



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta y Uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-016- 2019-00343-01
Juzgado de origen:	Dieciséis Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Diego Acevedo Loaiza
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A. -Porvenir S.A.
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	203

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por el apoderado judicial de Colpensiones, contra la sentencia No. 09 emitida el 13 de febrero de 2023. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, se condene a Protección S.A. a trasladar todos los aportes, bonos pensionales, gastos

de administración. Asimismo, requiere lo ultra y extra petita, el pago de costas procesales y agencias en derecho. (Folios 02 a 40 Archivo 01 PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.

Colpensiones mediante escritos visibles a folios 212 a 219 Archivo 01 PDF, Protección S.A., 232 a 279 Archivo 01 PDF y Porvenir S.A. a folios 01 a 27 Archivo 05 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 (Art. 279 y 280 C.G.P.).

2.2. Demanda de reconvención

Protección S.A., presentó demanda de reconvención, en la que pretende se ordene al demandante la devolución de las mesadas pensionales recibidas desde el 01 de noviembre de 2019 y los aportes que se pagaron para amparar los riesgos de invalidez, vejez y muerte (Folios 333 a 347 Archivo 01 PDF).

En auto del 11 de agosto de 2021, se tuvo por no contestada la demanda de reconvención por el señor Diego Acevedo Loaiza (Folios 423 a 424 Archivo 01 PDF).

2.3. Trámite procesal

Protección S.A., al contestar el libelo introductorio y en la demanda de reconvención, aseveró que el señor Diego Acevedo Loaiza se encuentra pensionado desde el 02 de noviembre de 2019, como se evidencia a continuación:¹

¹ Folios 232 a 279 y 333 a 347 Archivo 01 PDF

A su vez, es menester indicar que el 15 de Marzo de 2018, el accionante radicó ante PROTECCIÓN S.A. solicitud de prestación económica vejez, la cual mi representada actuando bajo el imperio de la buena procedió a reconocer y ordenar su pago el 02 de Noviembre de 2019, bajo la modalidad de Retiro Programado y con Garantía de Pensión Mínima (en adelante GPM); por medio del cual PROTECCIÓN S.A. le reconoce pensión de vejez con GPM al señor DIEGO ACEVEDO LOAIZA, es decir, su señoría lo que se entiende de las actuaciones del demandantes, es su deseo de permanecer afiliado al RAIS administrado por mi representada, y además obtener

310 7733642 / (Z) 881 1962 | Céd: 11 # 1-07 Of. 676 Ed. Jorge Gardo Nueve
ru@entel.com.co | Calle - Colombia



LLAMAS MARTINEZ
ABOGADOS Y ASESORES

la prestación económica que la misma le procedió a reconocer tras efectuar el tramite pertinente a la solicitud pensional, aceptando acogerse a las políticas aplicables al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), así como a las características del mismo, de acuerdo a las disposiciones legales establecidas en el artículo 60 de la ley 100 de 1993.

De la revisión del expediente se evidencia que el actor el día 15 de marzo de 2018. solicitó ante Protección S.A. el reconocimiento de la pensión de vejez (Folios 298 a 301 Archivo 01 PDF).

En respuesta a la anterior petición, la entidad demandada en comunicado de fecha 02 de noviembre de 2019- misiva que no se encuentra rubricada por el demandante- señaló lo siguiente²:

Protección

Bogotá, 02 de noviembre de 2019

Señor(a):
DIEGO ACEVEDO LOAIZA
CC 18460186
CL 181 D 23 55 BRR COMPARTIR
Telefono 4000450
CALL VALLE

Reciba un cordial saludo,

En Protección estamos con usted para guiarlo en cada paso del camino hacia la materialización de sus metas.

Luego de analizar el trámite de **Pensión de Vejez** radicado por usted ante nuestra entidad, procedimos a reconocer la prestación económica, ya que encontramos que cumple con los requisitos de edad y semanas establecidas en la norma para acceder a una **Pensión de Vejez por Garantía de Pensión Mínima**. (Ver Anexo 2 - Consideraciones Legales - Garantía de Pensión Mínima).

De acuerdo al análisis efectuado para determinar el derecho a la prestación económica se informa que la fecha de reconocimiento de su prestación es 01-nov-2019.

El detalle de la prestación a la cual usted tiene derecho es:

Valor Mesada Pensional	\$ 828.116,00	13 mesadas por año
- Descuento 12% salud	\$ 99.373,92	Ver anexo 1 y anexo 2
- Descuento Fondo Solidaridad Pensional - FSP	\$ 0,00	Ver anexo 2- Artículo 8 Ley 797 de 2003
Valor a percibir mensualmente	\$ 728.742,08	

² Folios 305 a 314 Archivo 01 PDF

No obstante lo anterior, el día 04 de febrero de 2020 el actor radicó ante Protección S.A., solicitud de desistimiento del reconocimiento pensional. Se fundamentó en que actualmente se encuentra en trámite proceso de nulidad de traslado. En respuesta del 05 de marzo de 2020, dicha entidad indicó que se ha realizado la marcación de dicho desistimiento. Que, en caso que deseara volver a iniciar el trámite, le correspondería elevar una nueva petición, como se observa a continuación:³



Petición que reiteró el 23 de enero de la presente anualidad. En respuesta a ello, le fue informado⁴:



³ Folios 388 a 389 Archivo 01 PDF

⁴ Archivo 06Desistimiento.pdf

Finalmente, esta Sala Primera de Decisión laboral de manera oficiosa realizó la consulta ante el Ruaf⁵, para verificar si el demandante actualmente se encuentra pensionado. En ella no se reportó pensión para el señor Diego Acevedo Loaiza, siendo su estado: “activo cotizante”

Número de Identificación	Primer Nombre	Segundo Nombre	Primer Apellido	Segundo Apellido	Sexo
CC 1949188	DIEGO		ACEVEDO	LOAIZA	M
AFLIACIÓN A SALUD					Fecha de Corte: 2023-04-07
Administrativa	Régimen	Fecha Afiliación	Estado de Afiliación	Tipo de Afiliado	Departamento - Municipio
EPS SURAMERICANA S.A.	Contributivo	01/01/2019	Activo	COTIZANTE	SANTAGO DE CALI
AFLIACIÓN A PENSIONES					Fecha de Corte: 2023-04-07
Régimen	Administradora	Fecha de Afiliación	Estado de Afiliación		
PENSIONES AHORRO INDIVIDUAL	ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN SA		1998-05-21 Activo cotizante		
AFLIACIÓN A RESGATOS LABORALES					Fecha de Corte: 2023-04-07
Administrativa	Fecha de Afiliación	Estado de Afiliación	Actividad Económica	Municipio/Libreta	
Seguro de Vida Suplementario	2023-05-04	Activo	EMPRESAS DEDICADAS A ACTIVIDADES DE OTRAS ORGANIZACIONES NO P INCLUYE EMPRESAS DEDICADAS A ACTIVIDADES TALES COMO ASOCIACIONES CON FINES CULTURALES, RECREATIVOS Y ARTESANALES Y SERVICIOS DE LA ORGANIZACIÓN DE EVENTOS DE CAPACITACIÓN, SOCIALES Y/O FORMACIÓN CULTURAL.	Vale del Cauca- CALI	
RESGATOS PROFESIONALES COLMENA SA COMPAÑIA DE SEGUROS DE VIDA	1998-05-10	Activo	EMPRESAS DEDICADAS A LA FABRICACIÓN DE ARTÍCULOS DE HORMIGÓN, CEMENTO Y YESO	Vale del Cauca- CALI	
AFLIACIÓN A COMPENSACIÓN FAMILIAR					Fecha de Corte: 2023-04-07
No se han reportado afiliaciones para esta persona.					
AFLIACIÓN A CESANTIAS					Fecha de Corte: 2023-04-07
Régimen	Administradora	Fecha de Afiliación	Estado de Afiliación	Municipio/Libreta	
CESANTIA ESPECIAL	SOCCEDHO ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA	2003-03-14	VIGENTE		
CESANTIA ESPECIAL	SOCCEDHO ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA	2010-05-10	VIGENTE	Región: D.C. - BOGOTÁ	
PERSONAJOS					Fecha de Corte: 2023-04-07
No se han reportado personajes para esta persona.					

Lo anterior demuestra que el demandante no se encuentra pensionado, pues permanece afiliado al RAIS como cotizante activo.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La a *quo* dictó sentencia No 09 emitida el 13 de febrero de 2023. En su parte resolutoria, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por el demandante a Protección S.A. y Protección S.A. **Tercero**, ordenar a Colpensiones aceptar el regreso del señor Diego Acevedo Loaiza al RPM. **Cuarto**, ordenar a Protección S.A. y a Porvenir S.A., una vez ejecutoriada esta providencia, realizar el traslado de todos los dineros cotizados a la cuenta de ahorro individual del actor a favor de Colpensiones. **Quinto**, condenar en costas a Colpensiones Protección S.A. y Porvenir S.A. **Sexto**, remitir el expediente a consulta.

⁵ <https://ruaf.sispro.gov.co/TerminosCondiciones.aspx>

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la AFP tiene la obligación de suministrar información clara, completa y comprensible a sus afiliados al momento de efectuarse el traslado. Dice que debe probarse que se obró de manera diligente, frente a las obligaciones que le impone la Ley.

Frente a la demanda de reconvención, señaló que el actor no cuenta con el reconocimiento de la pensión de vejez por parte del fondo privado, lo que hace inocuo las pretensiones señaladas en dicha demanda.

4. La apelación.

Contra esa decisión, el apoderado judicial de Colpensiones formuló recurso de apelación.

4.1. Colpensiones

Señaló que el fallo ordenó reintegrar a Colpensiones únicamente lo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual. De esta manera, debe devolverse también, las cuentas abonadas al fondo de garantía mínima, el porcentaje para el pago de seguros previsionales, y los gastos de administración, debidamente indexados. Se opone también, a la condena en costas, pues la entidad no interfirió en el traslado del actor.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, se pronunciaron, así: Porvenir S.A. en Archivo 04PDF y Colpensiones en Archivo 05PDF, respectivamente (cuaderno Tribunal). Las demás partes guardaron 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. ¿Se debe ordenar a Protección S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones y rendimientos financieros, los gastos de administración, los valores por concepto de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados, a costa de sus propios recursos? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Porvenir S.A. el traslado de estos últimos conceptos debidamente indexados, por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esa entidad?

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 Colpensiones?

2. Respuesta al primer interrogante.

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 traslado de régimen pensional. Correspondía a Protección S.A. y Protección 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.

2.2. 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 protección 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.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Se desprende de la historia laboral de Colpensiones⁶, Porvenir S.A.⁷ Protección S.A.⁸, de la certificación de afiliación RAIS administrado⁹, de los formularios de afiliación¹⁰, y del certificado de la información laboral para bono pensional¹¹, que la demandante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, desde el 06 de abril de 1984 al 31 de octubre de 1998.

⁶ Fls. 44 a 50 Archivo.01.PDF

⁷ Fls 30 Archivo.05.PDF

⁸ Fls.55 a 61 y 318 a 327 Archivo 01 PDF

⁹ Fl. 296 Archivo 01.PDF

¹⁰ Fls.54 ,y 297 Archivo 01 PDF y 27 Archivo 05PDF

¹¹ Fls 315 a 317 Archivo 01 PDF

- b. Según el formulario de vinculación y el historial de vinculaciones, el demandante se afilió al RAIS de la siguiente manera:

Afinidad a través de vinculaciones alternadas

Fecha de afiliación	Fecha de afiliación	Fecha de afiliación	AFP destino	AFP origen	AFP origen actual de inscripción	Fecha inicio de actividad	Fecha fin de actividad
Traslado Régimen	1996-12-18	2004-04-01	COLPatria	COLPENSIONES		1996-02-01	1999-06-31
Traslado de AFP	1999-07-15	2004-04-01	COLMENA	COLPatria *		1999-09-01	2000-03-31
Cesación por Suceso	2000-04-01	2012-12-01	ING	COLMENA		2000-04-01	2012-12-30
Cesación por Suceso	2012-12-01	2012-12-01	PROTECCION ING			2012-12-01	

4 registros encontrados, visualizando todos registros.

Vinculaciones registradas de Régimen para C.C. 13401191

Fecha de afiliación	Fecha de afiliación	Código de afiliación	Operación	AFP	AFP vinculada
1996-12-18	1996-12-03	01	AFILIACION	COLPatria	
1999-07-15	1999-09-10	79	TRASLADO AUTOMÁTICO	COLMENA	COLPatria
2000-04-01	2000-04-01	30	CESION	COLMENA	ING

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, las entidades demandadas nunca le informaron sobre las modalidades de pensión en el RAIS, y las diferencias con la que obtendría la pensión en el RPM, ni mucho menos de la posibilidad de retractarse, las ventajas y desventajas de dicho traslado.

Para la Sala, los fondos privados 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 allegaron los formularios de traslado suscritos 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 debían suministrar las AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliada la 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 conlleva 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).

Por último, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar el fondo privado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado que Porvenir S.A y Protección S.A. suministraron al actor la suficiente información para acogerse al RAIS.

2.2. ¿Se debe ordenar a Protección S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos financieros, los gastos de administración, los valores por concepto de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados, a costa de sus propios recursos? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Porvenir S.A. el traslado de estos últimos conceptos debidamente indexados, por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esa entidad?

La respuesta es **positiva**. Protección S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales. Asimismo, los gastos de administración, primas por seguros previsionales y porcentaje destinado al

Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a cargo de su propio patrimonio y debidamente indexados. Del mismo modo, a Porvenir S.A le corresponde trasladar estos últimos conceptos por el período respectivo. Razón por la cual habrá de adicionarse la sentencia objeto de apelación y consulta.

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 Protección S.A. 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 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 recientes providencias SL3202-2021 y SL3035-2021.

Asimismo, 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 adoctrinado 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”.***

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 Colpensiones?

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 el *a quo* a esa entidad.

5. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 365 del C.G.P., no se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones dada la prosperidad parcial del recurso impetrado.

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 al ordinal **CUARTO** de la sentencia de primera instancia para ordenar a **Protección S.A.** trasladar a Colpensiones los valores por concepto de aportes y sus rendimientos. Asimismo, los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados y a costa de sus propios recursos. De igual forma, Porvenir S.A.

debe trasladar estos últimos conceptos debidamente indexados, por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esa entidad.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la providencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en segunda instancia.

CUARTO: Notifíquese la presente decisión por edictos

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO


YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A 1ª DE DECISION L A B O R A L

Magistrado Ponente:
Fabio Hernan Bastidas Villota

SALVAMENTO DE VOTO

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me permito apartarme y hacer salvamento 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:

4. Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional la apelación y la consulta tiene una misma finalidad, que es revisar las decisiones del juez de primera instancia para corregir los errores de esa providencia, y que el fallo que haga tránsito a cosa juzgada se expida conforme al ordenamiento jurídico. *“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”*.

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. 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”*.

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

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**:

“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 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 fueron 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