



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

Hoy 25 de octubre de 2021, siendo las 2 PM, 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. FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA*, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el (a) señor (a) MARTHA PATRICIA IBAÑEZ PRIETO en contra de **PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES**, bajo radicación **013-2019-00466-01**, en donde se resuelve la consulta y apelación a favor de Colpensiones y apelación de PORVENIR S.A. en contra de la *sentencia No 235 del 15 de julio del 2021 proferida por el Juzgado 13º Laboral del Circuito de Cali*; en dicha providencia se dispuso: i) Declaró no probadas todas las excepciones propuestas por la parte demandada. ii) Declaró ineficaz la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de HORIZONTES hoy PORVENIR S.A., desde su solicitud el 22 de diciembre del año 1994, conforme las motivaciones de esta sentencia. iii) Condenó a PORVENIR S.A., fondo actual a transferir a COLPENSIONES, todos los recursos de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos y sus frutos, según las motivaciones de esta sentencia, en favor de la demandante. iv) Condenó a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A., los recursos del ahorro individual con rendimientos y frutos contabilizándolos en favor de la demandante sin solución de continuidad en el fondo común, a título de semanas cotizadas, según las motivaciones ya exteriorizadas por el Despacho. Costa a favor de Colpensiones y Porvenir S.A.

A la presente sentencia los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR presentaron recurso de apelación que sustentaron bajo los siguientes términos:

Recurso de Colpensiones: al declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media la RAIS afecta la sostenibilidad financiera del sistema del régimen pensional y afecta el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, cita la sentencia C- 1024 del 2004, la SU 062 del 2010 citando que si se afilian a los demandantes el sistema se descapitaliza, cita la SU 130 2013, que aquellos con más de 15 años de afiliación al 1 de abril de 1994 se pueden trasladar de un régimen a otro nadie puede resultar subsidiado por el ahorro de los otros afiliados la demandante cuenta con menos de 10 años para cumplir el requisito pensional lo que va en contra del artículo 2 de la ley 797 de 2003, solicita que de confirmarse la sentencia se devuelvan las comisiones de administración dineros destinados al fondo de garantías pensión mínima en razón del equilibrio financiero del sistema sustentando lo anterior en sentencias de la Corte Suprema de Justicia, SL 4964 del 2018, 1421 y 4360 del 2019 ha precisado los gastos deben ser devueltos por el fondo privada incluso con cargo a sus utilidades.

Recurso de Porvenir S.A.:

La demandante no probó los vicios del consentimiento alegados bajo la figura del error fuerza, dolo, ya que Porvenir jamás incurrió en esas conductas, así quedó demostrado con la prueba documental



aportada, entre ellos la solicitud de afiliación y donde se le entrego toda la afiliación necesaria, nunca hizo el derecho de retracto conforme a ley, para la época del traslado no existía la obligación de dar a conocer el monto de las pensiones, ya que esto se dio a partir del 2014, se deben dar paso a las excepciones propuestas la acción versa sobre la adquisición o negación del derecho pensional, sino que está encaminada a obtener la ineficacia en uno de los regímenes y obtener un derecho de pensional de mayor valor solicita la revocatoria en costas.

La parte demandante guardo silencio frente al fallo.

Situación procesal que ha sido plenamente discutida y conocida por las partes, razón por la cual procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponda.

SENTENCIA No 230.

La sentencia APELADA y CONSULTADA debe **ADICIONARSE** y **CONFIRMARSE**, son razones: Encontrar ajustado a derecho la declarada ineficacia del traslado, lo cual traduce no haberse cumplido con las obligaciones acerca de la debida información a la demandante, aparejando conforme al código civil las consecuencias de esa inacción, igualmente se modificará el numeral cuarto de la misma y se ordenará a la AFP PORVENIR una vez ejecutoriada esta providencia, entregue a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, dineros destinados al fondo de garantías pensión mínima, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hayan causado; como también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, las comisiones de administración de los dineros destinados al fondo de garantías pensión mínima, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante debidamente indexados.

En primer lugar, se aborda, conforme la posición mayoritaria de la Sala, la consulta de la sentencia, para luego, de ser menester analizar los temas de las apelaciones no resueltos.

Sea lo primero señalar que 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

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



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.

Sigue puntualizar respecto de la obligación probatoria que 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.

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 de uno u otro fondo del RAIS 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, llegándose incluso a manifestar como deber de la judicatura la necesidad de escrutarlos cabalmente⁶.

Es 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 sí el agente decisor da rienda suelta a considerandos absolutorios, sin haber decantación y superación de las motivaciones base del precedente así se declara en acciones constitucionales⁷.

Decantado lo anterior, sigue anclar en la discusión el hecho de no entender la justicia constitucional de modo discrecional sino imperativo, dar cumplimiento por 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

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 desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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



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.

También 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 o por peticionarse tiempo después de darse el traslado motivo de la nulidad*, lo razona ser lo examinado las condiciones jurídicas del traslado nocivo, el que ocurrió mucho tiempo antes de ese periodo. Sin que quepa entender la 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 la debida información, elemento esencial, el que, se repite, no se deduce en todo evento con la simple firma del formulario¹¹.

Finalmente es de manifestar que la ineficacia del traslado decretada en nada promociona la desfinanciación del régimen de prima media o del sistema, toda vez que su efecto es el traslado de todos los aportes realizados por el afiliado, junto con sus rendimientos y gastos descontados, al tiempo que no se está ordenando el reconocimiento de prestación económica alguna, pues éstas solo proceden si se cumple con las exigencias que dispone la normativa para ello, situación que no se ha presentado, tal y como lo manifiesta COLPENSIONES quien en su recurso refiere prestaciones que pueden o no causarse a futuro.

CASO CONCRETO

En caso bajo estudio, lo que sí está probado es que la demandante estuvo en el régimen de prima media al que perteneció desde octubre **de 1987** (fl. Historia de semanas cotizadas expedido por

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



Colpensiones) para luego trasladarse al RAIS administrado por la **A.F.P. HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A** en diciembre de 1994 (formulario de afiliación).

Sin que en ese traslado al RAIS, se acredite por parte del fondo, la debida información previo el traslado del régimen, por consiguiente, para la Sala no hay duda de la nulidad del traslado de régimen junto con la devolución de los gastos de administración y rendimientos ordenados por la instancia a los fondos de pensiones demandados, tal y como se ha considerado por la jurisprudencia y se desarrolló en las líneas anteriores.

Cabe anotar también, de modo especial respecto de la obligación solo con las normativas reglamentarias, que conforme a la principalística ello viene desde las primeras manifestaciones sobre la buena fe y el **art. 13 de la ley 100 de 1993**, dicha obligación ha imperado para las administradoras desde su creación, dado que la escogencia libre y espontánea que tienen derecho los afiliados, se da con la proporción de la información correspondiente, tema que también ha sido materia de pronunciamiento por la Corte Suprema en **Rad. 68852 del 03 de abril de 2019**¹² en la que reitera lo dicho en sentencia del 2008.

Ahora la sentencia C -1024 del 2004 citada por la apoderada de Colpensiones en su recurso de apelación refiere:

“el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del

¹² **Rad. 68852 del 03 de abril de 2019:** Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «*deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad*», premisa que implica dar a conocer «*las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes*», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).



derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional.”

Pero igual como ya se dijo en las consideraciones de este fallo la ineficacia del traslado decretada en nada promueve la desfinanciación del régimen de prima media o del sistema, toda vez que su efecto es el traslado de todos los aportes realizados por el afiliado, junto con sus rendimientos y gastos descontados, al tiempo que no se está ordenando el reconocimiento de prestación económica alguna, pues éstas solo proceden si se cumple con las exigencias que dispone la normativa para ello situación que no se ha presentado hasta la fecha.

Ahora revidado el contenido de la sentencia SU 062 DE 2010 esta refiere que:

“Los beneficiarios del régimen de transición tienen libertad para escoger el régimen pensional al que se desean afiliar y también poseen la facultad de trasladarse entre ellos, pero la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo trae para ellos una consecuencia: la pérdida de la protección del régimen de transición. En ese sentido, estas personas, para pensionarse, deberán cumplir necesariamente con los requisitos de la ley 100 de 1993 según el régimen pensional que elijan y no podrán hacerlo de acuerdo con las normas anteriores, aunque les resulten más favorables.”

Situación que no afecta el resultado del presente fallo por lo que se desestimara la apelación en los términos solicitados por la apoderada de Colpensiones en este punto

Con respecto a la devolución de las comisiones de administración y las comisiones de administración dineros destinados al fondo de garantías de pensión mínima y traído al proceso por la apoderada de Colpensiones bajo el argumento en razón del equilibrio financiero del sistema para su representada al respecto es importante señalar que la Corte Suprema de Justicia al respecto en sentencia SL 1688 Mgp. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS DUQUE con respecto al tema que nos ocupa considero:

“Esta probado que la AFP accionada consigno al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, (f. 98 a 101), sin embargo, no existe constancia que hubiere devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración lo cuales según expuso las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep.2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018 Y CSJ 1421-2109, debe asumir con cargo a sus propios recursos.”

Por lo que le asiste razón a la apoderada de Colpensiones en este punto de la apelación y se modificará este punto de la misma, sin imponer costas toda vez que su recurso es aceptado en esta instancia.

Con respecto a la condena en costas debatida por el apoderado de PORVENIR SA, es preciso indicar que el artículo el artículo 365 del C.G.P. establece en su numeral 1 reza: “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación” por lo que la misma se mantendrá toda vez que PORVENIR S.A. contestó la demanda, se opuso a las pretensiones, presentó excepciones y recurso de apelación.



Así las cosas, con los anteriores considerandos de la presente sentencia, quedan superadas las apelaciones de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y consulta a favor de COLPENSIONES sobre la nulidad del traslado y la devolución de rendimientos y gastos de administración dineros destinados al fondo de garantías de pensión mínima y bonos si los hubiere.

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. **Adicionarse el punto cuarto** de la sentencia y como consecuencia **Ordenar** igual a PORVENIR S.A. una vez ejecutoriada esta providencia entregue a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hayan causado; como también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, las comisiones de administración dineros destinados al fondo de garantías de pensión mínima por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante debidamente indexados por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. Confirmar el resto de la Sentencia apelada y consultada.
3. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la demandada la que se fija en suma de \$ 1.000.000. pesos

Los Magistrados,

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

SALVA VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA


MARIA NANCY GARCIA GARCIA
MARIA NANCY GARCIA GARCIA

Firma digitalizada para
act. judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA



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

**MARTHA PATRICIA IBAÑEZ PRIETO.
VS
PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES**

Radicación 013-2019-00466-01,

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 la 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 jurídico¹³. *“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”*¹⁴.

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 fin¹⁵. 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”*¹⁶.

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

¹³Sentencia T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería

¹⁴Ibídem.

¹⁵Sentencia SU-962 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y T-842 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁶Sentencia T-364 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

sobrepasa los factores de competencia¹⁷. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo¹⁸, 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*”¹⁹.



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

¹⁷Sentencia C-968 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹⁸ 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.

¹⁹Sentencia T-389 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto y T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería.