



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

Hoy 30 DE NOVIEMBRE 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. 254**, 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) **LUZ MYRIAM CARDENAS MARULANDA** en contra de la **AFP PORVENIR, COLFONDOS y COLPENSIONES**, bajo radicación N° **003-2019-0607-01** en donde se resuelve recurso de **APELACIÓN** interpuesto por PORVENIR y Colpensiones en contra de la *sentencia N° 228 del 03 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Cali*, mediante la cual **DECLARÓ** la INEFICACIA DEL TRASLADO de la dte a COLFONDOS y por ende entre fondos con PORVENIR y ORDENÓ a COLPENSIONES a recibir a la demandante. De igual forma ordenó a PORVENIR trasladar dineros de la cuenta, rendimientos, gastos de administración y aportes que haya en la cuenta de la actora. Costas a cargo de Porvenir y Colfondos.

Apelación Dte: a) Debe condenarse en costas a Colpensiones porque se opuso a las pretensiones de la demanda.

Apelación Porvenir: i) a la demandante le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad pensional, por lo que al estar vigente la norma que regula el traslado de fondos no es procedente el traslado de la dte, desconociendo una norma para tomar decisiones de nulidad, **ii)** hay un imposible material en la prueba por las partes del proceso, pues el actor no puede probar que no le fue entregada la información y la demandada no puede probar que la entregó, ninguna de las dos partes aporta nada a ese debate, sin que se comparta el criterio de que la demandada tenía la obligación de haber advertido la situación del actor, por lo que no era posible darle la información de cual era el estado de cada uno de los fondos cuando se tienen características diferentes, **iii)** no hay lugar a trasladar los gastos de administración que legalmente se descontaron por la norma que lo permitía y los rendimientos generados por esa administración se lograron gracias a la administración y serán parte de los aportes que se trasladan.

Apelación Colpensiones: 1) el decreto donde se manifiesta que las administradoras deben proporcionar la información debida, no se encontraba vigente para la fecha en que la demandante se trasladó de fondo, sin que lo dispuesto en las sentencias sobre nulidades sea de forma retroactiva, **2)** el error no vicia el consentimiento, siendo con la ley de seguridad social que se sentaron las bases del sistema, en el que el afiliado con dichas bases debe determinar cual le debe servir, sin que la ignorancia de la ley no exima de responsabilidad.

Conocida por las partes la base fáctica y jurídica del proceso, así como la sentencia dictada por el A quo, procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponda.

SENTENCIA No. 244

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

CONSULTA: Nulidad

Por ser menester conforme la decisión de la Sala mayoritaria, desarrollar el grado jurisdiccional de consulta, en ésta nos ocuparemos, para luego proceder a estudiar los puntos de apelación de ser el caso.

Es necesario para lo sustantivo del asunto, determinar que en el presente caso, no se está, ante la autorización de un traslado de régimen consagrado en el **literal f del art. 13 de la ley 100 de 1993**, sino ante la nulidad del traslado que hiciera en su momento el afiliado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, pues en el mundo de las obligaciones jurídicas particularmente, en el campo de los aseguramientos, bien civil, comercial o pensional, la doctrina¹ y la jurisprudencia² han reconocido la estricta necesidad que tiene la parte pasiva aseguradora de acreditar lo que es consustancial a todo acto de ese tipo, la debida información a la parte débil en estas transacciones, lo cual obedece a la presencia del principio de la buena fe, del que deriva la necesidad de una cabal información, se repite, asunto exigido en el marco del derecho civil, comercial y pensional, sin que en éste exista alguna razón para su desatención, ya que es la base o el estribo que rige la figura del traslado entre los sistemas pensionales, lo que también se presenta en la movilidad pensional, pues para eso la **ley 100/93** estatuye el derecho a migrar o cambiar de régimen pensional.

Pero hay más, también en el derecho común y comercial, se da por establecido la figura de la inversión de la carga de la prueba, la que nos permite averiguar a quien le compete acreditar esa debida información, suceso igualmente reconocido por la jurisprudencia y la doctrina³, de modo que si eso acontece en el mundo del derecho privado con mayor razón se recibe tal postulado en el derecho social, dada la trascendencia que el tema pensional tiene dentro de la seguridad social en pensiones, para que ese acto sea pleno, eficaz y surta efectos jurídicos.

También hay que tener en cuenta que en el presente asunto, no se advierte de manera objetiva el habersele brindado a la accionante la debida información, lo que en todos los casos de esta situación debe advertirse, no siendo prueba de ello el mero hecho de la firma del formulario. La Sala de Casación Laboral, con sentencia **SL413-2018** precisó el criterio jurisprudencial contenido en la **providencia CSJ SL, 13 marzo. 2013, rad. 42787**, en el sentido de que la afiliación o traslado de régimen pensional no

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 **Acta No. 056, Rad. No. 31314 del 09 de septiembre de 2008**, que recuerda la de radicado 31989 de la misma fecha: *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia sea la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para 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 ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.”.

³ **Ídem**, *“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.*

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la administración de pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene el carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

es dable deducirlo en todos los casos con el simple diligenciamiento, firma y entrega del formulario de afiliación.

Pero en el presente caso, lo que sí está probado, es que tal y como se evidencia a folio 195 vltto, es que el **08 de diciembre de 1986** la demandante ingresó al régimen de prima media que administraba el ISS, para luego cambiarse al RAIS en la **A.F.P. COLFONDOS** desde el **18 de abril de 1994** para luego pasar al fondo **PORVENIR** el **13 de julio del 2000** (fl. 186).

De otro lado, resulta necesario indicar conforme a la sentencia **C-177/1998**, que con la operatividad del traslado pensional se le impone a las administradoras, no de manera discrecional sino obligatorio, el traslado y recibo de todos los dineros y rendimientos pertenecientes al afiliado y no a la aseguradora.

Cabe anotar también, de modo especial respecto de los gastos de administración que, como lo reconoce la jurisprudencia especializada, esa conducta indebida de la administradora hace a su cargo el asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, para el caso, todos los gastos examinados⁴.

Por último, es de manifestar que le corresponde a la judicatura escrutar lo correspondiente al derecho de no habersele ofrecido al afiliado por parte de la administradora de pensiones del RAIS demandada, las diversas alternativas que le traía el acto de cambio de régimen y las consecuencias que de él se deriven, dada la trascendencia que en materia pensional atañe al traslado de régimen.

Es por ello que conforme posición de la Sala mayoritaria, se hace necesario adicionar lo referente a los gastos de administración que ya fueron analizados en líneas anteriores en la resolución de la consulta y que inciden en la respuesta a la apelación presentada por el fondo demandado.

Con lo anteriormente expuesto, queda superada la consulta y el recurso de apelación de PORVENIR y COLPENSIONES respecto la improcedencia de la nulidad del traslado y el traslado de los gastos de administración; pasando la Sala a examinar los motivos de la apelación de las demandadas sobre la improcedencia de la nulidad por faltarle menos de 10 años para ordenarse un traslado y la apelación del demandante de condena en costas.

APELACIONES:

Ahora bien, en lo correspondiente a la **APELACION de Porvenir** sobre la imposibilidad de traslado por faltarle menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, la Sala considera que:

Es importante tener en cuenta que la exigencia de los 10 años antes de la edad de pensional como punto último de movilidad pensional en nada refiere o impide la cristalización del vicio de nulidad, al ser estos ámbitos diferentes o ajenos.

Por último, es de manifestar que le corresponde a la judicatura escrutar lo correspondiente al derecho de no habersele ofrecido al afiliado por parte de la administradora de pensiones del RAIS demandada, las diversas alternativas que le traía el acto de cambio de régimen, dada la trascendencia que en materia pensional atañe al traslado de régimen.

⁴ Ídem.

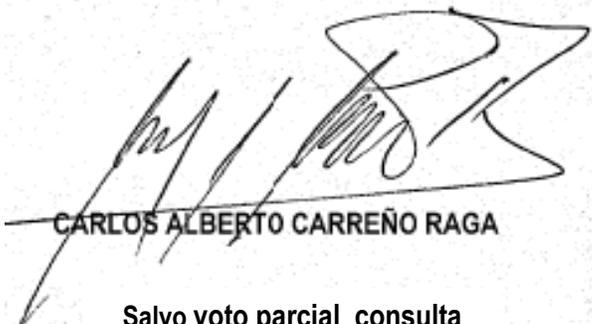
Respecto la condena en costas a Colpensiones, es lo cierto que como parte pasiva en el presente proceso, se opuso a las pretensiones de la demanda, actuar que se materializó oponiéndose a las pretensiones y excepcionando en su contestación (fl. 86), luego no hay duda que hay lugar a la imposición procesal de costas, esto de conformidad con lo reglado en el **art. 365 del C.G.P.**

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** para adicionar el numeral 4° de la sentencia apelada y en consecuencia se condena a COLPENSIONES en costas a favor de la demandante. Confirmar el numeral en todo lo demás, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. **CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada en todo lo demás, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A, y de 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
S A L A 1ª DE DECISIÓN L A B O R A L

REF: ORDINARIO APELACIÓN Y CONSULTA

LUZ MYRIAM CARDENAS MARULANDA

en contra de la **AFP PORVENIR, COLFONDOS y COLPENSIONES**

bajo radicación N° **003-2019-0607-01**

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

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 jurídico⁵. *“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”*⁶.

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 fin⁷. 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”*⁸.

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

⁵Sentencia T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería

⁶Ibídem.

⁷Sentencia SU-962 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y T-842 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸Sentencia T-364 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto

de competencia⁹. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo¹⁰, 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”*¹¹.



El Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA'. Below the signature, the name 'CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA' is printed in a bold, black, sans-serif font.

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

⁹Sentencia C-968 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹⁰ 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.

¹¹Sentencia T-389 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto y T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería.