



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**  
**Sala Laboral**

Magistrado Ponente:

**Fabio Hernán Bastidas Villota**

Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	76-001-31-05-015-2022-00206-01
<b>Juzgado de origen:</b>	Quince Laboral del Circuito de Cali
<b>Demandante:</b>	Martha Lucía Gómez Vázquez
<b>Demandados:</b>	- Colpensiones - Porvenir S.A.
<b>Asunto:</b>	<b>Confirma sentencia</b> – Ineficacia de traslado de régimen pensional-
<b>Sentencia escrita No.</b>	<b>184</b>

**I. ASUNTO**

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por las apoderadas de Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia No. 260 emitida el 13 de diciembre de 2022. 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 o nulidad del acto mediante el cual, se produjo la afiliación con Porvenir S.A., para que la primera afiliación sea con Colpensiones. En consecuencia, que se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a

Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual, con sus rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses y los gastos de administración. Asimismo, solicitó lo ultra y extra petita y el pago de las costas y agencias en derecho. (Archivo 01 PDF- Págs. 05 a 28).

## 2. Contestaciones de la demanda.

### 2.1. Colpensiones y Porvenir S.A.

Colpensiones mediante escrito visible a folios 04 a 12 del Archivo 04 PDF. Porvenir S. A. a folios 02 a 27 del 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. (Arts. 279 y 280 C.G.P.)

## 3. Decisión de primera instancia.

3.1. el *a quo* dictó sentencia no. 260 emitida el 13 de diciembre de 2022. en su parte resolutive, decidió: **Primero**, Declarar no probadas la totalidad de las excepciones propuestas por los demandados. **Segundo**, declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación que efectuara la demandante del régimen especial al de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. de fecha 6 de abril de 1995. **Tercero**, ordenar a Porvenir S.A. a trasladar a ejecutoria de la sentencia a Colpensiones, si es a este fondo donde la demandante escoge para su afiliación, la cual deberá aceptarse sin ningún condicionamiento, además de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, devolver 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, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. **Cuarto**, condenó en costas a la parte demandada **Quinto**, en el evento de no ser apelada la sentencia será objeto de consulta como quiera que fue adversa a los intereses del fondo público.

3.2. Para arribar a tal decisión, el juez de primera instancia argumentó que, conforme a la basta jurisprudencia de la CSJ y la Corte Constitucional, sobre el deber de información y las ineficacias del traslado, se ha establecido que es obligación del fondo demostrar que suministró la información necesaria y suficiente al afiliado, antes de trasladarse del RPM al RAIS. En ese orden de ideas, concluyó que Porvenir S.A. no arrió pruebas para demostrar que asesoró a la demandante en los términos legales indicados; por ende, declaró la ineficacia de la vinculación inicial.

#### **4. La apelación.**

Contra esa decisión, las apoderadas judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., formuló recurso de apelación:

##### **4.1. Apelación Porvenir S.A.**

Presenta su disconformidad frente a la devolución de **los gastos de administración**. Dice que los gastos es aquella comisión que cobran la entidad para administrar los aportes de la cuenta de ahorro individual, misma que ha generado unos rendimientos, pues de cada aporte se descuenta para este concepto y pagar a la compañía de seguros; además, que se encuentra autorizados por la Ley.

De igual forma, se opone a devolver **el porcentaje de garantía mínima y las primas de seguros previsionales**, pues por mandato legal ya se destinaron, y no se encuentran en poder. Que en caso de que se confirme el fallo de primera instancia, no se ordene lo indicado en el numeral cuarto de la providencia.

##### **4.2. Colpensiones**

Se opone frente a la condena en costas, pues aduce que la entidad no tiene incidencia en la decisión o afiliación que tuvo la parte demandante con Porvenir S.A., siendo un hecho ajeno a la entidad. Si bien se está ordenando la afiliación de la demandante, no obedece a una omisión de la misma.

#### **5. Alegatos de conclusión**

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, se pronunciaron, así: Colpensiones y Porvenir S.A. en Archivos 08PDF y 09PDF (Cuaderno Tribunal).

### 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 de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. ¿Se debe ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar a Colpensiones, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, reintegre los gastos de administración, los valores por concepto de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a costa de sus propios recursos debidamente indexados?

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 a los interrogantes.

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

La respuesta al primer interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión del a *quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía al fondo privado demostrar que la afiliación de la parte 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 probatoria,

resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

### **2.1.2. 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.

Descendiendo al *sub lite*, se desprende de la historia laboral de Colpensiones<sup>1</sup> Porvenir S.A.<sup>2</sup>, de la certificación de Asofondos<sup>3</sup>, de la certificación de afiliación RAIS<sup>4</sup>, del formulario de afiliación<sup>5</sup> y del certificado de la información laboral para bono pensional<sup>6</sup> 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, del 01 de enero de 1995 hasta el mes abril de 1995.

Con la historia laboral de Colpensiones, se observa que las cotizaciones fueron realizadas por “vinculación por responsabilidad del empleador” desde enero de 1995 a esa entidad, como trabajador del Hospital Piloto. La entidad aceptó las cotizaciones, y en su contestación no refutó que la actora nunca hubiera estado afiliado al RPM, donde permaneció hasta el mes de abril de 1995.

**RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR**

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha constituido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre e Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Monto Salario	[6]Semanas	[7]C	[8]S	[9]Total
88030880	HOSPITAL PILOTO	01/01/1995	28/02/1995	\$273.000	8,14	0,00	0,00	8,14
88030880	HOSPITAL PILOTO	01/03/1995	31/03/1995	\$1.010.000	4,20	0,00	0,00	4,20
88030880	HOSPITAL PILOTO	01/04/1995	30/04/1995	\$1.280.000	3,71	0,00	0,00	3,71
88030880	HOSPITAL PILOTO	01/05/1995	31/05/1995	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
88030880	HOSPITAL PILOTO (AM)	01/10/1995	31/10/1995	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
88030880	HOSPITAL PILOTO	01/01/1996	31/01/1996	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
88030880	HOSPITAL PILOTO	01/02/1996	31/02/1996	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
W0463008	ASOCIACION DE OFICIO	01/06/2019	30/06/2019	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
88022821	ASOCIACION GREMIAL E	01/06/2021	30/06/2021	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
88022821	ASOCIACION GREMIAL E	01/06/2021	31/07/2021	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
<b>[9] TOTAL SEMANAS COTIZADAS</b>								<b>16,06</b>
<b>[1] SEMANAS COTIZADAS CON TAMPÓN DE ALTO RESUMEN COTIZADAS EN EL CAMPO DE "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"</b>								<b>0,00</b>

<sup>1</sup> Fls.85 a 90 Archivo 04.PDF

<sup>2</sup> Fls.73, 79 a 151 Archivo 05.PDF

<sup>3</sup> Fl 70 Archivo 05.PDF

<sup>4</sup> Fl. 73 Archivo 05.PDF

<sup>5</sup> Fl. 74 Archivo 05.PDF

<sup>6</sup> Fls 75 a 78 Archivo 09.PDF

(14) Identificación Aportante	(15) Nombre o Razón Social	(16) PA	(17) Período	(18) Fecha de Pago	(19) Referencia de Pago	(20) MRC Reportado	(21) Cotización Pagada	(22) Cotización Mora (sin intereses)	(23) No.	(24) Des. Rep.	(25) Des. Cot.	(26) Observación
89000000	HOSPITAL PILOTO	SI	1999/01	21/02/1995	11802801008184	\$ 273.448	\$ 8.500	\$ 25.000	27	27		Pago aplicado al periodo declarado
89000000	HOSPITAL PILOTO	SI	1999/02	15/03/1995	11802801008181	\$ 273.448	\$ 8.500	\$ 0	30	30		Pago aplicado al periodo declarado
89000000	HOSPITAL PILOTO	SI	1999/03	10/04/1995	23852101008089	\$ 1.016.163	\$ 127.800	\$ 0	35	35		Pago aplicado al periodo declarado
89000000	HOSPITAL PILOTO	SI	1999/04	15/05/1995	23852101008250	\$ 1.280.820	\$ 150.200	\$ 11.200	35	19		Pago aplicado al periodo declarado
89000000	HOSPITAL PILOTO	NO	1999/05	02/06/2011	94117058500009	\$ 845.313	\$ 0	\$ 0	0	0		*** Aporte Devuelto ***
89000000	HOSPITAL PILOTO	SI	1999/06	26/06/1995	23852101008521	\$ 845.313	\$ 15.800	\$ 15.800	30	3		Ciclo Doble
89000000	HOSPITAL PILOTO	SI	1999/07	28/06/1995	23852101008444	\$ 854.800	\$ 82.000	\$ 82.000	30	3		No Vinculado Traslado a HJ
89000000	HOSPITAL PILOTO JAMUNER	SI	1999/08	02/08/2011	94117058500009	\$ 854.800	\$ 0	\$ 0	30	3		Aporte devuelto por estar vinculado a Horizonte
89000000	HOSPITAL PILOTO	SI	1999/09	15/07/1995	23852101008154	\$ 845.313	\$ 87.000	\$ 87.000	30	3		Ciclo Doble
89000000	HOSPITAL PILOTO JAMUNER	SI	1999/10	02/08/2011	94117058500009	\$ 845.313	\$ 0	\$ 0	30	3		Aporte devuelto por estar vinculado a Horizonte
89000000	HOSPITAL PILOTO	SI	1999/11	28/09/1995	23852101008074	\$ 845.313	\$ 55.500	\$ 55.500	30	3		Ciclo Doble
89000000	HOSPITAL PILOTO	SI	1999/12	02/08/2011	94117058500009	\$ 845.313	\$ 0	\$ 0	30	3		Aporte devuelto por estar vinculado a Horizonte
89000000	HOSPITAL PILOTO	SI	1999/01	07/09/1995	23852101001286	\$ 1.588.862	\$ 187.800	\$ 187.800	35	3		Ciclo Doble
89000000	HOSPITAL PILOTO JAMUNER	SI	1999/02	02/08/2011	94117058500009	\$ 1.588.862	\$ 0	\$ 0	35	3		Aporte devuelto por estar vinculado a Horizonte
89000000	HOSPITAL PILOTO	SI	1999/03	28/10/1995	23852101001887	\$ 845.313	\$ 45.400	\$ 45.400	30	3		Ciclo Doble
89000000	HOSPITAL PILOTO JAMUNER	SI	1999/04	02/08/2011	94117058500009	\$ 845.313	\$ 0	\$ 0	35	3		Aporte devuelto por estar vinculado

Luego se trasladó de régimen como se constata con el formulario de afiliación y la certificación de Asofondos, y en el formulario de afiliación con Horizonte S.A., donde dejó consignando que la administradora de pensiones anterior era el ISS.

**HORIZONTE**  
PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

**SOLICITUD DE VINCULACION** No. 427579

DEPARTAMENTO: Cali-Valle  
FECHA DE DILIGENCIAMIENTO: 9/5/04/06  
USO INTERNO: 148388

VINCULACION INICIAL:   
 TRASLADO DE APP:   
 TRASLADO DE REGIMEN:

ENTIDAD ADMINISTRADORA ANTERIOR: ISS

INFORMACION DEL TRABAJADOR  
 NÚMERO DOCUMENTO DE IDENTIFICACION: 21.992.956  
 CIUDAD: CALI  
 NACIONALIDAD: COLOMBIANO

Además, en el certificado para bonos pensionales se registra periodos cotizados con el Hospital Piloto, como se muestra en el siguiente pantallazo:

**HISTORIA LABORAL**

**HISTORIA NO VALIDA PARA BONO**

HISTORIA LABORAL INACTIVO (35)/COTIZACIONES POSTERIOR A 1994

NIT/PATRONAL	NIT: 890306950		NOMBRE EMPLEADOR		HOSPITAL PILOTO	
Novedad	Fecha Desde	Fecha Hasta	SS	IVM	Salario	Errores/Observaciones
LABORAL	01/01/1995	31/01/1996	S	S	\$ 0	3675 3630 3630
LABORAL	01/07/1996	31/10/1996	S	S	\$ 0	3675 3630 3630

**CONVENCIONES DE ERRORES/OBSERVACIONES**

ERROR/OBSERVACION	DESCRIPCION
3675	<b>OBSERVACION:</b> EL BENEFICIARIO NO TIENE HISTORIA LABORAL VALIDA PARA BONO. <b>SOLUCION:</b> LA APP DEBE VERIFICAR LA EXISTENCIA DE HISTORIA LABORAL VALIDA PARA BONO PENSIONAL Y REPORTARLA AL

- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el accionante se trasladó de la siguiente manera:

Horario de la consulta: 4:32:21 PM  
Afiliado: CC 3198956 NIRTHALUCIA GOMEZ VASQUEZ [Ver perfil](#)

**Historial de vinculaciones al sistema**

Vinculaciones para: CC 3198956

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación por responsabilidad del empleador	1995-01-05	20190404	COLPENSIONES			1995-01-05	1995-04-30
Traslado régimen	1995-04-05	20040416	HORIZONTE	COLPENSIONES		1995-05-01	2013-12-31
Cesión por lesión	2014-01-01	20131228	FORVENER	HORIZONTE		2014-01-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.  
1

Vinculaciones migradas de Managua para: CC 3198956

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP migrada
1995-04-05	1996-05-13	01	AFLIACION	HORIZONTE	

Un ítem encontrado.  
1

En la demanda se argumenta que, se afilió en la administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 01 de mayo de 1995. Que dicha entidad no cumplió con el deber de información, pues no le explicó de manera clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias o consecuencias del régimen de ahorro individual; además, del derecho al retracto. Que se encuentra a menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, lo que le imposibilita trasladarse.

Para la Sala, con los medios de pruebas previamente referenciados, la actora demostró su afiliación al RPM. De esta manera, Porvenir S.A., no demostró haber brindado, a la 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 el actor, 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 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 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 los fondos privados 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 se suministró a la parte actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

**2.2. ¿Se debe ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar a Colpensiones, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, reintegre los gastos de administración, los valores por concepto de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a costa de sus propios recursos debidamente indexados?**

La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos. Asimismo, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio debidamente indexados.

### **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 Porvenir 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 el afiliado estuvo vinculado 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. Por lo tanto, la sentencia apelada se encuentra ajustada a derecho.

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 los resultados 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 la entidad demanda.

## **3. Costas.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Porvenir S.A. y Colpensiones en favor de la actora.

## **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: CONFIRMAR** la providencia objeto de apelación y consulta, por lo antes expuesto.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia, a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., y en favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

**TERCERO:** Notifíquese la presente decisión por edicto.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

Firma digitalizada para  
Acto Judicial  
  
**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**

  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**SALVO VOTO PARCIAL**

Firma digitalizada para  
Acto Judicial  
  
Cali-Valle  
**YULI MABEL SANCHEZ 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. Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional la apelación y la consulta tiene una misma finalidad, que es revisar las decisiones del juez de primera instancia para corregir los errores de esa providencia, y que el fallo que haga tránsito a cosa juzgada se expida conforme al ordenamiento jurídico<sup>[1]</sup>. “De ahí que, como lo sostiene un amplio sector de la doctrina procesalista, si la parte en cuyo favor se estableció la consulta recurre en apelación, no es necesaria la misma, pues por sustracción de materia quedaría sobrando”<sup>[2]</sup>.*

*Bajo este supuesto, las herramientas procesales referidas son formas diferentes de agotar el proceso laboral. Así, en el evento en que se tramite y decida el recurso de apelación el juicio ordinario terminará, siempre que no se proponga o proceda la casación. Lo propio ocurre con la consulta, pues dicho instituto procesal es indispensable para que la decisión adoptada por el a-quo, que es totalmente adversa al trabajador o la entidad territorial, quede ejecutoriada, y el proceso llegue a su fin<sup>[3]</sup>. En efecto, ese grado jurisdiccional “es un trámite obligatorio en los casos en que la ley lo exige y que, tratándose del contencioso laboral, dicho grado jurisdiccional deberá inexorablemente surtirse en los eventos de que trata el canon 69 del C.P.”<sup>[4]</sup>.*

*La Corte estima que la consulta y la apelación son excluyentes entre sí, de modo que no proceden de forma simultánea. Es más, el instituto procesal estudiado es independiente de los recursos, por cuanto sobrepasa los factores de competencia<sup>[5]</sup>. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo<sup>[6]</sup>, norma que señala cuáles son los recursos existentes para atacar las providencias en los procesos adelantados ante la jurisdicción laboral. Lo expuesto en razón de que “propende por la realización de objetivos superiores como el interés general de la Nación, la consecución de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial”<sup>[7]</sup>.*

Así también se ha manifestado en aclaraciones de voto en providencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia **SL 3202-2021, SL 3047-2021, SL 3199 –2021 y SL 3049-2021**<sup>[8]</sup>:

**“CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**

**Magistrada ponente**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

**Recurso Extraordinario de Casación**

**Radicación n.º 87999**

**Acta 25**

**Referencia:** Demanda promovida por **EDUARDO VICARIA GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en este especial asunto, me permito hacer aclaración de voto, pues si bien comparto la decisión que finalmente se adoptó en el *sub iudice*, 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 de aclarado mi voto. **GERARDO BOTERO ZULUAGA Magistrado”**  
**EL MAGISTRADO**

  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**