



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

Hoy **06 DE ABRIL DE 2021** 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. 068**, integrada por el suscrito quien la preside *CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA en compañía de las magistradas Dra. MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA y la Dra. ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN*, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor (a) **CLAUDIA XIMENA DE JESUS HURTADO HURTADO** en contra de **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., integrando como Litis consorte necesario al MINISTERIO DE HACIENDA y COLPENSIONES**, bajo radicación N° **007-2019-0257-01** en donde se resuelve recurso de **APELACIÓN** interpuesto por el Demandante, Porvenir, Protección, Min hacienda y Colpensiones en contra de la *sentencia N° 442 del 07 de noviembre del 2019 proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Cali*, mediante la cual **DECLARÓ** la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN realizada a la demandante a PROTECCIÓN, luego a PORVENIR, conservando los beneficios del RPM. Ordena a COLPENSIONES admitirla en el RPM y reconocer pensión de vejez con la ley 797/03 desde el día en que se haya realizado efectivamente el traslado en cuantía que para el año 2019 no puede ser inferior a \$11.573.446 sobre 13 mesadas. Niega intereses, costas a cargo de Protección y Porvenir.

Apelación Dte: i) No se condenó a los intereses moratorios, la fecha de la condena de pensión de vejez solicita que con la historia lab oral aportada la actora cuenta con los requisitos del art. 33 de la ley 100/93 edad de 57 años y 1616 semanas tiene derecho a que se reconozca la pensión desde el momento en que satisfizo los requisitos el 8 de mayo de 2017, con el IBL a esa fecha y su retroactivo, ii) los intereses moratorios según posición del Tribunal en casos como el que nos ocupa se imponen a la primera AFP que realizó el traslado quien actuó de mala fe al no dar la información correspondiente y no Colpensiones quien no tuvo injerencia en ello, no puede tener la carga de los intereses, luego la condena debe darse hasta la ejecutoria de la sentencia y en adelante hasta el momento del pago a cargo de Colpensiones pues a partir de ahí el pago es responsabilidad de Colpensiones.

Porvenir: a) la dte estuvo afiliada a Porvenir desde abril del 2000 y en el año 2005 a protección, por lo que su cuenta está en ceros, luego debe tenerse en cuenta esto para efectos de la sentencia, siendo utilizados los gastos de administración para administrar los dineros durante el tiempo que estuvo en el fondo que se generó unos rendimientos que fueron entregados, b) no hay lugar a condena en costas por cuanto la entidad a actuado de buena fe.

Apelación Colpensiones: 1) la demandante realizó su traslado de fondo de forma libre y voluntaria, sin que la ignorancia de la ley no lo excluye de esa situación, además que tuvo el tiempo para pedir la información necesaria, 2) la parte demandante debió probar que el fondo incurrió en un vicio, pues no están demostrados.

Protección: i) la dte está pensionada por parte de protección desde el 25 de septiembre de 2015 tras solicitud de forma anticipada, reconocida desde el 30 de diciembre de 2015 y conforme los pronunciamientos jurisprudenciales donde se dice que declarar la nulidad de personas que ya están pensionadas causaría un detrimento patrimonial en el sistema desestimula los niveles de rentabilidad pues la nulidad estaría a capricho del pensionado, ii) el fondo explicó las ventajas y desventajas de estar al RAIS, siendo los gastos de administración un porcentaje que se cobra por administrar los dineros y pagar los seguros provisionales, siendo administrados los dineros durante el tiempo que ha estado en el fondo, viéndose reflejado en los buenos rendimientos financieros reflejados, por lo que no es procedente que se ordene la devolución, pues estos fueron realizados conforme la ley. Por todo debe revocarse la sentencia.

Ministerio Hacienda: La demandante realizó actos jurídicos posterior a su afiliación en los que daba cuenta de pertenecer en el RAIS, pensión que no hubiera sido reconocida en el régimen de prima media, solicitando al Tribunal reevaluar su posición frente a la nulidad ante pensionados, siendo en los Tribunales de Medellín y Bogotá que han evidenciado la problemática e impacto que causa estos en el sistema financiero y pensional, por lo que pide se revoque la sentencia y si decide confirmar la providencia, solicita se elimine la emisión del bono pensional de la Cartera que representa.

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. 065

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

En primer lugar, se aborda, 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 y la apelación de los intereses moratorios.

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 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.

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-427 de 2010:** 5. En lo que atañe al supuesto de esta acción de tutela, esto es, al amparo del derecho a la seguridad social en lo que respecta a la libre escogencia del régimen pensional y la consecuente opción de traslado de un régimen a otro, esta

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

Sala considera, como en otras ocasiones ya lo ha hecho esta Corporación, que la acción de tutela es procedente, por cuanto a) existe regulación expresa para hacer efectivo el derecho al traslado de régimen pensional dispuesto en la Ley 100 de 1993 artículo 13 literal e), esto es, que existen medidas de orden legislativo para hacer efectiva esta facultad y b) que a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario para el amparo de este derecho, este instrumento no resulta idóneo para su amparo efectivo.

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

⁷ **ST 1391/2020, STL 1194 DE 2020:** “El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desconoció el precedente judicial de esta Corporación.

De acuerdo con lo expuesto en los numerales precedentes, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia concluye que el Tribunal accionado, en la providencia de 6 de julio de 2020, incurrió en la causal específica de procedencia de la tutela contra providencias judiciales denominada «desconocimiento del precedente judicial».

Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la

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 sí 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.

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 **04 de mayo de 1983** (fl. 63), para luego cambiarse al RAIS en

jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción”.

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 En pronunciamientos anteriores, la Sala de Casación Civil ya había manifestado, con alguna suerte de sutileza, su sentir en cuanto al reconocimiento de los diversos temperamentos de la ineficacia, en tanto ya distinguía diversas concreciones de la ineficacia negocial, en particular, la nulidad, inexistencia, resiliación y resolución. Sobre este punto, Cfr. Cas. 15 de junio de 1892, VII, p. 261; cas. 15 de marzo de 1941, L, n.º1967-1969, p. 802 y ss; cas. 15 de septiembre de 1943, LVI, n.º 2000-2005, p. 125 y 126; cas. 18 de septiembre de 1944, LVII, n.º 2010-2014, p. 580; cas. 2 de julio de 1963, CIII-CIV, n.º 2268-2269, p. 76 y 77; cas. 13 de mayo de 1968, CXXIV, n.º 2297-2299, p. 138 y ss. De forma más reciente, la Sala de Casación Civil ha hecho ahínco en las diferencias que dimanar de las diversas categorías de ineficacia, Cfr. cas. 6 de agosto de 2010, n.º rad. 05001-3103-017-2002-00189-01, p. 20-29; cas. 25 de agosto de 2017, n.º rad. 25286- 31-84-001-2005-00238-01, p. 18-21.

¹⁰ **Sentencia SL 2817 de 2019**

¹¹ **Sentencia Rad. 31314 de 2008**

la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.** el **11 de noviembre de 1994** (fl. 69), con movilidad en el régimen para el fondo **PORVENIR** el **03 de abril del 2000** (fl. 71), sin que en ese traslado al RAIS con Protección se acredite por parte del fondo, la debida información previo el traslado al régimen, por consiguiente, para la Sala no hay duda de la nulidad del traslado de régimen decretada por la instancia, incluso tratándose de un pensionado, dado que su condición no valida o enerva tales acontecimientos, pues el acto de pensionarse es simple y llanamente una consecuencia lógica del vicio detectado, que afecta su pensión dada la gravedad del acto nulitivo inicial, es que no podría haber validación a esos actos contrarios a la ley por el mero acto final de lograrse la pensión, si es precisamente el derecho a la pensión el que se ve comprometido, como también a su vez delata el destino de la variación ilícita de sus condiciones para pensionarse, que es lo que no patrocina, y al contrario si vela, el principio mínimo fundamental de la garantía de la seguridad social en pensiones, pues ahí es donde se materializa el postulado de la eficacia del régimen pensional colombiano.

Siendo entonces procedente la nulidad, de suyo trae la devolución no solo de los aportes realizados, sino de todas los dineros, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración descontados a la afiliada, tal y como se expuso por la Corporación en líneas anteriores, siendo este un efecto de la ineficacia declarada, carga que se repite, recae ante quien por su actuar irregular, dio lugar al traslado nulitado.

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 de la pensión conforme la **ley 797 de 2003**, toda vez que la demandante cumplió los **57 años** de edad el **08 de mayo del 2017** (fl. 53) cuando alcanzaba **1.616**,¹⁴ (fl. 65) siendo su última cotización en **julio del 2015** (fl. 68) superando las 1.300 exigidas por la norma. Así las cosas, le asiste razón al demandante de obtener su derecho pensional desde la edad pensional y sobre 13 mesadas al año, por lo que en este punto se modificará la sentencia de instancia.

Sobre la liquidación del derecho, el IBL aplicable es el **art. 21 de la ley 100 de 1993** de los últimos 10 años o el de toda la vida 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 **\$16.970.619** y de toda la vida de **\$13.548.497**, siendo más favorable el de los 10 años; por lo que la mesada inicial con la tasa del **63.49%** queda en la suma de **\$10.774.646** para el **año 2017** y para el **año 2019** por la suma de **\$11.571.977**, cifra inferior a la dispuesta por la instancia de **\$11.573.446**, por lo que se modificará esta cifra en consulta a favor de la demandada.

El retroactivo no se encuentra prescrito por causarse la pensión en **mayo del 2017**, siendo radicada la demanda el **30 de abril del 2019** (fl. 96), cuando no ha pasado el trienio del **art. 151 CPTSS**; por lo que el retroactivo se cancelará desde el **08 de mayo del 2017**, con los descuentos en salud.

Respecto la apelación de los intereses moratorios, para la Corporación no hay duda de su procedencia de darse el impago de las mesadas adeudadas, sin embargo, como quiera que la pensión de vejez se causó en el **año 2017**, fecha para la cual la actora se encontraba en el fondo **PROTECCIÓN**, fechas en las que no se encuentra responsabilidad alguna a cargo de COLPENSIONES sobre el derecho pensional ahora reconocido, por lo que estos operan sobre las mesadas adeudadas y se liquidan desde la ejecutoria de la sentencia hasta la fecha del pago.

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 4° de la sentencia apelada y en consecuencia se ordena a **PROTECCIÓN S.A.** devolver a COLPENSIONES todos y cada uno de los dineros correspondientes a bonos pensionales, rendimientos financieros y gastos de administración que correspondan a la sra **CLAUDIA XIMENA DE JESUS HURTADO** 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 de causación del derecho pensional el **08 de mayo del 2017**, siendo la primera mesada pensional la de **\$10.774.646**, debiendo pagar el retroactivo desde el **08 de mayo del 2017** debiendo realizar los descuentos en salud. Con la mesada para el año 2019 de **\$11.571.977**, conforme se dijo explicó en la parte motiva de esta sentencia.
3. **CONDENAR a COLPENSIONES** a reconocer liquidar y pagar los intereses moratorios del art. 141 de la ley 100/93 que se causen sobre las mesadas adeudadas y se liquidan desde la ejecutoria de la sentencia hasta su pago.
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 del MINISTERIO DE HACIENDA, PORVENIR y PROTECCIÓN a favor de la demandante, las agencias se fijan en el momento procesal oportuno.

Los Magistrados,

NOTIFÍQUESE.

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
Salvo voto parcial consulta nulidad

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
SALVO VOTO

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO COTIZADO	SBC	ÍNDICE		DÍAS DEL PERIODO	SALARIO	
DESDE	HASTA			INICIAL	FINAL		INDEXADO	IBL
01/08/2005	31/12/2005	9.537.000	1	80,210000	133,400000	150	15.861.312	660.887,98
01/01/2006	31/12/2006	10.200.000	1	84,100000	133,400000	360	16.179.310	1.617.931,03
01/01/2007	31/12/2007	10.842.000	1	87,870000	133,400000	360	16.459.802	1.645.980,20
01/01/2008	31/12/2008	11.537.000	1	92,870000	133,400000	360	16.571.937	1.657.193,71
01/01/2009	31/12/2009	12.422.000	1	100,000000	133,400000	360	16.570.948	1.657.094,80
01/01/2010	31/12/2010	12.857.000	1	102,000000	133,400000	360	16.814.939	1.681.493,92
01/01/2011	31/12/2011	13.390.000	1	105,240000	133,400000	360	16.972.881	1.697.288,10
01/01/2012	31/12/2012	14.167.000	1	109,160000	133,400000	360	17.312.915	1.731.291,50
01/01/2013	31/12/2013	14.737.000	1	111,820000	133,400000	360	17.581.075	1.758.107,49
01/01/2014	31/12/2014	15.400.000	1	113,980000	133,400000	360	18.023.864	1.802.386,38
01/01/2015	31/07/2015	16.108.750	1	118,150000	133,400000	210	18.187.958	1.060.964,22
TOTALES						3.600	16.970.619	
TOTAL SEMANAS COTIZADAS						1.585,86		
TASA DE REEMPLAZO		63,49%				PENSION	10.774.646	
SALARIO MÍNIMO		20.172.016				PENSIÓN MÍNIMA	737.717	



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL

CLAUDIA XIMENA DE JESUS HURTADO HURTADO

Contra

PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., integrando como Litis consorte necesario al MINISTERIO DE HACIENDA y COLPENSIONES

Radicación N° **007-2019-0257-01**

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.

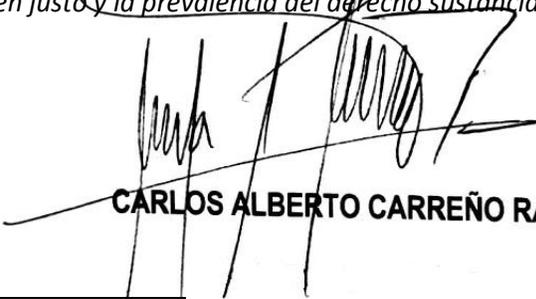
Así lo determinó la Corte Constitucional en **sentencia T-1092 de 2012** cuando determinó la incompatibilidad del recurso de apelación con la consulta dentro de los procesos ordinarios de la especialidad laboral, veamos:

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 jurídico¹². *“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”*¹³.

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 fin¹⁴. 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”*¹⁵.

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 competencia¹⁶. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo¹⁷, 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”*¹⁸.

El Magistrado,


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

¹²Sentencia T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería

¹³Ibidem.

¹⁴Sentencia SU-962 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y T-842 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁵Sentencia T-364 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto

¹⁶Sentencia C-968 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹⁷ 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.

¹⁸Sentencia 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	CLAUDIA XIMENA DE JESÚS HURTADO
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y OTROS
PROCEDENCIA	JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-007-2019-00257-01

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto que me caracteriza por las decisiones de la Sala mayoritaria, en esta oportunidad no acompaño la decisión al considerar que al estar la demandante pensional en el régimen de ahorro individual desde el año 2015, no procede la ineficacia. No se aborda el problema de fondo relativo a la condición de PENSIONADA de la demandante, por el sistema de PENSION ANTICIPADA.

En los anteriores términos dejo sustentado mi salvamento de voto.

La Magistrada,


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