



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintitrés (23) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Clase de proceso	Ordinario Laboral
Radicación	76001 31 05 008 2021 00279 01
Juzgado	Octavo Laboral del Circuito de Cali
Demandante	Jorge Olimpo Osorio Betancourt
Demandados	Colpensiones Porvenir S.A.
Interviniente	Ministerio Público
Asunto	Modifica sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional y reconocimiento pensión de vejez
Sentencia No.	006

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A. contra la sentencia No. 253 emitida el 23 de septiembre de 2021. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda¹.

Pretende el demandante **i)** se declare la ineficacia del traslado del RPMPD con destino a la AFP Porvenir S.A. ante la ausencia de información, en consecuencia, se ORDENE **i)** el retorno a Colpensiones; **ii)** a Porvenir S.A. una vez ejecutoriada la sentencia traslade los aportes junto a sus rendimientos a la administradora del régimen público; **iii)** se CONDENE a Colpensiones a reconocer y pagar a la pensión de vejez a partir del 31 de

¹ 06DemandaPoder20210027900 páginas 1 a 24 y 08SubsanacionDemanda20210027900 páginas 2 a 6

enero de 2021, junto al retroactivo pensional, los intereses moratorios, la indexación; **iv)** los demás derechos de conformidad con las facultades ultra y extra petita; **v)** las costas y agencias en derecho.

2. Contestaciones de la demanda

2.1. Colpensiones, Porvenir S.A. y Ministerio Público

Dentro del término legal las demandadas dieron contestación², escritos que no se estima necesario reproducir, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal (Art. 279 y 280 C.G.P.), Pese a la notificación el Ministerio Público no presentó intervención³.

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 del RAIS al RPMPD, de manera que el actor deberá ser admitido en Colpensiones, conservando todos los beneficios que pudo llegar a tener en caso de no haber efectuado el traslado; **iii)** ORDENÓ a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores recibidos como cotizaciones íntegras, rendimientos, bono pensional de haberse redimido por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina De Bonos Pensionales, así como los gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio; **iv)** CONDENÓ a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, a partir del 1º de junio de 2021 en cuantía inicial de \$1.961.205, por 13 mesadas al año. El retroactivo causado entre el 1º de junio y el 31 de agosto de 2021 asciende a la suma de \$5.883.615; **v)** AUTORIZÓ a la administradora de pensiones a realizar los descuentos en salud; **vi)** CONDENÓ a la entidad del RPM a reconocer y pagar los intereses moratorios, luego del retorno efectivo de los dineros ordenados y hasta que se reconozca el derecho pensional; **vii)** CONDENÓ a Porvenir S.A. en costas, fijó como agencias en derecho la suma de \$4.000.000 a favor de demandante; **viii)** absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones.

² Archivo 13ConstanciaConstestacionPorvenir20210027900 páginas 2 a 24 y 17ContestacionAnexosColpensiones 20210027900 páginas 2 a 13

³ Archivo 14NotificaAutoAdmisorio20210027900 página 3

⁴ Archivos 26AudioAudienciaVirtual20210027900 y 27ActaAudiencia20210027900

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 de mayo de 2021, data para la que acumuló 1620 semanas cotizadas, condiciones que avalan el derecho pensional pretendido a partir del 1º de junio de 2021. Así, aplicada una tasa de reemplazo de 73,02% al IBL (\$2.685.846) de los últimos 10 años la mesada pensional para 2021 corresponde a \$1.961.205.

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. Las apelaciones.

4.1. Colpensiones⁵

Se opone a la sentencia debido a que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003. La entidad administra dineros públicos, así que reconocer la prestación sin que exista certeza del derecho en cabeza del beneficiario de la misma puede conllevar a cometer un delito.

4.2. Porvenir S.A.⁶

i) No se demostró la existencia de los vicios del consentimiento alegados en la demanda, por ende las pretensiones no están llamadas a prosperar, ante la ausencia de pruebas; **ii)** del formulario de afiliación se desprende que la AFP cumplió con el deber de información; **iii)** el demandante no ejerció el derecho de retracto ni manifestó la voluntad de retornar al RPM antes de encontrarse inmerso dentro de la prohibición legal; **iv)** el

⁵ Archivo 26AudioAudienciaVirtual20210027900 minuto 41:38 a 43: 38

⁶ Archivo 26AudioAudienciaVirtual20210027900 minuto 43:55 a 46: 5

deber de información solo surgió a partir del año 2014; **vi)** la demanda no busca resarcir la falta de información, lo que persigue es mesada pensional mayor; **v)** retrotraer las cosas al estado anterior conlleva a que los rendimientos financieros compensen los descuentos por gastos de administración, pues el actuar de la AFP se encuentran enmarcados en la Ley; **vi)** se debe revocar la condena en costas y agencias en derecho bajo los argumentos expuestos en la apelación.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión se pronunciaron en la forma visible en los memoriales “07AlePorvenir00820210027901” y “08AleDtePoder00820210027901”.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado 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 Porvenir 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 de intereses moratorios?

1.7. ¿Es válido el descuento de aportes en salud?

1.8. ¿Es procedente imponer costas de primera instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A.?

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 del *A quo* al declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP demostrar que la afiliación del 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 del 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 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.

2.1.2. Caso concreto.

Se desprende de la historia laboral de Colpensiones⁷, Porvenir S.A.⁸, de la Historia válida para Bono Pensional⁹, el formulario de afiliación¹⁰, certificado expedido por Porvenir S.A.¹¹, 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 través del otrora ISS desde el 21 de agosto de 1980 hasta el 31 de mayo de 1994.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS: el accionante se trasladó desde el 1º de junio de 1994, por medio de la AFP Porvenir S.A., en el que permanece a la fecha.

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, no estuvo precedido de información veraz como quiera que el promotor de la AFP le manifestó que la mesada pensional sería superior, sin que se elaborara una proyección con la cual se corroborara, aunad a que no cumplió con la obligación de informar acerca de la posibilidad de retornar al RPM ates de encontrarse inmerso en la prohibición legal.

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

⁷ Archivo 17ContestacionAnexosColpensiones20210027900 páginas 223 a 227

⁸ Archivo 13ConstanciaConstestacionPorvenir20210027900 Páginas 75 a 85

⁹ Archivo 13ConstanciaConstestacionPorvenir20210027900 Páginas 71 y 72

¹⁰ Archivo 13ConstanciaConstestacionPorvenir20210027900 Página 74

¹¹ Archivo 13ConstanciaConstestacionPorvenir20210027900 Página 73

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 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 Porvenir 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**. Porvenir 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 es menester adicionar en proveído ordenando 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 la 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 31 de enero de 1959¹², 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 **627** semanas de cotización, entre el 21 de agosto de 1980 y el 31 de mayo de 1994¹³ y a Porvenir S.A., acorde con la historia laboral, acopió **992,7**¹⁴ semanas desde el 1º de agosto de 1999 y el 31 de diciembre de 2020, sumados reflejan un total de **1619,7**, , por tanto, 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.

Ahora bien, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala se encuentra habilitada para revisar los parámetros considerados y definidos por el juzgado de instancia, con base en los cuales condenó a dicha entidad al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de vejez a favor del señor Osorio Betancourt.

En esa medida, el fallador de primera instancia estimó que el actor acreditó **1.619,7** semanas cotizadas, lo cual resulta correcto, pues aun cuando la historia laboral de Porvenir S.A. actualizada a 17 de julio de 2021¹⁵ solo integra 532 semanas en el RPM, la historia laboral aportada por Colpensiones permite establecer con certeza que las semanas cotizadas al otrora ISS fueron **627** semanas¹⁶.

¹² Archivo 05Anexos20210027900 página 1

¹³ Archivo 17ContestacionAnexosColpensiones20210027900 páginas 223 a 227

¹⁴ Archivo 13ConstanciaConstestacionPorvenir20210027900 Páginas 75 a 85

¹⁵ Archivo 13ConstanciaConstestacionPorvenir20210027900 Páginas 75 a 85

¹⁶ Archivo 17ContestacionAnexosColpensiones20210027900 páginas 223 a 227

2019	07	01	2019	07	31	30	\$2.935.006,00	105,48	100,00	\$ 3.095.844,33	\$25.798,70
2019	08	01	2019	08	31	30	\$2.935.005,00	105,48	100,00	\$ 3.095.843,27	\$25.798,69
2019	09	01	2019	09	30	30	\$2.935.001,00	105,48	100,00	\$ 3.095.839,05	\$25.798,66
2019	10	01	2019	10	31	30	\$2.935.000,00	105,48	100,00	\$ 3.095.838,00	\$25.798,65
2019	11	01	2019	11	30	30	\$2.934.999,00	105,48	100,00	\$ 3.095.836,95	\$25.798,64
2019	12	01	2019	12	31	30	\$3.032.833,00	105,48	100,00	\$ 3.199.032,25	\$26.658,60
2020	01	01	2020	01	31	30	\$2.935.000,00	105,48	103,80	\$ 2.982.502,89	\$24.854,19
2020	02	01	2020	02	28	30	\$3.317.666,00	105,48	103,80	\$ 3.371.362,33	\$28.094,69
2020	03	01	2020	03	31	30	\$3.286.122,00	105,48	103,80	\$ 3.339.307,79	\$27.827,56
2020	04	01	2020	04	30	30	\$3.187.378,00	105,48	103,80	\$ 3.238.965,62	\$26.991,38
2020	05	01	2020	05	31	30	\$3.162.110,00	105,48	103,80	\$ 3.213.288,66	\$26.777,41
2020	06	01	2020	07	31	60	\$3.140.000,00	105,48	103,80	\$ 3.190.820,81	\$53.180,35
2020	08	01	2020	08	31	30	\$3.140.001,00	105,48	103,80	\$ 3.190.821,83	\$26.590,18
2020	09	01	2020	09	30	30	\$3.140.000,00	105,48	103,80	\$ 3.190.820,81	\$26.590,17
2020	10	01	2020	10	31	30	\$2.860.888,00	105,48	103,80	\$ 2.907.191,39	\$24.226,59
2020	11	01	2020	12	31	60	\$3.140.000,00	105,48	103,80	\$ 3.190.820,81	\$53.180,35
2021	01	01	2021	01	31	30	\$3.189.062,00	105,48	105,48	\$ 3.189.062,00	\$26.575,52
2021	02	01	2021	02	28	30	\$3.393.969,00	105,48	105,48	\$ 3.393.969,00	\$28.283,08
2021	03	01	2021	03	31	30	\$3.266.000,00	105,48	105,48	\$ 3.266.000,00	\$27.216,67
2021	04	01	2021	04	30	30	\$1.524.135,00	105,48	105,48	\$ 1.524.135,00	\$12.701,13
2021	05	01	2021	05	31	30	\$3.265.999,00	105,48	105,48	\$ 3.265.999,00	\$27.216,66

Total Días	3600
# Semanas	514,29

(Sumatoria de Promedios)	\$2.685.885,20
*IBL a fecha de la última cotización	

2021	CÁLCULO TASA DE REEMPLAZO Y MESADA PENSIONAL INICIAL CON LA LEY 797 DE 2003 (Desde el año 2004 en adelante)					
*IBL	*SMLV	S * 0,5	# semanas	% adic.	% Tasa Reemp	Mesada Pensional Inicial
\$2.685.885,20	908526	1,478	1.619,7	9	73,2%	\$1.961.205

Consecuente con lo anterior, es claro que la mesada pensional liquidada por la Juez de primer grado es igual a la establecida en esta instancia por lo que no se modificará su cuantía. La causación del derecho pensional lo es a partir del 1º de junio de 2021, día siguiente a la última cotización.

Frente al número de mesadas pensionales, el inciso 8.º del artículo 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que “*las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año*», salvo que «*perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año*”, conforme lo dispuso el parágrafo 6.º de la misma normativa.

Así las cosas, a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, la mesada adicional de junio fue derogada, salvo para los pensionados por vejez, invalidez y sobrevivientes que perciban pensión igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales y **cuya prestación se haya causado antes del 31 de julio de 2011, quienes mantendrán el derecho a catorce mesadas.**

En tal sentido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL2054-2019 señaló:

“(...) Del anterior recuento se concluye que: (i) en virtud de la sentencia CC C-409-1994, la mesada adicional de junio de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 se aplica a todos los pensionados sin excepción; (ii) a partir de la vigencia del Acto legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), dicha prerrogativa fue derogada, salvo para quienes recibieran pensiones iguales o inferiores a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y (iii) tal beneficio se extinguió definitivamente a partir del 31 de julio de 2011 por virtud de la citada norma suprallegal, es decir, las pensiones causadas con posterioridad a tal fecha no pueden ser reconocidas en 14 mesadas al año.”

Premisas normativas y jurisprudenciales que, al aterrizarlas al caso, permite dilucidar que el actor alcanzó la edad necesaria para acceder a la pensión de vejez 31 de enero de 2021, es decir, en calenda posterior a al **31 de julio de 2011, por lo cual, no quedó amparado** por los beneficios contenidos en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en armonía con la sentencia de la Corte Constitucional C-409-1994. Confirmándose entonces las 13 mesadas anuales en favor del actor.

“(...) Del anterior recuento se concluye que: (i) en virtud de la sentencia CC C-409-1994, la mesada adicional de junio de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 se aplica a todos los pensionados sin excepción; (ii) a partir de la vigencia del Acto legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), dicha prerrogativa fue derogada, salvo para quienes recibieran pensiones iguales o inferiores a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y (iii) tal beneficio se extinguió definitivamente a partir del 31 de julio de 2011 por virtud de la citada norma suprallegal, es decir, las pensiones causadas con posterioridad a tal fecha no pueden ser reconocidas en 14 mesadas al año.”

2.5. Procedencia del retroactivo pensional. Excepción de prescripción

Procede el reconocimiento y pago del retroactivo pensional, y para ello, debe tener en cuenta la prescripción causada sobre las mesadas pensionales. El demandante tiene derecho al retroactivo de las mesadas pensionales causadas desde el **1º de junio de 2021**, sin que estas fueran afectadas con el fenómeno prescriptivo.

Al punto, los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y S.S., establecen un término trienal de prescripción de los derechos y las acciones que emanen de leyes sociales, el cual se cuenta desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. Este es susceptible de interrupción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.

No obstante, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia nacional, la pensión es un derecho

imprescriptible. Lo que se afecta con este fenómeno son las mesadas y/o diferencias causadas en favor del pensionado (CSJ SL4345 del 17 de agosto de 2021, Radicación No. 79480).

En este caso, la demanda se presentó el 26 de mayo de 2021¹⁷, de modo que no operó el fenómeno de la prescripción para las mesadas pensionales causadas desde el 1º de junio de 2021. Por tanto, el retroactivo pensional al 30 de septiembre de 2023 corresponde a **\$61.746.367**.

Fecha Inicial	Fecha Final	Valor Mesada	Mesadas	Total
01/06/2021	12/12/2021	\$1.961.205	7	\$13.728.435
1/01/2022	12/12/2022	\$2.071.474,72	13	\$26.929.171,36
1/01/2023	30/09/2023	\$2.343.195,64	9	\$21.088.760,76
				\$61.746.367

2.6. Intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993

Los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 propenden proteger al beneficiario con derecho a la pensión cuando se presente un retardo injustificado en el reconocimiento y pago de la prestación. De estos se predica una naturaleza resarcitoria y no sancionatoria. Por ende, deben ser impuestos con independencia de la buena o mala fe en el comportamiento en que haya incurrido el deudor. Lo anterior, siempre que se demuestre el retardo injustificado en el pago de la prestación pensional, pues se trata de aminorar los efectos adversos que éste produce al acreedor¹⁸.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia SU – 065 de 2018, sostuvo que las administradoras pensionales están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, con independencia que su derecho se reconozca con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que, no en todos los casos es imperativo condenar a los intereses moratorios, razón por la cual, ha definido una serie de circunstancias excepcionales y específicas en los que se exonera de su pago. Entre ellas, se encuentran: **i)** Cuando la negativa de las entidades para

¹⁷Archivo 03ActaReparto20210027900

¹⁸CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 42783 que reiteró lo dicho en sentencia CSJ, 23 sep. 2002, rad. 18512.

reconocer las prestaciones a su cargo, tiene respaldo en las normas que en un comienzo regulaban la situación o su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces (CSJ SL 704-2013); **ii)** Se otorga una prestación pensional en aplicación de un cambio de criterio jurisprudencial¹⁹; **iii)** cuando existe incertidumbre respecto de los beneficiarios o titulares del derecho pensional; **iv)** cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer la pensión tienen plena justificación porque encuentran respaldo normativo; **v)** cuando se reconoce por inaplicación del principio de fidelidad; **vi)** cuando el pago de las mesadas pensionales no superó el término de gracia que la ley concede a la entidad que deba conceder la prestación pensional y **vii)** cuando la prestación se reconoce bajo el principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL5079-2018).

Se precisa que, los intereses moratorios proceden a partir del día siguiente al vencimiento de los cuatro (4) meses que confiere la ley para resolver la solicitud. Ello, en aplicación de los artículos 19 del Decreto 656 de 1994 y 9° de la Ley 797 de 2003. En el mismo sentido en fallos CSJ SL4985-2017 y SL1225-2021.

En el asunto bajo revisión, se tiene que la falladora de primer grado dispuso el pago de los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales desde que se hiciera efectivo el traslado y hasta el reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, sin embargo, se revocará tal determinación pues lo procedente en el asunto es la indexación, así lo dispuso la Corte Suprema de Justicia en un asunto de contornos similares al aquí estudiado en SL 878 de 2023²⁰.

En este sentido se debe precisar que la indexación del retroactivo pensional es un instrumento objetivo, que procede en todos aquellos eventos en que se desmejore el valor de la acreencia adeudada, debido a la ocurrencia simultánea del paso del tiempo y los efectos de la economía inflacionaria (CSJ sentencia del 14 de agosto de 2007, radicación 29982 y sentencia C-892 de 2009).

En sentencia SL4684 de 2021, dicha Corporación expresó que *“la indexación se refiere a la simple actualización del dinero para subsanar su devaluación ocurrida por el paso del tiempo”*. También en la sentencia SL359 de 2021 enunció que, *“la indexación no aumenta o incrementa las condenas, sino, más bien, garantiza el pago completo e íntegro de la obligación.*

¹⁹ CSJ SL 787-2013, rad. 43602, reiterada en la sentencia CSJ SL2941-2016

²⁰ *“No se accederá a los intereses moratorios, toda vez que no puede predicarse una mora de Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, en tanto la obligación que se le impone surge con ocasión de esta sentencia, en virtud del criterio jurisprudencial creado por esta Corte (CSJ SL1689-2019).”*

Sin la indexación, las condenas serían deficitarias y el deudor recibiría un menor valor del que en realidad se le adeuda, premisa que tiende a agudizarse en tiempos de crisis y congestión judicial”, procurando así por los principios de equidad e integralidad del pago, impidiendo que los créditos dinerarios pierdan poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario.

Ahora en lo que atañe a la forma de dar aplicación a la fórmula indicada por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL1555 de 2022, la plantea de la siguiente manera: $VA = VH \times IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial}$, acorde con la cual el valor actualizado (VA), sería igual al valor histórico (VH), multiplicado por IPC FINAL dividido por el IPC INICIAL, donde el IPC FINAL es el vigente a la fecha de causación del derecho, y el IPC INICIAL el que se encontraba en rigor en la respectiva vigencia del ingreso considerado para la liquidación.

2.7. Descuentos aportes en salud

Sobre este tópico, es de resaltar que dicha retención constituye una condición esencial, necesaria e ineludible al reconocimiento de la pensión, que opera por virtud de la ley (artículo 143 de la Ley 100 de 1993) y que se encuentra relacionada con los principios que irradian al sistema general de seguridad social, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia 47528 del 6 de marzo de 2013, así como la H. Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015.

Adicionalmente, numeral 1º del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, dispone:

“Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes en capacidad de pago (...)”

Luego, el artículo 203 de la Ley 100 de 1993 establece que las personas a las que se refiere el artículo en cita son afiliados obligatorios del régimen contributivo, por tanto, deben cumplir con las obligaciones contempladas en el artículo 160 del mismo texto normativo, entre ellas el pago de las correspondientes cotizaciones, así que acertada fue la decisión de primer grado en este aspecto.

2.8. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a Porvenir S.A.?

La respuesta es **positiva**. En lo que atañe a la condena en costas de primera instancia frente a Porvenir S.A. es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición

está atada a las resultas del proceso, puesto que en ese escenario se define cuál extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes. El actuar precedido de la buena fe y la conducta procesal de la demandada, no sirve de fundamento para exonerar de las costas a la parte vencida, pues la fijación de las costas está sustentada en criterios legales y objetivos (CSJ SL8771-2015) Por lo tanto, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por la *a quo* a la entidad demandada.

3. Costas.

Costas a cargo de Porvenir S.A. y 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,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia de primera instancia para ordenar a Porvenir S.A. reintegrar a Colpensiones los valores por concepto de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, **debidamente indexados**, a costa de sus propios recursos y por el tiempo en que permaneció afiliado el demandante, además de pormenorizar cada uno de los valores a reintegrar a la administradora del RPM, incluyendo los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL CUARTO de la sentencia apelada y consultada en el sentido de condenar a Colpensiones a reconocer y pagar el retroactivo pensional entre el 1º de junio de 2021 y el 30 de septiembre de 2023, el cual corresponde a \$61.746.367, sin perjuicio del que se cause con posterioridad. La mesada pensional a partir del 1º de octubre de 2023 corresponde a \$2.343.195,64.

TERCERO: REVOCAR el numeral **CUARTO** para en su lugar condenar a Colpensiones a cancelar debidamente indexado el retroactivo pensional.

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

QUINTO: Costas a cargo de Porvenir S.A. y 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.

SEXTO: 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 HERNAN BASTIDAS VILLOTA

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

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 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 judice*, 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 consume 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