



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A 1ª DE DECISION 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. 175**, 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 la señora **NUBIA CONSUELO ENRIQUEZ GUERRON** en contra de la **AFP PORVENIR y COLPENSIONES**, bajo radicación N° **015-2018-0710-01** en donde se resuelve recurso de **APELACIÓN** interpuesto por Protección y el demandante en contra de la *sentencia N° 337 del 08 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado 15° Laboral del Circuito de Cali*, mediante la cual **DECLARÓ** la NULIDAD DEL TRASLADO, y ORDENÓ trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración, y ORDENÓ a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez con el RT art. 36, con reconocimiento pensional con 1.034 semanas en toda la vida laboral, pensión desde enero del 2012 por valor de \$1.533.570 y retroactivo no prescrito por valor de \$135.303.697 del 2014 al 31 de octubre de 2019 (*así lo hace el juez en el audio, no da fechas exactas*), mesada del año 2019 de \$2.013.090; con descuentos en salud. Intereses moratorios condenados desde la ejecutoria de la sentencia e indexación del retroactivo desde la causación hasta la ejecutoria.

Apelación dte: i) La actora tiene inconsistencias en su historia 01/SEP/03 A MARZO 2007, se vinculó y tuvo afiliación al sistema, se debe aplicar el art. 24 de la ley 100 sobre adelantar el cobro de aportes, más de 1.260 siendo aplicable la tasa del 90%, ii) se le debe la liquidación con el IBL Más favorable teniendo en cuenta que tiene una pesada del año 2012 de \$1.854.690 y del año 2019 de \$2.432.079, iii) la nulidad de traslado se solicitó desde el 20 de febrero de 2017 y la afiliada trató de devolverse al régimen, por lo que debe reconocer los intereses desde la causación del derecho en el año 2014, vi) colpensiones resultó vencida por lo que debe condenarse en costas.

Apelación Porvenir: a) ratifica la contestación de la demanda y los alegatos, cada régimen tiene aspectos diferentes, siendo el actuar del fondo conforme la ley, b) los errores de hecho no pueden viciar el consentimiento sin que los pronunciamientos jurisprudenciales puedan variar estas circunstancias, imponiendo requisitos a los fondos que la norma no contempla, c) la asesoría fue en forma verbal y sigue siendo en forma verbal, al tiempo que conforme las circular de la superfinanciera y normas reglamentarias, la afiliación para que se refute valida basta con la firma del formulario, como lo hizo la actora, d) en estos 19 años que la dte ha estado en el régimen, para que ahora se pretenda la nulidad del traslado, e) la prescripción no solo se refiere al derecho pensional en sí, sino la oportunidad para accionar este tipo de procesos conforme el código civil.

Apelación Colpensiones: 1) solicita que como consecuencia de la ineficacia del traslado se ordene el traslado de los gastos de administración del dte debidamente indexados, así como los fondos de pensión mínimo, los aportes a pensión de invalidez y sobreviviente de la cuenta de ahorro individual, las cuentas de resago siendo ese un detrimento patrimonial para la entidad colpensiones.

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. 171

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 sentencia frente a la nulidad del traslado, para luego, de ser menester analizar los temas de las apelaciones no resueltos; y finalmente, resolver la consulta sobre el derecho pensional y sus respectivas apelaciones.

El aseguramiento pensional, como todo acto negocial 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 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 si 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, acuñan de modo perfecto el resultado, las pautas procesales de la negación indefinida, como también lo precisa la jurisprudencia especializada⁵.

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.

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

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 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 C-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

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

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.

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.

CASO CONCRETO

En caso bajo estudio, lo que sí está probado, es que la demandante estuvo en el régimen de prima media autorizado por la **ley 100 de 1993 en su artículo 52**¹² con su afiliación al ISS desde **08 de julio de 1988 a mayo del 2000** (fl. 30), para luego cambiarse al RAIS en la **A.F.P. PORVENIR el 24 de mayo del 2000** (fl. 166). Sin que se acredite por parte de la demandada PORVENIR, la debida proporción de la información a la actora, debiendo reiterarse que la recuperación del régimen de prima media y la movilidad del sistema pensional son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad **art 48 Constitución Política**¹³ y como lo ha expuesto la **Corte Suprema de Justicia** en sentencia **SL-1689/2019**¹⁴.

De otro lado, resulta necesario indicar que con la operatividad del traslado pensional se le impone a las administradora involucradas, no de manera discrecional sino obligatorio, el traslado y recibo de todos los dineros pertenecientes al afiliado y no a la aseguradora, tal y como se explicó en líneas anteriores.

Con los anteriores argumentos, no solo queda examinada la consulta de la nulidad del traslado, sino que se superan los puntos de apelación de PORVENIR y COLPENSIONES sobre la nulidad del traslado, su prescripción y el traslado de todos los dineros de la cuenta del actor.

Respecto la apelación de condena en costas a cargo de Colpensiones a favor del demandante, tal y como lo afirma el actor, la pasiva COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, actuar que se materializó oponiéndose a las pretensiones y excepcionando en su contestación (fl. 110), luego

⁹ Sentencia de 1944:

¹⁰ **Sentencia SL 2817 de 2019**

¹¹ **Sentencia Rad. 31314 de 2008**

¹² **ARTÍCULO 52. ENTIDADES ADMINISTRADORAS.** <Ver Notas del Editor> El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.

Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley.

¹³ Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

¹⁴ “En conclusión, la Sala Laboral enfatizó que la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, al ser parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”.

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

Ya en lo concerniente al derecho pensional, hay lugar a revisar en consulta a favor de la demandada estas condenas, para lo cual hay que apoyar la procedencia del derecho pensional y su aplicación del régimen de transición del **art. 36 de la ley 100/93**, toda vez que al **01 de abril de 1994**, tenía **37 años** de edad (fl. 27)¹⁵, luego le son aplicable las disposiciones del Decreto 758/90, como lo dispuso la instancia.

Cumpliendo también con los **55 años** de edad en enero del **año 2012** cuando alcanzaba **1.190,72 semanas**, y antes del 31 de diciembre de 2014 por el AL 01/2005; siendo su última cotización en **Junio del 2017** (fl. 173) cuando alcanza **1.253,72 semanas**¹⁶, suma superior a la obtenida por la instancia de 1.034 semanas, pero inferior a la alegada por el demandante -1.260-, incluso teniendo en cuenta la Corporación, los periodos de cotización que registran mora en **marzo sept-dic/03, ene-feb 2004, oct-dic/05, año 2006, enero-marzo, agosto, sept/07**, y el que no se encuentran registrados en la historia laboral –marzo-diciembre/2004- pero sí cuenta con certificación laboral de folio 50 en la que consta el laboreo por parte de la actora, sin que de la historia laboral aportada por la demandada Porvenir, se registre novedad de retiro en dichos periodos.

¹⁵ 12 de Enero de 1957

¹⁶

586,86		ISS fl. 31	
RAIS			
DESDE	HASTA	SEMANAS	
01/06/2000	31/12/2000	30,43	fl. 44
01/01/2001	31/12/2001	52,00	fl. 44
01/01/2002	31/12/2002	52,00	fl. 45
01/01/2003	31/08/2003	34,57	fl. 45 y 46
01/09/2003	31/12/2003	17,29	fl. 170 y 171
01/01/2004	29/02/2004	8,43	fl. 170 registra mora
01/03/2004	31/12/2004	43,57	certificación fl. 50
01/01/2005	30/09/2005	38,86	certificación fl. 50
01/10/2005	31/12/2005	13,00	fl. 171 registra mora
01/01/2006	31/12/2006	52,00	fl. 171 registra mora
01/01/2007	31/12/2007	52,00	fl. 171, 172 y 187 con enero-marzo, agoston sept registro mora
01/01/2008	31/12/2008	52,14	fl. 171, 172 y 187 vlto
01/01/2009	31/12/2009	52,00	fl. 172 y 187 vlto
01/01/2010	31/12/2010	52,00	fl. 172 y 187 vlto
01/01/2011	31/12/2011	52,00	fl. 172, 173 y 187 vlto
01/01/2012	12/01/2012	1,57	fl. 173 y 188
13/01/2012	31/08/2012	33,00	fl. 173 y 188
01/12/2016	31/12/2016	4,29	fl. 173
01/01/2017	30/06/2017	25,71	fl. 173
Total		666,86	
TOTAL TODA VIDA		1253,72	
A LOS 55 AÑOS		1190,72	

Así las cosas, si bien no le asiste razón al apelante en su petición de aumentar la tasa de reemplazo al 90%, con las semanas obtenidas a la causación del derecho **12 de enero del 2012** de 1.190,72 semanas, hay lugar a una tasa del **84%**.

En lo correspondiente al IBL, éste se da con el **art. 21 de la ley 100/93**, y con el promedio de los últimos 10 años por no alcanzar más de 1.250 semanas. Así, el IBL de los 10 años es de **\$1.781.277**, dado que para los periodos incluidos con las certificación laboral, deben liquidarse con el salario mínimo ante la ausencia de prueba que acredite su valor; y con la tasa del **84%**, da una primera mesada pensional de **\$1.496.273**, la que resulta inferior a la dispuesta por la instancia –de \$1.533.570– por lo al estudiarse también la consulta de la demandada, se modificará la providencia.

El retroactivo es sobre **13 mesadas** al año por ser una pensión causada después del **31 de julio de 2010** por el AL 01/2005 y encuentra prescrito por causarse la pensión en **enero del año 2012** y radicarse la demanda el **03 de diciembre de 2018** (fl. 101), cuando ha pasado el trienio del **art. 151 CPTSS**; sin que en las reclamaciones administrativas de folios 51 y 62 se realice petición de reconocimiento pensional alguno. Así las cosas lo adeudado por este concepto del **03 de diciembre de 2015 al 31 de octubre de 2019** la suma de **\$91.604.471**, cifra que resulta inferior a la concedida por la instancia, luego se modifica la condena en favor de la demandada de quien es la consulta a su favor, siendo procedente la orden de pago de indexado del retroactivo causado hasta la ejecutoria de la sentencia, del cual deben igualmente realizar los descuentos en salud.

Respecto a la apelación del demandante por los intereses moratorios, para la Corporación hay lugar a conceder los mismos, pero como quiera que la pensión de vejez se causó en el **año 2012**, fecha para la cual el actor se encontraba en el fondo **PORVENIR** y es solo con la presente demanda que se pretende el derecho pensional y con la sentencia se retorna al RPM y se concede la prestación por vejez, éstos intereses operan sobre las mesadas no prescritas reconocidas y se liquidan a partir de la ejecutoria de la presente providencia, como lo dispuso la instancia, hasta tanto se realice el pago de las mismas.

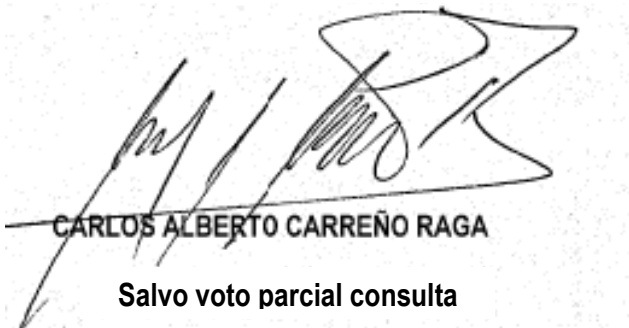
Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral 5° de la sentencia apelada y consultada y en consecuencia se tiene como primera mesada pensional para enero del 2012 la de **\$1.496.273**, siendo el retroactivo no prescrito del **03 de diciembre de 2015 al 31 de octubre de 2019** por la suma de **\$91.604.471**, cifra de la cual debe realizarse los descuentos en salud. Debiendo incluir la actora en la nómina de pensionados, siendo la mesada del año 2019 por la suma de **\$1.964.130**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. **MODIFICAR** el numeral 9° de la sentencia apelada, Adicionándolo y en consecuencia se suma a la CONDENA en Costas a COLPENSIONES a favor de la demandante.
3. **CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada en todo lo demás, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

4. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES, a favor del demandante; las agencias se fijarán en el momento procesal oportuno.

Los Magistrados,


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
Salvo voto parcial consulta


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


GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA 1ª DECISIÓN LABORAL

ORDINARIO APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA

NUBIA CONSUELO ENRIQUEZ GUERRON

en contra

AFP PORVENIR y COLPENSIONES

Radicación N° 015-2018-0710-01

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.

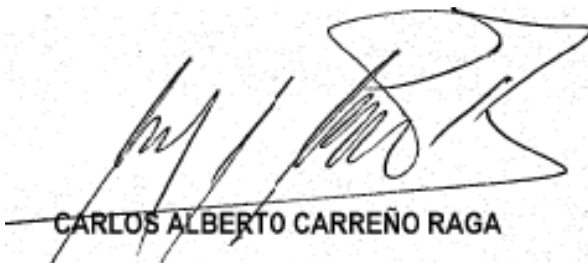
Así lo determinó la Corte Constitucional en **sentencia T-1092 de 2012** cuando determinó la incompatibilidad del recurso de apelación con la consulta dentro de los procesos ordinarios de la especialidad laboral, veamos:

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 jurídico¹⁷. *“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”*¹⁸.

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 fin¹⁹. 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”*²⁰.

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 competencia²¹. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo²², 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”*²³.

El Magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

¹⁷Sentencia T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería

¹⁸Ibíd.

¹⁹Sentencia SU-962 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y T-842 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁰Sentencia T-364 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto

²¹Sentencia C-968 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

²² 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.

²³Sentencia T-389 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto y T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería.