para cada una.

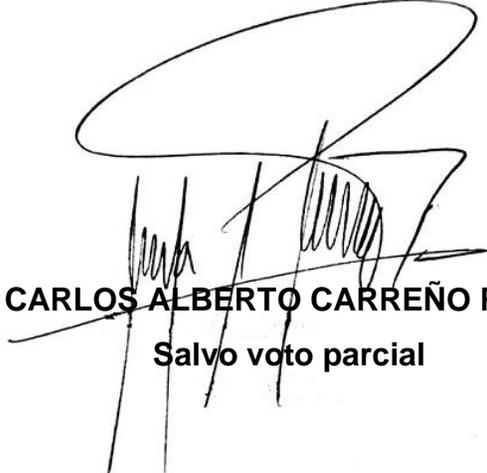
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos judiciales



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
Salvo voto parcial

Firma digitalizada para
Actos judiciales



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

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 jurídico⁶. *“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”*⁷.

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 fin⁸. 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 surtirse en los eventos de que trata el canon 69 del C.P”*⁹.

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 competencia¹⁰. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo¹¹, 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*

⁶Sentencia T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería

⁷Ibídem.

⁸Sentencia SU-962 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y T-842 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹Sentencia T-364 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto

¹⁰Sentencia C-968 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹¹ 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.

*superiores como el interés general de la Nación, la consecución de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial*¹².

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**¹³:

**“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

¹²Sentencia T-389 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto y T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹³

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**», (Negritas 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