



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintiséis (26) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76001 31 05 004 2019 00106 01
Juzgado de origen:	Cuarto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Pedro José Posada Gómez
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A. - Protección S.A. - Ministerio de Hacienda y Crédito Público
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional-
Sentencia escrita No.	092

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. 274 emitida el 02 de noviembre de 2022. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda y subsanación de demanda¹.

Pretende el demandante se **i)** declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección S.A. y Porvenir S.A., al estar mediado de error y por ende, viciado de nulidad, retornando la afiliación a Colpensiones sin solución de continuidad. En consecuencia, **ii)** se condene a Protección S.A. a trasladar

¹ Págs. 07 a 23 y 70 a 87 Archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdf

a Colpensiones todo el saldo de la cuenta individual del actor, aportes para pensión, incluidos los rendimientos e intereses moratorios que se causen hasta el momento de hacerse efectiva la transferencia. **iii)** De igual manera, solicitó se ordenara a Protección S.A. y posteriormente a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones el valor de bono pensional que hubiere adquirido el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con los intereses, indexación, aumentos, desde la fecha en que recibió el bono pensional hasta que se entregue de manera definitiva.; **iv)** Ordenar a Colpensiones a que reciba el traslado de los valores que se encontraban depositados a nombre del actor, provenientes de Protección S.A. y Porvenir S.A.; **v)** Condenar a Protección y Porvenir S.A. al pago y realización de todos los cargos administrativos y financieros que conlleve el traslado del actor, al régimen de prima con prestación definida para que se ejecute el posterior reconocimiento de la pensión de vejez. **vi)** A Colpensiones a recibir nuevamente en el régimen de prima media con prestación definida al actor e iniciar los trámites para otorgarle la pensión de vejez. **vii)** A las condenas ultra y extra petita. **viii)** A las costas y agencias en derecho.

2. Contestaciones de la demanda

Las demandadas Colpensiones², Protección³ y Porvenir S.A.⁴, dieron contestación a la demanda. No se estima necesario reproducir las manifestaciones, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal (Art. 279 y 280 C.G.P.).

Mediante auto interlocutorio 999 del 28 de julio de 2022 se integró la litis con la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales⁵, entidad que dio contestación a la demanda⁶, la cual no se reproduce conforme a los artículos 279 y 280 C.G.P.

3. Sentencia de primera instancia sentencia

3.1. Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo⁷, en la que **i)** declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, **ii)** declaró la ineficacia de las afiliaciones realizadas por

² Págs. 167 a 174 Archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdf

³ Págs. 189 a 227 Archivo ibid.

⁴ Págs. 2 a 50 del Archivo 05ContestacionDemandaPorvenirSA.

⁵ Archivo 06AdmiteContestacionIntegralitis

⁶ Archivo 08ContestacionMinisteriodeHaciendayCredito, Págs. 2 a 22

⁷ Archivo 14AudienciaConciliaciónTrámiteJuzgamiento

el señor Pedro José Posada en los fondos de pensiones Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. En consecuencia, declarar que, para todos los efectos legales, el afiliado señor Pedro José Posada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo tanto siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con prestación definida. **iii)** ordenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado por el demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y bonos pensionales si los hay. Así como los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todo ello debidamente indexado y a cargo de su propio patrimonio; **iv)** ordenó a Protección S.A. trasladar a Colpensiones los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todo ello debidamente indexado y a cargo de su propio patrimonio, del periodo en el cual el actor estuvo afiliado a esa AFP, **v)** ordenó a Colpensiones recibir los dineros de los fondos privados de pensiones; **vi)** Desvinculó del proceso a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público; **vii)** impuso costas a cargo de cada uno de los fondos de pensiones \$900.000, y de Colpensiones \$300.000.

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, las AFP tienen 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. Por tal motivo, debe declararse la ineficacia del traslado.

4. La apelación.

4.1. Apelación Colpensiones

El apoderado judicial de Colpensiones solicita revocar la sentencia, toda vez, que, el actor se trasladó de manera libre y voluntaria al régimen de ahorro individual, efectuando actos de permanencia en el mismo, al ejecutar traslado horizontal entre administradoras en el año 2001. Alega que el demandante tuvo la oportunidad de retornar a Colpensiones y no lo hizo dentro del término que prevé la ley. En caso de confirmarse la sentencia emitida, solicita igualmente, se revoque la condena en costas, toda vez, que no participó en el acto de traslado y es un tercero de buena fe.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales del demandante y Colpensiones, previo traslado, allegaron alegatos de conclusión como se observa en los memoriales “05AlegatosColpensiones00420190010601” y “06AlegatosDTE00420190010601”.

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 Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar a Colpensiones, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales, retorne los gastos de administración, debidamente indexados? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Protección S.A., el traslado de los gastos de administración con cargo de su propio patrimonio debidamente indexados, por el tiempo de afiliación del actor?

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

1.4. ¿Es procedente condenar en costas de primera instancia a Colpensiones

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 es negativa. No se demostró que las AFP del RAIS le brindaran información suficiente para efectos de trasladarse de régimen pensional. Por ello, resulta acertada la

decisión de declarar la ineficacia de dicho 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, RPMPD 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 concreto.

Previo a abordar esta temática, la Sala debe precisar que, en el escrito de demanda inicial el actor solicitó de manera principal se declarara la nulidad del traslado que efectuó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.

No obstante, la Sala también pone de presente que, aunque el demandante requirió la nulidad del traslado, al momento de referir los supuestos de hecho en los que sustentó tales pedimentos, hizo alusión a la omisión de las AFP convocadas de informarle con suficiencia y de manera clara y oportuna, las consecuencias que conllevaba el cambio de régimen pensional, así como también los beneficios y desventajas que ello implicaría.

En consecuencia, se resalta que, aunque el actor incurrió en una imprecisión, lo que en realidad alegó fue que las entidades accionadas no le suministraron los elementos de juicio o información necesarios para tomar adecuadamente la decisión de trasladarse al régimen de ahorro individual; asuntos estos que constituyen el tema a estudiar. Hecha esta aclaración, se tiene que la jurisprudencia enseña que a las administradoras de pensiones les corresponde dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen pensional, lo que se traduce en un deber de acreditar en el proceso que suministraron al afiliado los suficientes datos y explicaciones del traslado respectivo.

Para este caso, se desprende de las historias laborales de Protección S.A.⁸, Porvenir S.A.⁹ y Colpensiones¹⁰, la consulta en el Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión¹¹, historia válida para bono pensional¹² y del formulario de afiliación¹³, que el 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 11 de mayo de 1978 al 30 de noviembre de 1995.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual: el accionante se trasladó a Protección S.A. a partir del 01 de noviembre de 1997, administradora en la que permaneció hasta el 30 de junio de 2001, toda vez, que se vinculó a Porvenir S.A. desde el 1º de julio de 2001, permaneciendo en ésta última administradora hasta la fecha.

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, no se le informó al actor de manera completa, clara y comprensible sobre las modalidades de pensión en el RAIS y las diferencias de las mesadas pensionales que se derivan entre

⁸ Págs. 233 a 236 Archivo 01ExpedienteDigitalizado

⁹ Págs. 54 a 94 del Archivo 05ContestacionDemandaPorvenirSA.

¹⁰ Pág. 25 Archivo 01ExpedienteDigitalizado.

¹¹ Págs. 104 del Archivo 05ContestacionDemandaPorvenirSA.

¹² Págs. 98 a 102 del Archivo 05ContestacionDemandaPorvenirSA.

¹³ Págs. 97 del Archivo 05ContestacionDemandaPorvenirSA. Y pág. 232 Archivo 01ExpedienteDigitalizado

ambos regímenes; la posibilidad de retractarse de la afiliación y retornar al régimen de prima media, por no habersele realizado entrega física del plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de los fondos de pensionales, como lo dispone el artículo 15 del decreto 656 de 1994.

En interrogatorio de parte absuelto por el demandante, éste aduce que para el momento en que se vinculó con la Universidad del Valle del Cauca en el Departamento de Filosofía se le indicó que el Seguro Social iba a acabarse y por ende, debían afiliarse a un fondo privado, información que asumió como cierta. En virtud de lo anterior, se afilió al fondo privado, pero en ningún momento le fue informado el riesgo o ventaja en comparación con permanecer en el RPM. Posteriormente, fue convencido por una asesora de Porvenir en trasladarse a Protección S.A., pues a su parecer le daban mejores ventajas. Refiere que para el año 2001, no recuerda haber hecho ningún trámite para retornar al Seguro Social; que fue de manera posterior que se enteró que se había realizado una publicación en el Diario El Tiempo. Aduce que desea retornar a Colpensiones, pues una vez ingresó al simulador pensional de la página web de Porvenir, se percató que su pensión sería de al menos el 30% de lo que actualmente devenga. (Minuto 0:30:08 a 0:42:55 Archivo 14AudienciaConciliacion.mp4)

Para la Sala, Protección S.A. y Porvenir 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 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 la administradora a la que ha estado afiliado el accionante.

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que, el actor permaneció por varios años en el RAIS. Dicha circunstancia, *per se*, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le es atribuible al fondo privado. Ello, no exime a las AFP de la obligación que le atañía frente al demandante. Tampoco los traslados horizontales son prueba de ratificación de la voluntad de afiliación, pues el asunto versa en establecer si se dio la información cuando cambió de régimen pensional inicialmente,

situación que tampoco subsana la ausencia del deber que le asistía a Protección S.A. y Porvenir S.A. Por tanto, se despacha de manera desfavorable los argumentos de Colpensiones.

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, dicho argumento se despachará de manera desfavorable.

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no atenta con el principio de la sostenibilidad financiera y no le genera a Colpensiones ninguna carga económica imposible de soportar, toda vez que los recursos que debe reintegrar las AFP a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral del a 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 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 Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, se incluya la orden

de retornar a Colpensiones, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales, retorne los gastos de administración, debidamente indexados? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Protección S.A., el traslado de los gastos de administración con cargo de su propio patrimonio debidamente indexados, por el tiempo de afiliación del actor?

La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales y sumas adicionales. 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 Protección S.A. le corresponde trasladar estos dos últimos conceptos por el período respectivo. Razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia apelada.

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 el fondo privado demandado, reintegre su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

La devolución del rubro denominado **gastos de administración** en proporción al tiempo en que el demandante estuvo vinculado a las mismas, se ajusta a derecho. 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 Protección 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**”*. Por tal motivo, se confirmará el fallo de primer grado, en tal sentido.

De igual forma, 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**”.*

Sin que pueda considerarse una doble sanción a cargo de la entidad pensional la devolución de los rendimientos, junto a los gastos de administración, primas de seguro y bonos pensionales.

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 la demandada Colpensiones?

La respuesta es **positiva**. En lo que atañe a la condena en costas de primera instancia frente a 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. El actuar precedido de la buena fe y la conducta procesal de la demandada, no sirve de fundamento para exonerar de las costas a la parte vencida, pues la fijación de las costas está sustentada en criterios legales y objetivos (CSJ SL8771-2015) 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 la demandada Colpensiones, en favor del demandante.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la **Sala 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.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la apelante Colpensiones en favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: Notifíquese esta decisión por edicto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Acto Judicial


FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL

Firma digitalizada para
Acto Judicial


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

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

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

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

“CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada ponente
ACLARACIÓN DE VOTO
Recurso Extraordinario de Casación
Radicación n.º 87999
Acta 25

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

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en este especial asunto, me permito hacer aclaración de voto, pues si bien comparto la decisión que finalmente se adoptó en el *sub judice*, que dispuso casar el fallo absolutorio de segundo nivel, respecto de los argumentos esbozados en sede de instancia, relacionados con el grado jurisdiccional de consulta que se indica se surte a favor de Colpensiones, me permito aclarar lo siguiente:

En la referida providencia se sostuvo que se procedería a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones «*en lo no apelado*».

Sobre el particular, debo señalar que aun cuando esta la Sala de manera mayoritaria, ha venido sosteniendo que la sentencia condenatoria contra entidades territoriales, y aquellas donde el Estado es garante, debe ser consultada independientemente de si es apelada o no por esta, lo que obliga al juez de segundo grado, en razón de ese grado jurisdiccional, a pronunciarse respecto de aquellos puntos que no fueron apelados, en mi prudente juicio ello no es así, como se pasa a explicar.

El recurso de apelación hace parte del principio de la doble instancia y del derecho de defensa, teniendo como objeto defender una postura, refutar y contradecir los argumentos de la providencia, haciendo ver de manera lógica y jurídica aquellos aspectos de la sentencia que se consideran son contrarios a nuestro ordenamiento constitucional, legal o la jurisprudencia y lesivos a los intereses de la parte que se representa,

buscando que el superior la revoque o modifique, correspondiendo al apelante definir el alcance de la alzada, que en últimas limitan la competencia del superior, excepto cuando estén de por medio beneficios mínimos irrenunciables del trabajador.

La reforma introducida por la Ley 1149/07, en su artículo 14, amplió el campo de aplicación de la consulta frente a entidades donde el Estado sea garante, cuyo objetivo es que, ese grado jurisdiccional se surta siempre y cuando no sea apelada, como expresamente lo establece en el inciso segundo, al indicar que las decisiones de primera instancia **«serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas»**, y aun cuando este párrafo se refiere al trabajador, afiliado o beneficiario, no puede mirarse aisladamente el tercer inciso en donde se consagra la consulta para entidades del orden territorial y aquellas donde el Estado sea garante, para concluir que, como allí no se limitó de manera expresa la procedencia de esta, opera con independencia de que sea apelada o no por la parte a la que le fue adversa, puesto que el fin último de la disposición es que esos fallos tengan una revisión por parte del Tribunal cuando no sean apelados, para evitar sentencias que puedan afectar los derechos de los trabajadores o el patrimonio público.

Así las cosas, cuando la entidad accionada, en este caso Colpensiones, presenta recurso de apelación respecto de algunos puntos de la sentencia y frente a otros no, quiere decir que está conforme con lo allí decidido en cuanto a estos, en cuyo caso, el juez colegiado no tendría facultad para pronunciarse en lo atinente a la decisión del juzgado que no fue objeto de apelación, por mandato expreso del artículo 66 A adicionado por el artículo 35 de la Ley 712/01, que preceptúa: **«Principio de consonancia. La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto de recurso de apelación»**, (Negrillas fuera de texto).

Y no puede ser de otra manera porque si la razón de ser de ese grado jurisdiccional de consulta es dar origen a una segunda instancia y obtener una revisión oficiosa del fallo, ese objetivo se consuma a cabalidad con la interposición del recurso de alzada. Una interpretación contraria, no solo quebranta la norma antes mencionada, sino que también crea una desigualdad respecto del trabajador, afiliado o beneficiario, parte débil del litigio, frente a quien solo opera la consulta cuando la providencia que le es desfavorable, no es apelada, más no, cuando, se hace uso del recurso de alzada de manera parcial, evento en el cual el juez colegiado no se ocupa oficiosamente de estudiar aquellos puntos que no fueron objeto de apelación. En los anteriores términos de aclarado mi voto. **GERARDO BOTERO ZULUAGA Magistrado”**
EL MAGISTRADO



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA