



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

Magistrado Ponente  
**Fabio Hernán Bastidas Villota**

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

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	76001 31 050 <b>09 2022 00416 01</b>
<b>Juzgado de origen:</b>	Noveno Laboral del Circuito de Cali
<b>Demandante:</b>	Óscar Polit Mantilla Males
<b>Demandadas:</b>	- Colpensiones - Porvenir S.A.
<b>Litis Consorte Necesaria por Pasiva</b>	- Protección S.A.
<b>Asunto:</b>	<b>Modifica sentencia</b> – Ineficacia de traslado de régimen pensional
<b>Sentencia escrita No.</b>	<b>102</b>

**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. 348 emitida el 1º 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.**

Pretende el demandante se declare la nulidad del traslado a Porvenir S.A. por existencia de un vicio en el consentimiento por ausencia del deber de información por parte de la AFP. En consecuencia, se ordene al fondo de pensiones a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, por ende, disponer el retorno automático al régimen público administrado por Colpensiones, entidad que deberá

aceptar la afiliación sin solución de continuidad y el traslado de aportes del actor. Las costas y agencias en derecho<sup>1</sup>.

## 2. Contestaciones de la demanda

Las demandadas (Colpensiones<sup>2</sup> y Porvenir S.A.<sup>3</sup>), dieron contestación a la demanda, las cuales, 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 proveído No. 3127 del 13 de septiembre de 2022, se ordenó integrar el contradictorio con la AFP Protección S.A.<sup>4</sup>, fondo de pensiones que se pronunció respecto de la demanda en el término legal<sup>5</sup>, documento que de conformidad a los artículos 279 y 280 C.G.P., no se transcribe.

a

## 3. Sentencia de primera instancia sentencia

3.1. Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la Juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo<sup>6</sup>, en la que **i)** declaró no probadas las excepciones propuestas; **ii)** declaró la ineficacia del traslado realizado por el actor del RPMPD al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A., el posterior cambio con destino a la AFP a Protección S.A., y el retorno a Porvenir S.A., por ende, debe ser admitido en el régimen público sin solución de continuidad; **iii)** ordenó a la AFP Porvenir S.A., el traslado de todos los valores que recibidos con motivo de la afiliación del accionante, junto con sus respectivos rendimientos financieros., **iv)** ordenó a Colpensiones a cargar en la historia laboral del actor los tiempos cotizados a Porvenir S.A. una vez reciba los dineros de dicho fondo privado; **v)** absolvió a Protección S.A. de las pretensiones de la demanda; **v)** impuso costas a cargo de cada una de las enjuiciadas en cuantía de \$1.000.000.

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

---

<sup>1</sup> 02Demanda y 06MemorialSubsanacionDemanda

<sup>2</sup> 13MemorialContestacionDemandaColpensiones páginas 2 a 13 y 18MemorialContestacionColpensiones páginas 22 a 35

<sup>3</sup> 19MemorialContestacionDemandaPorvenirSa páginas 2 a 30

<sup>4</sup> 21AutoTienePorContestadaDemandaColpensionesPorvenirSaIntegralLitisPasivaProteccionSa

<sup>5</sup> 23MemorialContestacionDemandaProteccionSa y 25MemorialSubsanacionContestacionDemandaProteccion

<sup>6</sup> 29Audiencia y 30ActaAudiencia minuto 1:09:58 a 1:13:25

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<sup>7</sup>**

El apoderado judicial de Colpensiones disiente de la decisión de primer grado por considerar que el demandante se encuentra a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez, por tanto, se encuentra inmerso en la prohibición de la Ley 797 de 2003, aunado a lo anterior, el cambio de régimen pensional se efectuó de manera libre y voluntaria, sin que se demostrara que fuera objeto de engaño, pues permaneció durante varios años en el RAIS sin manifestar inconformidad alguna. Sostiene que los ingresos económicos del actor podían variar desde la afiliación y por ello no era dable calcular una posible mesada pensional futura. Asimismo, considera que se vulnera la sostenibilidad financiera del régimen pensional dado que no recibió los aportes del actor durante su vida laboral. Finalmente solicita en caso de que se confirme la decisión apelada, se ordene a las demandadas a devolver la totalidad de las cotizaciones, cuotas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, gastos de administración y seguros previsionales.

#### **5. Trámite de segunda instancia**

##### **5.1. Alegatos de conclusión**

Los apoderados judiciales de **Colpensiones<sup>8</sup>, Porvenir S.A.<sup>9</sup> y el demandante<sup>10</sup>**, previo traslado, allegaron alegatos de conclusión.

### **III. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

#### **1. Problemas jurídicos.**

Corresponde a la Sala establecer si:

---

<sup>7</sup> 29Audiencia y 30ActaAudiencia minuto 1:14:00 a 1:17:19

<sup>8</sup> 06AlegaDDAColpensiones00920220041601

<sup>9</sup> 08AlegaDDAPorvenirS.A.00920220041601

<sup>10</sup> 07AlegatosDTE00920220041601

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?

## **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 de la *A quo* al declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP demostrar que la afiliación del demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado, cuya consecuencia jurídica sería la nulidad del acto jurídico, por eso se respalda la decisión de la juez de primera instancia.

### **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 seguridad 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.**

Se desprende de la historia laboral de allegada de Porvenir S.A.<sup>11</sup>, Protección S.A.<sup>12</sup>, Colpensiones<sup>13</sup> y de bonos pensionales<sup>14</sup>, la consulta en el Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión<sup>15</sup> y de los formularios de afiliación<sup>16</sup>, que el demandante 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, desde el 23 de abril de 1979 hasta el 30 de abril del 2000.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual: el accionante se trasladó a Porvenir S.A. a partir del 1º de mayo del 2000, luego de ello se vinculó a Protección S.A. entre el

---

<sup>11</sup> 19MemorialContestacionDemandaPorvenirSa páginas 54 a 70

<sup>12</sup> 06ContestProteccion20221118FI82 páginas 26 a 43

<sup>13</sup> 18MemorialContestacionColpensiones páginas 36 a 52 y 16MemorialExpedienteAdmHistoriaLaboral Colpensiones páginas 2 a 37

<sup>14</sup> 19MemorialContestacionDemandaPorvenirSa páginas 75 a 90

<sup>15</sup> 19MemorialContestacionDemandaPorvenirSa páginas 71 a 74 y 23MemorialContestacionDemanda ProteccionSa página 25

<sup>16</sup> 19MemorialContestacionDemandaPorvenirSa páginas 31 y 33, y 23MemorialContestacionDemanda ProteccionSa página 22

31 de octubre de 2001 y el 30 de abril del 2003, retornando definitivamente la afiliación a Porvenir S.A. el 1º de mayo del 2003, permaneciendo hasta la fecha en el mencionado fondo privado de pensiones, en el que ha continuado cotizando.

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, al demandante le fue informado que obtendría una mayor mesada pensional en el fondo privado. Empero, no explicaron las condiciones del traslado, las ventajas y desventajas; así como tampoco el derecho a retractarse, aunado que se le indicó que el ISS se acabaría.

Para la Sala, Porvenir S.A. no demostró 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 beneficiario del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito 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.

La permanencia del actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no convalida las deficiencias del cambio de régimen pensional que le es atribuible al fondo privado. Aunado a que tal argumento, no exime a la AFP de la obligación que le correspondía frente al demandante. Por tanto, se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente 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).

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*.

Frente al deber de información como doble vía, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente fallo SL2937-2021 del 09 de junio de 2021, radicación No. 86029, coligió:

**“1. ¿Corresponde al afiliado solicitar información acerca de las características de los regímenes pensionales?**

(...)

***De esta manera, la Corte concluyó que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.***

*Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.*

***En ese contexto, encuentra la Sala que el Tribunal incurrió en el yerro que le endilga la censura, toda vez que le impuso la carga de pedir asesoría, pese a que, se itera, desde la creación del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones se concibió en cabeza de las AFP el deber de ilustrar en forma clara, precisa y oportuna a sus potenciales afiliados, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas”.***

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 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 apelada que declaró la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado que se suministró a la parte demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.



**2.3. ¿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 adicionarse sobre estos últimos conceptos la sentencia objeto de apelación y consulta.

**2.4. 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 la 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 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**”*. 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”*.

Así, se adicionará el numeral cuarto de la sentencia, en el sentido de ordenar a Porvenir a retornar las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguro previsional y aportes al fondo de pensiones de garantía mínima, debidamente indexados,

conforme lo solicitó Colpensiones en la alzada. Igual condena se impondrá respecto de Protección S.A., por tanto, se revocará el numeral sexto de la sentencia.

### **2.5. ¿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.

### **3. Costas.**

Sin costas en esta instancia, dada la prosperidad parcial del recurso impetrado por Colpensiones.

## **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,

## **R E S U E L V E**

**PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL CUARTO Y REVOCAR EL SEXTO** de la sentencia de primera instancia para ordenar a Porvenir S.A. y Protección S.A. reintegrar a Colpensiones los valores por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, **debidamente indexados**, a costa de sus propios recursos y por el tiempo en que permaneció afiliado el demandante a cada uno de estos fondos de pensiones.

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

**TERCERO: SIN COSTAS** de acuerdo a las resultas de la alzada.

**CUARTO:** Notifíquese esta 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

**YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

**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 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 dejo aclarado mi voto. **GERARDO BOTERO ZULUAGA Magistrado**”

**EL MAGISTRADO**



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**