



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali

Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-004-2019-00041-01
Juzgado de origen:	Cuarto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Carlos Alberto Ramírez
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A. - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional.
Sentencia escrita No.	311

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de Protección SA, Porvenir SA y Colpensiones, contra la sentencia No. 209 emitida el 09 de agosto de 2022. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante que se declare la nulidad o ineficacia del traslado y la vinculación que se hizo del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- Como consecuencia de lo anterior,

solicita se ordene el traslado del actor al régimen de prima media administrado por Colpensiones, con los correspondientes aportes en su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos debidamente indexados. Finalmente, el pago de las costas y agencias en derecho. (Págs. 05 a 12 Archivo 01ExpedienteDigital.pdf).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones y Protección S.A.

Colpensiones y Protección S.A. mediante escritos visibles en las páginas del 46 a 62 y 80 a 106 del Archivo 01ExpedienteDigital.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.).

2.2. Ministerio Público.

El agente especial del Ministerio Público a través de escrito obrante en el Archivo 01ExpedienteDigital.pdf Págs.142 a 147 intervino en defensa del orden jurídico, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

2.3 Porvenir S.A.

A través de auto de fecha 16 de diciembre de 2020 (Archivo 03ActaAudiencia), el *A quo* dispuso la vinculación como litisconsorcio necesario a Porvenir S.A.. Posteriormente mediante auto de fecha 26 de abril de 2022 (Archivo 09FijaFecha.PDF), se resolvió tener por no contestada la demanda, pues dentro del término del traslado dicha AFP guardó silencio.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *a quo* dictó sentencia No. 209 emitida el 09 de agosto de 2022. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probada las excepciones propuestas por los demandados. **Segundo**, declarar la ineficacia de la

afiliación de la parte actora al RAIS administrado por Protección S.A. En consecuencia, declarar que, para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **Tercero**, ordenar a Protección S.A. que proceda trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado por el demandante en la cuenta individual junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay, así como los gastos de administración, comisiones, prima de seguros provisionales y el porcentaje destinado en el fondo de garantía de pensión mínima. Todo ello debidamente ingresado y a cargo de su propio patrimonio. **Cuarto**, ordenar a Porvenir a que proceda a trasladar a Colpensiones los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, las comisiones y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de prima mínima, todo ello debidamente indexado y a cargo de su propio patrimonio, del período en el cual estuvo afiliado el actor en dicha administradora. **Quinto**, ordenar a Colpensiones que proceda a recibir por parte de Protección S.A., la totalidad de lo ahorrado por el actor en la cuenta individual junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay, así como los gastos de administración, comisiones, prima de seguros provisionales y el porcentaje destinado en el fondo de garantía de pensión mínima. **Sexto**, ordenar a Colpensiones que proceda a recibir por parte de Porvenir S.A., los gastos de administración, comisiones, prima de seguros provisionales y el porcentaje destinado en el fondo de garantía de pensión mínima. **Séptimo**, conceder la consulta. **Octavo**, condenar en costas a cargo de la parte demandada.

3.2. Para adoptar tal determinación, tras citar el marco normativo y jurisprudencial referente al traslado de régimen pensional, adujo que, ante la falta de información en el acto de traslado del demandante, era dable declarar la ineficacia deprecada. Recalcó que la carga probatoria en dichos asuntos se encontraba en cabeza de los fondos privados, por lo cual, ante la falta de medios de convicción, procedía la ineficacia deprecada.

4. Recurso de apelación

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones formularon recurso de apelación:

4.1. Apelación Colpensiones

Plantea recurso de apelación contra la sentencia emitida por el juez de primer grado, únicamente en lo que atañe a las costas impuestas. Aduce como apoyo de su censura que Colpensiones es un tercero de buena fe que ve afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, al imponerse las costas procesales. Considera que la misma constituye un doble castigo: el primero relacionado a la migración de sus afiliados y el segundo, verse implicado en procesos judiciales que requieren la contratación de firmas para la asesoría.

4.2. Apelación Porvenir S.A.

Como soporte del recurso interpuesto, pide se declaren probadas las excepciones propuestas en la contestación de demanda para en su lugar se disponga revocar las condenas impuestas por el Juez de Primer grado. Alega que las afiliaciones realizadas por parte del actor a Porvenir S.A., cumplió todos los requisitos vigentes al momento del traslado de régimen pensional. Refiere que solo a partir del primero de julio del año 2010 fue que se consideró como obligatorio para las AFP privadas informar por escrito lo concerniente a la asesoría, lo que implica el traslado de régimen e informar el monto de la pensión. Recalca que en el traslado de régimen el actor recibió toda la información pertinente al momento de su vinculación de manera verbal, y en tal virtud se suscribió el formulario de afiliación sin ningún tipo de presión.

Refiere que la acción para reclamar la respectiva ineficacia si se encuentra prescrita, acorde a lo señalado en los artículos 1750 del Código Civil, Art. 151 del código procesal del trabajo y la Seguridad Social y 488 el código sustantivo del trabajo. Arguye que no se está en presencia de la consolidación de un derecho pensional. Ataca la condena impuesta en el numeral cuarto, que atañe a devolver los gastos de administración, puesto que los mismos ya cumplieron con una designación legal específica, que le permitió al actor obtener los respectivos rendimientos.

Con relación a la devolución de las primas de seguros previsionales, tampoco están en poder de dicha entidad, sino en la compañía aseguradora que se

contrató para la cobertura de las contingencias de invalidez y muerte. Sumas que aduce expiraron y cumplieron su objetivo, por tanto, no puede retroceder en el tiempo por ser material y jurídicamente imposible. Advierte que tampoco es viable devolver el porcentaje del Fondo de Garantía de pensión mínima, pues es extinta.

4.3. Apelación Protección S.A.

Apela la condena impuesta por el *A quo*. Alude que no es viable la devolución de la Comisión de Administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante. Descuentos que refiere se efectuaron conforme a la ley, en contraprestación a una gestión de administración.

Arguye que si la consecuencia de la ineficacia y nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca Protección S.A. debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual. Agrega, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una Comisión de Administración.

5. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se pronunciaron, así:

5.1. Colpensiones, parte demandante. Porvenir S.A. y Protección S.A.

Porvenir S.A., también lo hizo mediante escrito visible a folio 3 a 8, archivo 04 PDF (cuaderno Tribunal). Los demás 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. ¿La declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

1.3 ¿Se debe ordenar a Protección S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, incluya los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a su propio patrimonio? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Porvenir S.A. el traslado de los gastos de administración, valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados a cargo de su propio patrimonio por el tiempo de afiliación de la parte actora?

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

1.5. ¿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 del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad? y ¿la declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

La respuesta al **primer** interrogante es **positiva** y al **segundo** interrogante es **negativa**. 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 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. Asimismo, la declaratoria de ineficacia no comporta un riesgo para la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

2.1.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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

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

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017,

SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de 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.

2.1.2 Caso en concreto.

Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones¹, Protección S.A.², el historial de vinculaciones de Asofondos³, formulario de afiliación⁴, y de la certificación para bonos pensionales⁵ se desprende que, el accionante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 01 de septiembre de 1972 al 30 de junio de 2000⁶.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones⁷, el 27 de julio de 2000, el accionante se trasladó a Porvenir S.A. siendo efectiva el 01 de septiembre de 2000 al 31 de mayo de 2003. Posteriormente se migró a ING acorde a solicitud efectuada el 21 de abril de 2003, el cual fue efectivo entre el 01 de junio de 2003 al 30 de diciembre de 2012. En virtud de una cesión por fusión fue trasladado a Protección S.A., con efectividad el 31 de diciembre de 2012, entidad donde actualmente se encuentra afiliado.

En la demanda se argumenta que, al momento de la afiliación el actor suscribió contrato de traslado al RAIS, dicho fondo privado omitió la obligación del buen consejo al no brindarle una información clara y completa de los beneficios,

¹ Carpeta 02ExpedienteAdministrativo. Historia Laboral GRP-SCH-HL-66554443332211_ 1582-20190826092546 .PDF

² Archivo 01ExpedienteDigital.pdf Págs. 19 a 25, 118 al 132

³ Archivo 01ExpedienteDigital.pdf Págs. 114

⁴ Archivo 01ExpedienteDigital.pdf Págs. 18, 115

⁵ Archivo 01ExpedienteDigital.pdf Págs. 116 a 117

⁶ Carpeta 02ExpedienteAdministrativo. Historia Laboral GRP-SCH-HL-66554443332211_ 1582-20190826092546 .PDF

⁷ Archivo 01ExpedienteDigital.pdf Págs. 114

contras y/o consecuencias del traslado.

Dígase, además, que en su interrogatorio de parte señaló que actualmente no goza de pensión de vejez o de invalidez. Ni ha solicitado a Porvenir S.A. el reconocimiento de dicha prestación económica. Que el año 1999 calenda del traslado, se señalaba que el Estado no contaba con los recursos para el pago de pensiones, evento que lo motivó a trasladarse del RPM. No fue coaccionado de manera alguna. Le indicaron sus beneficios, pero posteriormente advirtió que su expectativa en la mesada pensional no era la correspondiente. (mto. 1:06:12 a 1:10:43 Archivo 20Audiencia.mp4)

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 debía suministrar la 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.

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que, el actor permaneció varios años en el RAIS y le faltaba menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Dicha circunstancia, *per se*, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le es atribuible a los fondos privados. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, ha reiterado, como en reciente sentencia SL2953 del 23 de junio de 2021, radicación No. 86267, que:

“Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por

*incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4373-2020, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como **la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho, no constituyen prerequisites sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen**». Por tanto, se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente Colpensiones.*

Finalmente, 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 las AFP 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 sostenido 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 de los traslados, al no haberse demostrado que se suministró a la parte demandante 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 traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, incluya los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a su propio patrimonio? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Porvenir S.A. el traslado de los gastos de administración, valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión

Mínima debidamente indexados a cargo de su propio patrimonio por el tiempo de afiliación de la parte actora?

La respuesta es **positiva**. Protección S.A. debe trasladar además de los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, también debe devolver a los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a su propio recurso. A Porvenir. le corresponde trasladar estos últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esa entidad. De esta manera, se confirmará la sentencia en ese sentido.

2.2.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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

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

En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del

artículo 1746 del C.C., la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a los fondos privados, asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que los fondos privados demandados, reintegren su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

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

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

Frente al argumento de apelación de Colpensiones, el mismo no está llamado a prosperar toda vez que el juez de primer grado ordenó trasladar los recursos de la cuenta individual de ahorro individual, con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay, así como los gastos de administración, comisiones, prima de seguros previsionales y el porcentaje destinado en el fondo de

garantía de pensión mínima con cargo de su propio patrimonio. Por lo tanto, no hay lugar adicionar estos conceptos.

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 dicho fondo pensional.

3. Costas.

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

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.

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

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



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me permito apartarme y hacer salvamento parcial de voto a la presente sentencia por los motivos que me permito exponer a continuación.

No resulta procedente el estudio del grado de CONSULTA de la sentencia por cuanto COLPENSIONES presentó recurso de apelación, ello es así por cuanto el recurso de apelación y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia, por consiguiente, resultan excluyentes entre sí.

Así lo determinó la Corte Constitucional en **sentencia T-1092 de 2012** cuando determinó la incompatibilidad del recurso de apelación con la consulta dentro de los procesos ordinarios de la especialidad laboral, veamos:

3.4.4. Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional la apelación y la consulta tiene una misma finalidad, que es revisar las decisiones del juez de primera instancia para corregir los errores de esa providencia, y que el fallo que haga tránsito a cosa juzgada se expida conforme al ordenamiento jurídico⁸. *“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”*⁹.

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 fin¹⁰. 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”*¹¹.

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 competencia¹². Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo¹³, 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*

⁸Sentencia T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería

⁹Ibídem.

¹⁰Sentencia SU-962 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y T-842 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹¹Sentencia T-364 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto

¹²Sentencia C-968 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹³ **Artículo 62. diversas clases de recursos.** <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Contra las providencias judiciales procederán los siguientes recursos. 1. El de reposición; 2. el de apelación; 3. el de súplica. 4. el de casación; 5. el de queja; 6. el de revisión; 7. el de anulación.

superiores como el interés general de la Nación, la consecución de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial”¹⁴.

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**¹⁵:

“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

¹⁴Sentencia T-389 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto y T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹⁵

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