



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

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

Hoy **30 DE SEPTIEMBRE DEL 2020** siendo las 2:00Pm, la Sala Primera de Decisión Laboral, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 15 y 16 del Decreto Legislativo 806 del 04 de Julio del 2020, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No. 178**, integrada por el suscrito quien la preside *CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA en compañía de los magistrados Dra. MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA y el Dr. GERMAN DARÍO GÓEZ VINASCO*, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor (a) **MARIA CLARA CECILIA BUILES ESTRADA** en contra de **PORVENIR S.A., OLD MUTUAL y COLPENSIONES**, bajo radicación N° **009-2018-0119-01** en donde se resuelve recurso de **APELACIÓN** interpuesto por el Demandante, Colpensiones y Old Mutual en contra de la *sentencia N° 347 del 06 de diciembre del 2018 proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Cali*, mediante la cual **DECLARÓ** la NULIDAD DEL TRASLADO de fondo realizada por la actora al RAIS primero a PORVENIR luego a OLD MUTUAL, por lo que debe ser admitida al RPM. Ordena que Old mutual devuelva aportes, bonos pensionales con todo, sus rendimientos financieros, a Colpensiones debe recibir el demandante, cargar los dineros devueltos a la historia laboral.

Que la demandante es beneficiaria del RT, con el Decreto 758/90, pensión de vejez a cargo de Colpensiones que se reconoce desde el 01 de abril del 2018 en cuantía de \$16.362.608, con retroactivo hasta el 31 de diciembre de 2018 por \$163.626.080 descontando aportes en salud. Condena a Colpensiones a pagar intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia. Costas a cargo de Colpensiones y Old mutual.

Apelación dte: i) no debe ser la pensión de vejez desde 01 de abril de 2018 sino del 20 de noviembre de 2017 toda vez que es cuando se solicita la nulidad y reconocimiento pensional, por lo que operaría el retiro tácito del sistema, ii) los intereses deben reconocerse 4 meses después de la solicitud inicial es decir el 20 de marzo de 2018.

Apelación Colpensiones: a) el traslado en el inciso 4 del art. 33 de la ley 100 dispone que no es aplicable cuando las personas voluntariamente se acojan el régimen del RAIS, por lo que revisada la historia laboral se evidencia que el actor tiene un traslado al RAIS aprobado por el ISS desde el 01/dic/96, b) el literal E dispone que no puede trasladarse cuando falte menos de 10 años para tener derecho a la pensión de vejez y la actora se trasladó de manera voluntaria de régimen.

Apelación Old Mutual: 1) la juez dice que no se le explicó al actor los pormenores del traslado al RAIS, la sra Clara Cecilia ratificó su traslado cambiándose de Porvenir a Old Mutual lo que desvirtúa lo expresado, 2) el juzgado no respeta la presunción del fondo de que si se le dio la información necesaria tomando la demandante la decisión de trasladarse en forma libre y voluntaria, con las normas vigentes a la época y que ratificó con la firma del formulario, 3) la condena en costas la demandada actuó de buena fe y con apego a la ley.

La base fáctica y jurídica del distanciamiento ha sido plenamente discutida y conocida por las partes, así como la sentencia dictada por la A quo, por lo cual procede la Sala de decisión a dictar la siguiente providencia.

SENTENCIA No. 174

La sentencia APELADA y CONSULTADA debe **MODIFICARSE**, son razones:

En primer lugar, se aborda, conforme la posición mayoritaria de la Sala, la consulta de la nulidad declarada en la sentencia, para luego, de ser menester analizar los temas de las apelaciones no resueltos, así como la consulta del derecho pensional.

El aseguramiento pensional, como todo acto negociar dentro del mundo jurídico, está irradiado por el principio de la buena fe (**Art.83**), con el que de vieja data en los campos del derecho civil y comercial se reclama, la exigencia de brindar en cada caso y de forma suficiente la debida información¹, puntos únicos y necesarios para estructurar y lograr un conocimiento informado o ilustrado con el que se pueda ser capaz de generar una libre y voluntaria selección, aspecto de total recibo en el campo pensional a la hora de la escogencia o permanencia en un determinado régimen pensional².

De tal mandato no es ajena la legislación pensional, el artículo 13.2 de la ley 100 de 1993 da cuenta de la libre escogencia al momento de precisar el régimen, lo que de igual forma ocurre en los eventos

¹ El principio de la buena fe como fundamento del deber de información del asegurador, consagrado en la Ley 1328/09, Tamayo Jaramillo (2011). Libro. Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del derecho: i) “Noción de buena fe: La buena fe se ha consagrado como principio fundamental de derecho. Como tal, se le ha entendido como de orden público, inmodificable y que no puede ser suprimido ni derogado por acuerdo entre las partes. La amplitud y preponderancia de este principio permiten que de él se deriven algunos deberes o reglas de conducta que deben ser observados por las partes contratantes durante el desarrollo de las distintas etapas, tal es el caso de la lealtad contractual. Ello indica que la buena fe obliga a las partes a tener un comportamiento leal entre sí y que promueve el equilibrio de la relación jurídica contractual al presentarse los contratantes en su verdadera dimensión jurídica y operativa, que viene de ese principio de confianza que un contratante debe tener frente al otro y a las expectativas de dicho contrato y sus resultados”... ii) El legislador colombiano desde muy temprano fijó las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, mediante la Ley 153 de 1887; resaltamos los artículos 4 y 8. De allí se desprende que los principios de Derecho cumplen la función de llenar los vacíos de las leyes y de los contratos. Esa función integradora es cumplida también por el principio de la buena fe, el cual por su mismo carácter no requiere ser pactado para que sus efectos operen... iii) Como ya lo hemos mencionado entonces, las reglas surgidas a partir del principio de la buena fe permiten que aun sin expresa manifestación de las partes, como cláusula contractual por ejemplo, afloren conductas necesarias para el adecuado entendimiento entre ellas; como sería el caso del deber de información. Siendo así, no se requeriría llevar estas reglas a un texto legal, no obstante lo cual el legislador ha optado en ocasiones por dejar sentadas las mismas, bien por la importancia que les concede, bien por llevarlo mayor claridad a las partes de un contrato o para asociar una determinada sanción en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

² Rad. 31314 de 2008: “La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. “Las administradoras de pensiones 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. “Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

de traslado de régimen pensional, al punto de considerar su opacidad o ausencia de libre voluntad afectación a los derechos fundamentales de la seguridad social³.

La visión o consideración del derecho privado hace relación también con la figura de la inversión de la carga de la prueba, como dinámica heurística procesal, situación que tiene lugar en razón de la asimetría reinante en esas actuaciones, en donde brilla, por un lado, la parte débil, el tomador de seguro, y por el otro, la profesionalización de la entidad de seguros⁴, motivación por sí sola suficiente para acogerla y darle desarrollo en el campo del aseguramiento pensional de la seguridad social, donde la partida también la juegan asimétricos, pero hay que decirlo, acunian de modo perfecto el resultado, las pautas procesales de la negación indefinida, como también lo precisa la jurisprudencia especializada⁵.

Tal encuentro de las sustantividades privadas y de la seguridad social permite entender el ejercicio de la jurisprudencia especializada para comprender no ser la mera firma del formulario de selección o de traslado de régimen pensional, hecho suficiente validador de una voluntad así expresada, se impone la materialidad respecto de la satisfacción de los postulados referenciados, llegando incluso a manifestar como deber de la judicatura la necesidad de escrutarlos cabalmente⁶, siendo propio señalar que aún en acciones constitucionales ya se reconoce como suceso triunfador el presentarse desconocimiento del precedente judicial estructurado con esas premisas, y por ello el agente decisor

³ T-247

⁴ doctrina

⁵ **Sentencia SL 2817/2019:** En efecto, en la sentencia referida, la Corte dijo: Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado 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 desvirtuarse 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.

⁶ Sentencia Rad. 31314 de 2008

da rienda suelta a considerandos absolutorios, sin haber decantación y superación de las motivaciones base del precedente⁷.

Decantado lo anterior, sigue anclar en la discusión el hecho de no entender la justicia constitucional de modo discrecional si no imperativo, dar cumplimiento los agentes del sistema pensional a las obligaciones generadas con los traslados de régimen; el traslado y recibo del afiliado, junto o con todos los derechos pertenecientes al afiliado y no a la aseguradora, (**sentencia 177 de 1998**), suceso jurídico que aclara por si solo la no ventura de las posiciones o tesis con las cuales se pretende angostar los derechos a que da lugar la ineficacia declarada, sin perder de vista las consecuencias que el derecho civil consagra para el actuar ilícito del condenado, circunstancias permisivas entonces para perfilar: i) que la jurisprudencia especializada desde el **año 2008**, anota la obligación de las administradoras de pensiones privadas trasladar al régimen de prima media los gastos de administración⁸ ii) no proceder la prescripción como modo extintivo de obligaciones en caso de afiliación al sistema ni cuando se busca la nulidad del traslado, pues esas acciones son declarativas mas no constitutivas de derechos, que si son los que podrían prescribir.

Para el caso vale anotar, la no proscripción de la nulidad del traslado de régimen pensional por el mero hecho de no solicitarse dicha ineficacia antes del término de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad de pensión o de jubilación, lo razona ser lo examinado las condiciones jurídicas del traslado nocivo, el que ocurrió mucho tiempo antes de ese periodo. También cabe señalar la no convalidación de ese vicio con razón u ocasión del silencio o inacción del retracto, todo en razón a lo esencial que es en toda la fenomenología pensional la presencia de la buena fe, echada de menos en ese traslado⁹.

De ahí que, cuando se pregona lo contrario, no darse la debida información, por aquello de la asimetría vista y la presencia de una negación indefinida¹⁰ se hace menester para la entidad aseguradora, acreditar en juicio la presencia de ese elemento esencial, el que, se repite, no se deduce en todo evento con la simple firma del formulario¹¹.

⁷ **ST 1391/2020**

⁸ **C-177 de 1998**: Para que la disposición impugnada no imponga una restricción manifiestamente gravosa al trabajador para acceder a su pensión, debe entenderse que el traslado de las sumas actualizadas por la anterior empresa o caja privada, según el caso, y su recepción por la EAP, no es discrecional sino que constituye una obligación para las dos entidades. Esto significa que una vez que un trabajador se afilia a la nueva EAP, entonces es deber de la anterior caja o empresa remitir inmediatamente los dineros, y es igualmente obligación de la EAP a la cual se afilió el empleado recibirlos, salvo que exista justa causa comprobada para negarse. Ahora bien, para que esa regla sea operativa y proteja verdaderamente los derechos de los trabajadores, no sólo deben ser sancionadas las omisiones de las entidades en este punto sino que, además, los asalariados deben contar con una acción judicial expedita para que se realice la transferencia.

⁹ Sentencia de 1944:

¹⁰ **Sentencia SL 2817 de 2019**

¹¹ **Sentencia Rad. 31314 de 2008**

CASO CONCRETO

Lo que sí está probado en este proceso, es que la demandante estuvo en el régimen de prima media con afiliaciones al ISS desde el **01 de noviembre de 1981** (fl. 111), para luego cambiarse al RAIS en la **A.F.P. PORVENIR S.A.** en **octubre de 1996** (fl. 28), movilizándose posteriormente a **SKANDIA** hoy **OLD MUTUAL** el **29 de marzo del 2010** (fl. 53), sin que en el momento del traslado al RAIS se acredite por parte del fondo la debida información, por consiguiente, para la Sala no hay duda de la nulidad del traslado de régimen decretada por la instancia, la que de suyo trae la devolución no solo de los aportes realizados, sino de todas los dineros, rendimientos, gastos de administración descontados a la afiliada, y se expuso por la Corporación en líneas anteriores.

Ahora bien, sobre la petición de OLD MUTUAL de no imponérsele costas, es de recordarle que como parte pasiva en el presente proceso, se opuso a las pretensiones de la demanda excepcionando en su contestación, luego no hay duda que hay lugar a la imposición procesal de costas, esto de conformidad con lo reglado en el **art. 365 del C.G.P.**

CONSULTA Y APELACIÓN DERECHO PENSIONAL

Referente al derecho pensional, para la Sala mayoritaria, pese a que Colpensiones en su apelación no ataca los requisitos pensionales por vejez, hay lugar a revisar en consulta la causación del derecho declara por la instancia.

Es así que para la Corporación hay que apoyar la procedencia del derecho pensional con aplicación del régimen de transición por contar para el **01 de abril de 1994** con **36 años**¹², y cumplir la edad pensional del **55 años** el **11 de enero de 2013** (fl. 27) cuando alcanzaba **1.139,65 semanas**¹³, **superando incluso las exigencias del AL 01/2005 siendo cotizadas para el 31 de julio de 2005 758,21**; siendo su última cotización en **abril de 2018** (fl. 252) con un total de **1.551 semanas en toda la vida laboral**. Así las cosas, si bien se tiene derecho al reconocimiento pensional desde el cumplimiento de la edad pensional (**11 de enero de 2013**), al pretenderse el derecho en la apelación **20 de noviembre de 2017**, sobre 13 mesadas al año y con una tasa del 90% tras el cúmulo de cotizaciones.

¹² Nacida el 11 de enero de 1958

¹³

415,36 ISS fl. 111

578,57 Porvenir fl. 201

145,71 Old fl. 247

1139,65

Así las cosas, si bien se tiene derecho al reconocimiento pensional desde el cumplimiento de la edad de pensión (**11 de enero de 2013**), es lo cierto que en la apelación se indica como data de disfrute el **20 de noviembre de 2017**, sobre 13 mesadas al año y con una tasa del 90% tras el cúmulo de cotizaciones, situación que se encuentra acorde a la legislación, toda vez que con la declaratoria de ineficacia del traslado, por un lado, se viabiliza reconocer el goce del derecho pensional conforme a los supuestos facticos y jurídicos del tema pensional nacional y por el otro, a ello se tiene derecho, quedando sin ningún valor el acto jurídico del traslado, surgiendo así el derecho a la pensión conforme a la legislación vigente, conocido que para esta calenda se satisface todos los requisitos pensionales.

Sobre la liquidación del derecho pensional, para el IBL se aplica el **art. 21 de la ley 100/93** como lo dispuso la instancia por faltarle más de 10 años para adquirir el derecho pensional liquidándose con el promedio de los 10 años o el de toda la vida laboral por tener más de 1.250 semanas.

Realizadas las operaciones del caso por la Corporación, el IBL de los 10 años es por la suma de **\$17.383.652** y de toda la vida por **\$11.506.548**, siendo más favorable el de los 10 años, cifra inferior a la dispuesta por la instancia (**\$18.180.675**) por lo que es más favorable a la demandada de quien es la consulta a su favor, en ese orden se modificará la providencia, siendo la mesada del **año 2017** por la suma de **\$12.039.918**.

El retroactivo no se encuentra prescrito por causarse la pensión el **20 de noviembre de 2017**, siendo radicada la demanda el **23 de febrero de 2018** (fl. 68), cuando no ha pasado el trienio del **art. 151 CPTSS**; por lo que el retroactivo hasta el **30 de noviembre de 2019** es por la suma de **\$346.585.573**, de la cual deben realizar los descuentos en salud.

En cuanto a la apelación por los intereses moratorios, para la Corporación no hay duda de su procedencia, sin embargo, como quiera que la pensión de vejez se causó en el **año 2017**, fecha para la cual el actor se encontraba en el fondo **OLD MUTUAL**, fechas en las que COLPENSIONES no cuenta con responsabilidad alguna sobre el derecho pensional que ahora se establece a su cargo tras la declaratoria de nulidad, por lo que estos operan sobre las mesadas adeudadas y se liquidan desde la ejecutoria de la sentencia tal y como lo dispuso la instancia.

Por 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

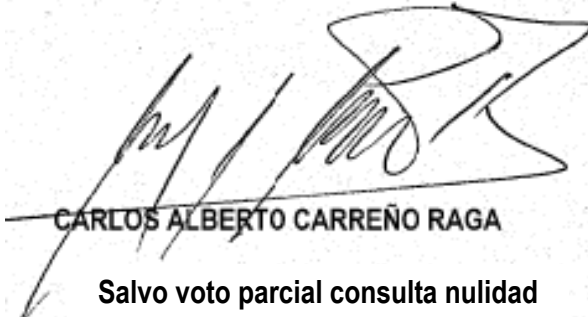
1. **ADICIONAR** el numeral 4º de la sentencia apelada y en consecuencia se ordena a OLD MUTUAL devolver a COLPENSIONES todos y cada uno de los dineros correspondientes a los gastos de administración que correspondan a la sra **MARIA CLARA CECILIA BUILES ESTRADA** y que

se causaron durante el tiempo que estuvo en el RAIS, por lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.



2. **MODIFICAR** el numeral 7° de la sentencia apelada y consultada y en consecuencia se tiene como fecha a partir de la cual se reconoce el derecho pensional el **20 de noviembre del 2017** en cuantía de **\$12.039.918**.
3. **MODIFICAR** el numeral 9° de la sentencia apelada y en consecuencia se ordena a COLPENSIONES a cancelar y pagar a la demandante, el retroactivo pensional por vejez entre el **20 de noviembre de 2017 al 30 de noviembre de 2019** por la suma de **\$346.585.573**.
4. **CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada en todo lo demás, por las razones en la parte motiva.
5. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las apelantes OLD MUTUAL y COLPENSIONES a favor del demandante, fíjese las agencias en derecho en el momento procesal oportuno.

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Salvo voto parcial consulta nulidad
Aclaro voto gastos adm



MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
SALVA VOTO PARCIALMENTE

Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)



GERMAN DARIÓ GOEZ VINASCO

AÑO	IPC Variación	MESADA
2.017	0,0409	12.039.918
2.018	0,0318	12.532.350
2.019	0,0380	12.930.879
2.020	-	13.422.252

MESADAS ADEUDADAS

PERIODO		Mesada adeudada	Número de mesadas	Deuda total mesadas
Inicio	Final			
20/11/2017	30/11/2017	12.039.918	1,37	16.454.554
01/12/2017	31/12/2017	12.039.918	1,00	12.039.918
01/01/2018	31/01/2018	12.532.350	1,00	12.532.350
01/02/2018	28/02/2018	12.532.350	1,00	12.532.350
01/03/2018	31/03/2018	12.532.350	1,00	12.532.350
01/04/2018	30/04/2018	12.532.350	1,00	12.532.350
01/05/2018	31/05/2018	12.532.350	1,00	12.532.350
01/06/2018	30/06/2018	12.532.350	1,00	12.532.350
01/07/2018	31/07/2018	12.532.350	1,00	12.532.350
01/08/2018	31/08/2018	12.532.350	1,00	12.532.350
01/09/2018	30/09/2018	12.532.350	1,00	12.532.350
01/10/2018	31/10/2018	12.532.350	1,00	12.532.350
01/11/2018	30/11/2018	12.532.350	2,00	25.064.700
01/12/2018	31/12/2018	12.532.350	1,00	12.532.350
01/01/2019	31/01/2019	12.930.879	1,00	12.930.879
01/02/2019	28/02/2019	12.930.879	1,00	12.930.879
01/03/2019	31/03/2019	12.930.879	1,00	12.930.879
01/04/2019	30/04/2019	12.930.879	1,00	12.930.879
01/05/2019	31/05/2019	12.930.879	1,00	12.930.879
01/06/2019	30/06/2019	12.930.879	1,00	12.930.879
01/07/2019	31/07/2019	12.930.879	1,00	12.930.879
01/08/2019	31/08/2019	12.930.879	1,00	12.930.879
01/09/2019	30/09/2019	12.930.879	1,00	12.930.879
01/10/2019	31/10/2019	12.930.879	1,00	12.930.879
01/11/2019	30/11/2019	12.930.879	2,00	25.861.758
Totales				346.585.573



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

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

MARIA CLARA CECILIA BUILES ESTRADA
Contra
PORVENIR S.A., OLD MUTUAL y COLPENSIONES
Radicación N° 009-2018-0119-01

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

A mi juicio no resulta procedente al estudio en grado de CONSULTA de la sentencia proferida en primera instancia, destacando:

1. No ser declarada en sentencia ninguna consecuencia económica en contra de COLPENSIONES, solo recibirá lo que por ley le corresponde.
2. Ser de carácter restrictivo y no extensivo la estimación sobre la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, por lo que debe ser contundente su tipicidad, ya que sin duda esa medida en nada favorece al afiliado, quien ve aplazar la ejecutoria de la sentencia.
3. Nótese que ninguna actividad se le reprocha a Colpensiones y por esa razón, menos podrá darse condena, lo que brilla es de completa ajenidad a su conducta, y de otro lado, todo se acomoda al diseño dual del sistema pensional, y a la obligación legal que surge para las dos entidades ante los traslados del régimen pensional (**C -177/98**).
4. En ese evento no se dan los supuestos de los **artículos 137 y 138 de la ley 100 de 1993**, en tanto la garantía estatal en nada se efectiviza si no hay condena o consecuencia económica alguna, cosa diferente es, si hay reconocimiento de los derechos pensionales del sistema, que es lo que se echa de menos en la sentencia pues por ahora se trataría de derechos eventuales.
5. Solo se trata de materializar lo que la ley ordena para casos de nulidad, al punto que incluso si el juez no exterioriza los efectos de la nulidad, de todas formas, ellos tienen materialidad al operar *ope legis*.

6. Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, conlleva para COLPENSIONES regularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía como su afiliado original, de modo que esa continuidad en el régimen acompañado de los valores correspondientes, en concreto no reducen por la sola condena pensional, es que, no le corresponde a COLPENSIONES sufragar valor alguno señalado en la sentencia por esa invalidación del traslado, cosa diferente es, si en efecto, hay condena a algún beneficio, cosa que se repite, no existe.

Lo anterior toma aún más fuerza con la apelación que presentara COLPENSIONES, pues en este caso tampoco habría con la presentación del recurso de apelación por parte de la entidad accionada, lugar al estudio de la sentencia bajo el grado jurisdiccional de consulta, 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 jurídico¹⁴. *“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”*¹⁵.

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 fin¹⁶. 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 surtir en los eventos de que trata el canon 69 del C.P”*¹⁷.

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

¹⁴Sentencia T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería

¹⁵Ibídem.

¹⁶Sentencia SU-962 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y T-842 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

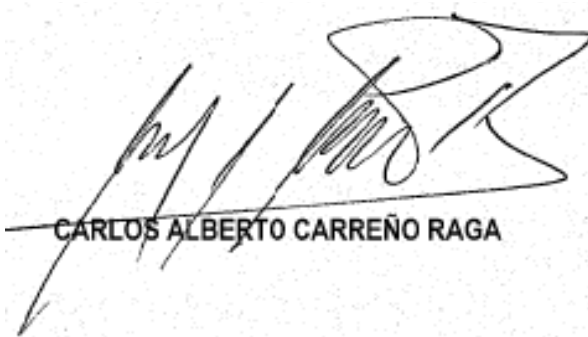
¹⁷Sentencia T-364 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto

estudiado es independiente de los recursos, por cuanto sobrepasa los factores de competencia¹⁸. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo¹⁹, 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”*²⁰.

ACLARACIÓN DE VOTO

Respecto a los gastos de administración, a mi juicio, su devolución es consecuencia de la declaratoria de nulidad de traslado, siendo de suyo obligación de la administradora del RAIS al momento de devolver los aportes, asumir éste rubro e igualmente devolverlo al régimen de prima media con prestación definida.

El Magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

¹⁸Sentencia C-968 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹⁹ 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.

²⁰Sentencia T-389 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto y T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
MAGISTRADA MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARIA CLARA CECILIA BUILES
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y OTROS
PROCEDENCIA	JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-009-2018-00119-01

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

Con el acostumbrado respeto que me caracteriza, en esta oportunidad debo manifestar que me apartó de la decisión adoptada por las razones que paso a explicar:

Pretende la recurrente se ordene el pago de retroactivo desde el 20 de noviembre de 2017 y no desde el 1 de abril de 2018, como lo dispuso el a-quo, atendiendo a que fue el momento en el que solicitó la declaratoria de ineficacia de la afiliación y el reconocimiento pensional, por lo que aduce operaría el retiró tácito del sistema.

Al respecto, considera la suscrita debe tenerse en cuenta lo dispuesto por La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL5603-2016, en la que se presentaron alternativas hermenéuticas para aquellos casos que ameritaban una solución diferente en cuanto a la fecha de retiro del sistema, con el fin de determinar la efectividad de la pensión bajo los preceptos de los artículos 13 y 35 del decreto 758 de 1990, en los siguientes términos:

“...Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas

hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

(...)

..., en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, Radicación n.º 47236 11 en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación)."

De ahí que se concluya que, si bien la regla general es la desvinculación del sistema como requisito para el inicio de la percepción de la pensión, existen condiciones especiales que ameritan una interpretación del contexto, como es el caso en el que la conducta del afiliado exterioriza su intención de desafiliarse del sistema.

Así las cosas, en el presente asunto se tiene que la señora MARIA CLARA CECILIA BUILES elevó la reclamación administrativa el 20 de noviembre de 2017 pero efectuó cotizaciones hasta el 30 de abril de 2018 (fl. 252), lo que demuestra su intención de no continuar cotizando, y que entonces denota tácitamente su desvinculación del sistema; siendo esta la calenda que determina la efectividad y no la de la reclamación del derecho, razón por la que en concepto de quien suscribe este salvamento parcial, procede el reconocimiento del retroactivo como lo hizo el a-quo, desde el 1º de abril de 2018, día siguiente a la última cotización reportada.

En esos términos dejo sentado mi desacuerdo con la decisión adoptada.

La Magistrada,


MARIA NANCY GARCIA GARCIA
MARIA NANCY GARCIA GARCIA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)