



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

Hoy 6 de diciembre de 2021, siendo las 2 p.m., 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 335**, 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) **JAIRO JIMENEZ SANCHEZ** en contra de **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A.** bajo radicación **012-2021-379-01**, en donde se resuelve recurso de apelación y consulta a favor de **Colpensiones** y apelación de **PROTECCION S.A.** en contra de la sentencia No 315 del 12 de octubre del 2021 proferida por el Juzgado 12º Laboral del Circuito de Cali; en dicha providencia: i) Declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. ii) Declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por el demandante y de todas las afiliaciones que ésta haya tenido administradoras del ultimo régimen conservándose en consecuencia en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la sin solución de continuidad. iii) Condenó a **PROTECCIÓN** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldos de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral sin inconsistencia de semanas y, los aportes voluntarios, si los hubiere, se entregarán al demandante si fuere el caso. iv) Condenó a **PROTECCION Y COLFONDOS** a devolver los gastos de administración previstos en el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el periodo en que administraron las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio con los rendimientos que se hubieran producido de no haberse generado el traslado. **COSTAS** a cargo de **COLPENSIONES, COLFONDOS Y PROTECCIÓN**.

Ante la sentencia proferida **COLPENSIONES y PROTECCION S.A.** presentaron recurso de apelación que sustento bajo los siguientes argumentos:

Recurso de COLPENSIONES:

La única exigencia legal para la fecha de afiliación del traslado era el consentimiento y voluntad, expresada en el formulario, no teniendo justificación jurídica la exigencia a los fondos de normas inexistentes, No se configuran los supuesto de hecho que exige el 271 de la ley 100 de 1993 pues no se acreditaron actuaciones dolosas en la afiliación del causante al RAIS, ruega no desconocer normas del código civil que establecen correlativamente obligaciones entre las AFP y el demandante no siendo viable invertir la carga objetiva de la prueba desconociendo las obligaciones paralelas del cotizante, lo que permite tener información al demandante por el paso del tiempo la Corte Constitucional ha expresado en providencias que nadie puede alegar su propia culpa a favor, debiendo estudiarse cada caso individualizado y tener en cuenta las sentencias C- 86 del 2016, que el demandante apor



años al RAIS contando con términos para volver al RPM y no lo hizo tengan en cuenta al momento de resolver las sentencias C – 1024 DE 2004, C - 789 DEL 2002, C - 596 DE 1997 SU 130 DEL 2013, SU 062 de 2010 el demandante realizó traslados horizontales entre fondos privados atendiendo la teoría de los actos de relacionamiento desarrollada en la sentencia SL 3752 DEL 2020, se colige, si conocía el modo de operar en el RAIS, las condenas afectan el sistema de sostenibilidad financiero del sistema general de pensiones y ponen en peligro el derecho a la seguridad social de sus afiliados, tal como se indicó en la sentencia T- 489 de 2010, y como la sentencia crea una obligación con efectos patrimoniales en cabeza de Colpensiones en aras de la sostenibilidad financiera ruega evaluar la proporcionalidad de la medida y que sea la AFP que asuma las cargas económicas y que sea la AFP que asuma el reconocimiento pensional, o que los dineros sean devueltos conforme a estudio actuarial determinando que se cubre la prestación integral y evitar el riesgo a la seguridad social, igual solicita adicionar los numerales 3 y 4 de la sentencia y se determine los valores a devolver la AFP, atendiendo lo contemplado en el artículo 283 del CGP, las condenas deben ser en concreto cuando se ordene el pago de frutos intereses mejoras en este caso la devolución solicita la exoneración de condena en costa.

Recurso de PROTECCION: Presenta apelación de manera parcial a los numeral 4 de la sentencia y en cual se condena hacer a PROTECCION la devolución de los gastos de administración y porcentajes adicionales con cargo a su patrimonio, teniendo en cuenta que protección descontó estos valores conforme a ley siendo que opera para el RAIS como RAI, siendo solo procedente la devolución de la cuenta de ahorros del afiliado con sus rendimientos financieros, las comisiones ya fueron causadas, durante la administración de los dineros de la cuenta del ahorro del afiliado y se encuentran conforme a ley como contraprestación de una buena administración de dichos dineros, el código de civil en su artículo 1746 habla de los efectos de la nulidad, lo que da que las cosas vuelvan al mismo estado en que se tenía, las restituciones son mutuas, si la nulidad es que las cosas vuelvan a su estado original es que el contrato nunca existió y por ende no se administraron los dineros de la cuenta de ahorro individual, no causándose rendimientos, siendo el fruto o mejora es la comisión y devolverlas es cobro de lo no debido o enriquecimiento sin causa.

La parte actora y Colfondos guardaron silencio frente al fallo preferido.

SENTENCIA No. 299

La sentencia APELADA y CONSULTADA debe **MODIFICARSE** 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.



Para ello importa indicar, en primer lugar, conforme la posición mayoritaria de la Sala, se estudia en consulta 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 o ilustrado con el que se pueda ser capaz de generar una libre y voluntaria selección, aspecto de total recibo en el campo pensional a la hora de la escogencia o permanencia en un determinado régimen pensional².

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

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

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



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

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 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.

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 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



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.

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 : “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.

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 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”.



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 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.

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 pregonan 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,

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

⁹ Sentencia de 1944:

¹⁰ **Sentencia SL 2817 de 2019** 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.



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 promueve la desfinanciación del régimen de prima media o del sistema, según argumento de apelación de Colpensiones 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.

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 **julio de 1983**, (conforme historia laboral certificada por Protección anexo a la demanda expediente digital), para luego trasladarse al **RAIS** administrado por la **A.F.P. COLFONDOS** en **septiembre del 1994** y posteriormente a **PROTECCION** en **julio de 1995** (conforme historia laboral certificada por Protección anexo a la demanda expediente digital).

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.

¹¹ **Sentencia Rad. 31314 de 2008**



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 ineficacia 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, respecto al hecho de nacer la obligación solo con las normativas reglamentarias, qué tal exigencia de la debida información, además de provenir de la satisfacción de la principalística, es decir, de las primeras manifestaciones sobre la buena fe, recientemente i desde 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 el proporcionar 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.

En cuanto al recurso de apelación presentado por Colpensiones en el sentido que el demandante aporte 20 años al RAIS contando con términos para volver al RPM y no lo hizo por lo que a esta altura ya no es viable volver para la cual invoca las Sentencias C – 1024 DE 2004, C - 789 DEL 2002, C - 596 DE 1997 SU 130 DEL 2013, SU 062 de 2010, es preciso inicialmente mirar que se considera en ellas:

Sentencia C – 1024 del 2004 al respecto considero:

“El derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites para hacer efectivo el derecho legal de traslado entre regímenes pensionales.”

En cuanto a la C- 789 DEL 2002 referido al tema expreso:

“La Corte reiteró que para que se consolide un derecho es necesario que antes de que opere el tránsito legislativo se reúnan todas las condiciones necesarias adquirirlo. En tal oportunidad sostuvo que “configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y

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).



definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona.” Aclarando posteriormente que “la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales.”

Al hacer el estudio de la sentencia C- 596 DE 1997 esta considero:

“La norma superior transcrita, en efecto, consagra el derecho irrenunciable a la seguridad social; pero los derechos que corresponden a esta categoría, como anteriormente se explicara, se adquieren en los términos que la ley señala, puesto que son derechos reconocidos por la doctrina internacional como derechos de segunda generación, o derechos-prestación.”

Sigue el mismo camino la SU 130 del 2013 al razonar:

“La corporación ha evolucionado en el sentido de sostener que el derecho a la seguridad social, dada su vinculación directa con el principio de dignidad humana, tiene en realidad el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos legales que le han dado desarrollo, y excepcionalmente, cuando la falta de ciertos contenidos afecta el mínimo de dignidad y calidad de vida del afectado.”

Finalmente, la sentencia SU 062 DEL 2010 expreso:

“Las personas que contaban con quince años de servicios cotizados para el 1 de abril de 1994 no pierden los beneficios del régimen de transición al escoger el régimen de ahorro individual o al trasladarse al mismo, lo que se traduce en que, una vez hecho el traslado al régimen de prima media, pueden adquirir su derecho pensional de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993.”

Sentencias que no inciden, afectan o atacan el resultado final de la examinación, en particular, las razones de la nulidad, cuestión ajena o diferente a lo ahí discutido.

En cuanto a que el traslado del demandante afecta el sistema de sostenibilidad financiero del sistema general de pensiones y que ponen en peligro el derecho a la seguridad social de sus afiliados, se tiene de la sentencia T- 489 de 2010 lo siguiente:

“...Pero especialmente se encuentra esta Sala de la Corte ante las serias motivaciones establecidas por la jurisprudencia constitucional (sentencias C-1024-04 y C-789-02), asentadas sobre la sólida base del inciso 7º del artículo 48 de la Carta Suprema donde se ordena al Estado “garantizar...la sostenibilidad financiera del sistema pensional...”. Motivaciones que se verían afectadas, si se concediera a la actora, contrariando elementales criterios de equidad, su traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS - al de Prima Media con Prestación Definida. En conclusión, por todas estas razones, de la mayor trascendencia constitucional, particularmente ante la necesidad de mantener, la equidad y la sostenibilidad financiera del sistema proclamada por la Corte Constitucional, esta Sala se abstendrá de conceder a la accionante los derechos invocados por ella en vía tutelar”



Pero como ya se dijo, la ineficacia del traslado decretada en nada promueve ni genera la desfinanciación del régimen de prima media o del sistema, toda vez el efecto de ese traslado es la devolución 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 dispuestas por la normativa para ello, situación que no se ha presentado.

Ahora, en cuanto a lo solicitado por Colpensiones: que los dineros sean devueltos conforme a estudio actuarial, cubrirse la prestación de modo integral para evitar el riesgo a la seguridad social; adicionar los numerales 3 y 4 de la sentencia en el sentido de determinar los valores a devolver, atendiendo lo contemplado en el artículo 283 del CGP, pidiendo entonces las condenas en concreto, para ello es preciso indicar que tal anhelo no viene acompañado ni precedido de ningún soporte dialógico jurídico y material, que permita considerarlo a esta altura del debate, al punto que se ofreció en el decurso total oposición a su procedencia.

Por último, en cuanto no ser condenada en costas por su actuar conforme a ley, es preciso indicar que el artículo el artículo 365 del C.G.P. 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 ello, analizado el caso que nos ocupa, es claro y evidente que Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, propuso excepciones, y además, presentó recurso de apelación, por lo que con tal oposición y vencimiento se dará paso al recurso impuesto.

Así las cosas, con los anteriores considerandos, queda superada la apelación de PROTECCION y apelación y consulta a favor de COLPENSIONES sobre la ineficacia del traslado y la devolución de rendimientos y gastos de administración 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.

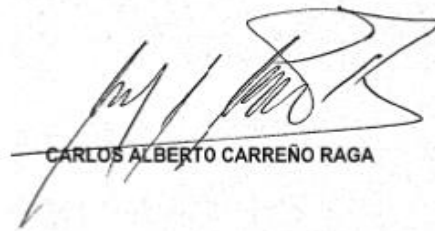
RESUELVE

1. Confirmar la Sentencia apelada y consultada.
2. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCION, favor de la demandante en suma de \$ 1.000.000. cada una de ellas a favor de la demandada.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA



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

Firma escaneada para el proceso judicial



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

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

JAIRO JIMENEZ SANCHEZ

vs

COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A.

Radicación 012-2021-379-01

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

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

cuanto 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



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.