



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso	Ordinario Laboral
Radicación	76001 31 05 008 2021 00617 01
Juzgado	Octavo Laboral del Circuito de Cali
Demandante	Senivans De Jesús Duncan Maestre
Demandados	Colpensiones Colfondos S.A.
Asunto:	Modifica sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional y reconocimiento pensión de vejez
Sentencia No.	370

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por el apoderado de Colpensiones contra la sentencia No. 069 emitida el 24 de marzo de 2022. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de dicha entidad.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda¹.

Pretende el demandante **i)** se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A. y válida la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones; en consecuencia, se ordene a **ii)** Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones lo acumulado en la CAI junto con los rendimientos y gastos de administración; **iii)** Colpensiones a

¹ 05DemandaPoder20210061700

activar la afiliación en el RPMPD y recibir los dineros de Colfondos S.A.; **iv)** Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez, de conformidad al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el pago de los intereses; **v)** los demás derechos que resulten probados de conformidad con las facultades ultra y extra petita.

2. Contestaciones de la demanda

El fondo de pensiones y la administradora del régimen público (Colfondos S.A. y Colpensiones), dieron contestación a la demanda², las cuales, no se estima necesario reproducir, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal (Art. 279 y 280 C.G.P.). El Ministerio Público no intervino en el asunto pese a la notificación del mismo³.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretada por la Juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que⁴: **i)**, DECLARÓ no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas; **ii)** DECLARÓ la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, por ende, siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones; **iii)**, CONDENÓ a la AFP a trasladar a Colpensiones, saldos obrantes en la cuenta individual del demandante, junto con sus rendimientos financieros.; **iv)**, CONDENÓ a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado a esta AFP, así mismo el bono pensional de haberse emitido y redimido por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; **v)** CONDENÓ a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión al actor conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, a partir del 4 de enero de 2021 en cuantía inicial de \$1.947.555, en razón de 13 mesadas al año. La pensión para el año 2022 asciende a \$2.057.008. El retroactivo causado entre el 4 de enero de 2021 y el 28 de febrero de 2022 asciende a la suma de \$29.172.561; **v)** AUTORIZÓ a Colpensiones a

² 10ContestacionColpensiones20210061700 y 11ContestacionColfondos20210061700

³ 07ConstanciaNotificacionDemandadas20210061700

⁴ 16AudioAudienciaVirtual20210061700 y 17ActaAudiencia20210061700

descontar de las mesadas ordinarias los aportes a salud; **vi)** CONDENÓ a Colpensiones a pagar los intereses moratorios desde que se realice el traslado de los dineros y hasta que se reconozca la prestación; **vii)** CONDENÓ en costas a Colfondos S.A., como agencias en derecho fijó la suma de \$2.000.000; **viii)** ABSOLVIÓ a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la AFP tiene la obligación de suministrar información clara, completa y comprensible a sus afiliados al momento de efectuarse el traslado, sin que en el asunto se acreditara el deber de información, resultando procedente la **ineficacia del traslado** en la afiliación al RAIS.

Por otro lado, indicó que de acuerdo al artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el actor cumplió con los requisitos para causar la **pensión de vejez**, debido a que llegó a la edad de 62 años en el año 2021, retirándose del sistema el 30 noviembre de 2020, data para la que acumuló 1513 semanas cotizadas, condiciones que avalan el derecho pensional pretendido a partir del 4 de enero de 2021. Así aplicada una tasa de reemplazo de 69,97% al IBL (\$2.783.415) de los últimos 10 años que resulta más favorable al actor, la mesada pensional para 2021, corresponde a \$1.947.555.

Impartió condena por **intereses moratorios** desde la data en que se trasladen efectivamente los dineros y hasta que se reconozca el derecho pensional. Autorizó a Colpensiones a descontar del retroactivo los **aportes en salud**. Encontró no acreditados los presupuestos de la excepción de **prescripción**.

4. La apelación.

Colpensiones⁵ se opone a la decisión pues a la presentación de la demanda el actor contaba con 63 años de edad, por lo que ya contaba con los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el RPM, de manera que la sentencia desconoce la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. Estima que el fondo de pensiones suministró la información de acuerdo a la norma vigente para el momento de la afiliación. Se trasgrede el principio de sostenibilidad financiera, máxime cuando el actor no es beneficiario del régimen de transición. Debió declararse probada la excepción de prescripción respecto

⁵ 16AudioAudienciaVirtual20210061700 minuto 30:16 a 33:54

del acto afiliación. El demandante se encuentra válidamente afiliado a Colfondos S.A., AFP que debe establecer la procedencia de la pensión de vejez.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

El apoderado de Porvenir S.A., previo traslado para alegatos de conclusión se pronunció en los términos visibles en el memorial "06AlePorvenir00820210061701"

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado a declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2 ¿Es acertado ordenar a Colfondos S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales, retorne los gastos de administración, debidamente indexados?

1.3. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

1.4. ¿Tiene derecho el demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003?

1.5. De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿operó la prescripción de las mesadas pensionales? y de ser así: ¿Procede la condena por retroactivo pensional?

1.6. ¿Es viable la condena por intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o de la indexación? ¿Es válido el descuento de aportes en salud?

2. Respuesta a los interrogantes.

2.1. ¿Fue acertado el declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

La respuesta al **primer** interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión de la *A quo* al declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP demostrar que la afiliación de la demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado, cuya consecuencia jurídica sería la nulidad del acto jurídico, por eso se respalda la decisión de la juez de primera instancia.

2.1.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de

2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que le asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente. Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de seguridad 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).

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, en dicha providencia se puntualizó: *“el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* y que el acto de traslado: *“debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que 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.

2.1.2. Caso concreto.

Se desprende de Colpensiones⁶, Colfondos S.A.⁷, de la Historia válida para Bono Pensional⁸, del formulario de afiliación⁹, que el demandante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPMPD, cotizó desde el 21 de enero de 1990 al 31 de agosto de 1994.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS: el accionante se trasladó a Colfondos S.A. desde el 1º de enero de 1995, fondo de pensiones en el que permanece a la fecha.

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, al demandante se le indicó que accedería a la pensión a una edad temprana, aunado a que los aportes estarían más seguros en la AFP.

Para la Sala, el fondo privado no demostró haber brindado, al demandante la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiario del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por el actor, en el que consta que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que, su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el accionante.

Por otro lado, en sentencia SL2877 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recalcó que la actuación viciada de traslado del RPM con prestación definida al RAIS, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen. Ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de

⁶ Archivo 10ContestacionColpensiones20210061700 página 670 a 673

⁷ Archivo 04Anexos20210061700 Páginas 6 a 13

⁸ Archivo 14ContestacionPorvenir Páginas 105 a 110

⁹ Archivo 11ContestacionColfondos20210061700 Página 30

cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Nótese, además, que el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Ello, por cuanto el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia (SL2208-2021).

Del argumento referente a que se exige una información que no estaba vigente para la data del traslado, deviene señalar que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información objetiva, comparada y transparente, 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 (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub lite*. Por lo tanto, dicho argumento se despachará de manera desfavorable.

Frente a este último tópico, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente fallo SL2937-2021 del 09 de junio de 2021, radicación No. 86029, coligió:

“1. ¿Corresponde al afiliado solicitar información acerca de las características de los regímenes pensionales?”

(...)

De esta manera, la Corte concluyó que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

En ese contexto, encuentra la Sala que el Tribunal incurrió en el yerro que le endilga la censura, toda vez que le impuso la carga de pedir asesoría, pese a que, se itera, desde la creación del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones se concibió en cabeza de las AFP el deber de ilustrar en forma

clara, precisa y oportuna a sus potenciales afiliados, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas”.

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no atenta con el principio de la sostenibilidad financiera y no le genera a Colpensiones ninguna carga económica imposible de soportar, toda vez que los recursos que debe reintegrar las AFP a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral del a Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia de los traslados, al no haberse demostrado que se suministró a la parte demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

2.2 ¿Es acertado ordenar a Colfondos S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional retorne los gastos de administración, debidamente indexados?

La respuesta es **positiva**. Colfondos S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales y sumas adicionales. Asimismo, los gastos de administración, primas por seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a cargo de su propio patrimonio y debidamente indexados.

2.2.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso

contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado. La viabilidad de trasladar dichos conceptos se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otras.

En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Porvenir S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que el fondo privado demandado, reintegre su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

La devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que la demandante estuvo vinculado a las mismas, se ajusta a derecho. En providencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, se concluyó que: *“...la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.** Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, **las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**”*. Por tal motivo, se confirmará el fallo de primer grado, en tal sentido.

De igual forma, es procedente ordenar el reintegro de los valores utilizados en **seguros previsionales**, tal como lo ha dispuesto en sede de instancia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientes providencias SL3202-2021 y SL3035-2021.

Asimismo, la jurisprudencia ha decantado que los anteriores conceptos deben ser devueltos de manera indexada. Al respecto, se señaló en sentencia SL3199-2021 lo siguiente:

“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene

efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

Así, se adicionará el numeral cuarto de la sentencia, en el sentido de ordenar la indexación de las sumas a retornar por la AFP, dado que la decisión se conoce en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones

Por último, de conformidad a las sentencias del año 2022 de la Sala Laboral de la corte Suprema de Justicia SL843, SL755 y SL756, se tiene que fue acertada la orden de devolución de los rubros pormenorizando los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

2.3. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

La respuesta a este interrogante es **negativa**. Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras, sostiene que la **prescripción** no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Lo anterior, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado.

2.4. ¿Tiene derecho el demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003?

La respuesta a este interrogante es **positiva**. Luego de declararse la ineficacia del traslado, es viable que el juez de instancia, al constatar el cumplimiento de los requisitos mínimos proceda a otorgar la pensión de vejez por acreditarse los requisitos establecidos en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

2.4.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

Declarada la ineficacia de traslado y demostrados los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, esto es, de 62 años de edad en el caso de los hombres, que, en el caso del demandante, se acreditó con copia de la cedula de ciudadanía, pues nació el 4 de enero de 1959¹⁰, y cuenta con más de 1300 semanas de cotización al sistema. Así al advertirse que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES acumuló **240,57** semanas de cotización, entre el 21 de enero de 1990 y el 31 de agosto de 1994¹¹ y a Colfondos S.A., acorde con la historia laboral, acopió **1273**¹² semanas desde enero de 1995 y noviembre de 2021, sumados reflejan un total de **1.513,57**, por tanto, le correspondía a la juzgadora de primera instancia, como lo hizo, garantizar la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 CN) y ordenar el reconocimiento de la prestación.

Sin embargo, no era posible liquidar la prestación pensional, pues no se allegó ni por el extremo demandante ni por Colfondos S.A. historia laboral en el que se registre con detalle los períodos cotizados, que permita determinar si las cotizaciones corresponden a ciclos completos de 30 días o a ciclos inferiores. De manera que no es posible para la Sala suponer dichas circunstancias. Es de resaltar que a efecto de evidenciar si existía otro medio de prueba que por error no se hubiere incorporado al asunto, se requirió al Juzgado de primer grado para que lo allegara, empero, se informó¹³ que la liquidación efectuada se realizó teniendo en cuenta la historia laboral visible en el Archivo 04Anexos20210061700 Páginas 6 a 13, que contiene la siguiente información.

Colfondos Pensiones y Cesantías	201808	900425410	Tci Redes Electricas y De Comunicaciones S.a.s	4,236.000	487.092
Colfondos Pensiones y Cesantías	201809	900425410	Tci Redes Electricas y De Comunicaciones S.a.s	4,236.000	487.171
Colfondos Pensiones y Cesantías	201810	900425410	Tci Redes Electricas y De Comunicaciones S.a.s	2,100.000	241.500
Colfondos Pensiones y Cesantías	201811	900425410	Tci Redes Electricas y De Comunicaciones S.a.s	2,100.000	241.421
Colfondos Pensiones y Cesantías	201906	900425410	Tci Redes Electricas y De Comunicaciones S.a.s	70.000	7.971
Colfondos Pensiones y Cesantías	201907	900425410	Tci Redes Electricas y De Comunicaciones S.a.s	358.851	41.255
Colfondos Pensiones y Cesantías	201908	900425410	Tci Redes Electricas y De Comunicaciones S.a.s	828.116	95.155
Colfondos Pensiones y Cesantías	201909	900425410	Tci Redes Electricas y De Comunicaciones S.a.s	828.116	95.155
Colfondos Pensiones y Cesantías	201910	900425410	Tci Redes Electricas y De Comunicaciones S.a.s	828.116	95.155
Colfondos Pensiones y Cesantías	201911	900425410	Tci Redes Electricas y De Comunicaciones S.a.s	828.116	95.155
Colfondos Pensiones y Cesantías	201912	900425410	Tci Redes Electricas y De Comunicaciones S.a.s	828.116	95.155
Colfondos Pensiones y Cesantías	202001	900425410	Tci Redes Electricas y De Comunicaciones S.a.s	877.803	100.989
Colfondos Pensiones y Cesantías	202002	900425410	Tci Redes Electricas y De Comunicaciones S.a.s	877.803	100.989

Bajo ese horizonte, una vez se realice el traslado de los valores ordenados, Colpensiones deberá realizar los trámites administrativos tendientes a la liquidación, reconocimiento y pago del derecho pensional, de conformidad al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta para el efecto la

¹⁰ 04Anexos20210061700 página 1

¹¹ Archivo 10ContestacionColpensiones20210061700 página 670 a 673

¹² Archivo 04Anexos20210061700 Páginas 6 a 13

¹³ Cuaderno Tribunal, 04Liquidacion00820210061701

totalidad de semanas cotizadas por el demandante. La prestación deberá reconocerse en razón de trece mesadas al año a partir de la última cotización, debiendo indexar el retroactivo si hay lugar a éste.

Conforme a lo anterior se modificará el numeral QUINTO, y se revocarán los ordinales SEXTO y SÉPTIMO de la sentencia en atención a que la liquidación pensional se sujeta a la historia laboral y a la totalidad de las semanas cotizadas.

3. Costas.

Costas a cargo de Colpensiones y a favor de la parte actora, al no resultar procedente la apelación interpuesta.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL QUINTO de la sentencia apelada y consultada en el sentido de condenar a la Administradora Colombiana De Pensiones –Colpensiones- a realizar los trámites administrativos tendientes a la liquidación, reconocimiento y pago del derecho pensional, de conformidad al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta para el efecto la totalidad de semanas cotizadas por el demandante y a razón de trece mesadas al año, debiendo indexar el retroactivo si hay lugar a éste.

SEGUNDO: REVOCAR los ordinales SEXTO y SÉPTIMO de la sentencia de primera instancia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo restante la providencia objeto de apelación y consulta.

CUARTO: Costas a cargo de Colpensiones y a favor de la parte actora. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de un salario mínimo mensual vigente.

QUINTO: Notifíquese esta decisión por edicto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Acto Judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Valle
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL

Firma digitalizada para
Acto Judicial

Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

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

Magistrado ponente:

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me permito apartarme y hacer salvamento parcial de voto a la presente sentencia por los motivos que me permito exponer a continuación.

No resulta procedente el estudio del grado de CONSULTA de la sentencia por cuanto COLPENSIONES presentó recurso de apelación, 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. 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 jurídico^[1]. “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”^[2].

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 fin^[3]. 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.”^[4].

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 competencia^[5]. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo^[6], 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”^[7].

Así también se ha manifestado en aclaraciones de voto en providencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia **SL 3202-2021, SL 3047-2021, SL 3199 –2021 y SL 3049-2021**^[8]:

“CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada ponente
ACLARACIÓN DE VOTO
Recurso Extraordinario de Casación
Radicación n.º 87999
Acta 25

Referencia: Demanda promovida por **EDUARDO VICARIA GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en este especial asunto, me permito hacer aclaración de voto, pues si bien comparto la decisión que finalmente se adoptó en el *sub iudice*, que dispuso casar el fallo absolutorio de segundo nivel, respecto de los argumentos esbozados en sede de instancia, relacionados con el grado jurisdiccional de consulta que se indica se surte a favor de Colpensiones, me permito aclarar lo siguiente:

En la referida providencia se sostuvo que se procedería a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones «*en lo no apelado*».

Sobre el particular, debo señalar que aun cuando esta la Sala de manera mayoritaria, ha venido sosteniendo que la sentencia condenatoria contra entidades territoriales, y aquellas donde el Estado es garante, debe ser consultada independientemente de si es apelada o no por esta, lo que obliga al juez de segundo grado, en razón de ese grado jurisdiccional, a pronunciarse respecto de aquellos puntos que no fueron apelados, en mi prudente juicio ello no es así, como se pasa a explicar.

El recurso de apelación hace parte del principio de la doble instancia y del derecho de defensa, teniendo como objeto defender una postura, refutar y contradecir los argumentos de la providencia, haciendo ver de manera lógica y jurídica aquellos aspectos de la sentencia que se consideran son contrarios a nuestro ordenamiento constitucional, legal o la jurisprudencia y lesivos a los intereses de la parte que se representa, buscando que el superior la revoque o modifique, correspondiendo al apelante definir el alcance de la alzada, que en últimas limitan la competencia del superior, excepto cuando estén de por medio beneficios mínimos irrenunciables del trabajador.

La reforma introducida por la Ley 1149/07, en su artículo 14, amplió el campo de aplicación de la consulta frente a entidades donde el Estado sea garante, cuyo objetivo es que, ese grado jurisdiccional se surta siempre y cuando no sea apelada, como expresamente lo establece en el inciso segundo, al indicar que las decisiones de primera instancia «**serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueron apeladas**», y aun cuando este párrafo se refiere al trabajador, afiliado o beneficiario, no puede mirarse aisladamente el tercer inciso en donde se consagra la consulta para entidades del orden territorial y aquellas donde el Estado sea garante, para concluir que, como allí no se limitó de manera expresa la procedencia de esta, opera con independencia de que sea apelada o no por la parte a la que le fue adversa, puesto que el fin último de la disposición es que esos fallos tengan una revisión por parte del Tribunal cuando no sean apelados, para evitar sentencias que puedan afectar los derechos de los trabajadores o el patrimonio público.

Así las cosas, cuando la entidad accionada, en este caso Colpensiones, presenta recurso de apelación respecto de algunos puntos de la sentencia y frente a otros no, quiere decir que está conforme con lo allí decidido en cuanto a estos, en cuyo caso, el juez colegiado no tendría facultad para pronunciarse en lo atinente a la decisión del juzgado que no fue objeto de apelación, por mandato expreso del artículo 66 A adicionado por el artículo 35 de la Ley 712/01, que preceptúa: «**Principio de consonancia. La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto de recurso de apelación**», (Negrillas fuera de texto).

Y no puede ser de otra manera porque si la razón de ser de ese grado jurisdiccional de consulta es dar origen a una segunda instancia y obtener una revisión oficiosa del fallo, ese objetivo se consuma a cabalidad con la interposición del recurso de alzada. Una interpretación contraria, no solo quebranta la norma antes mencionada, sino que también crea una desigualdad respecto del trabajador, afiliado o beneficiario, parte débil del litigio, frente a quien solo opera la consulta cuando la providencia que le es desfavorable, no es apelada, más no, cuando, se hace uso del recurso de alzada de manera parcial, evento en el cual el juez colegiado no se ocupa oficiosamente de estudiar

aquellos puntos que no fueron objeto de apelación. En los anteriores términos dejo aclarado mi voto. **GERARDO BOTERO ZULUAGA**
Magistrado”

^[1] Sentencia T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería

^[2] Ibidem.

^[3] Sentencia SU-962 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y T-842 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

^[4] Sentencia T-364 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto

^[5] Sentencia C-968 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

^[6] 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.

^[7] Sentencia T-389 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto y T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería.

El magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA