



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI-SALA LABORAL
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
MAGISTRADA PONENTE**

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JESÚS HERNANDO ÁVILA RODRÍGUEZ** en contra de la **ADMINSITRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

EXP. 76001-31-05-004-2021-00389-01

Santiago de Cali, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA, CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA y en calidad de Magistrada Ponente YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO, atendiendo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuesto por Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, en contra de la sentencia n° 77 de 7 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n.º 135

I. ANTECEDENTES

El señor Jesús Hernando Ávila Rodríguez presentó demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A., con el fin que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por él, desde el régimen de prima media a los regímenes de ahorro individual con solidaridad administrado por las demandadas.

En consecuencia, se ordene su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones, y; se imponga a Porvenir S.A. y Protección S.A., la obligación de trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas y seguros provisionales con sus correspondientes rendimientos o rentabilidad, los bonos pensionales, los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, saldos de cuentas voluntarias si las hubiere.

De igual forma, solicitó que el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1 de agosto de 2021, junto con los reajustes, las mesadas adicionales, los intereses moratorios, y las costas del proceso.

Presentó como pretensiones subsidiarias que las demandadas le indemnizaran por los perjuicios sufridos debidamente indexado con ocasión de su irregular vinculación al RAIS, correspondiendo en la diferencia entre la mesada pensional que fuere reconocida por Porvenir S.A. la que le habría sido reconocida en el RPMPD.

Como sustento de sus pretensiones, adujo que estuvo vinculado con el otrora ISS hoy Colpensiones entre los años de 1979 y 1999,

fecha en la que inicialmente se trasladó a Porvenir S.A., posteriormente se cambió a Protección S.A. en el año 2003, para finalmente regresar el año 2004 a Porvenir S.A. con la cual se encuentra actualmente vinculado.

Afirmó que, las AFP demandadas al momento de la firma del formulario de traslado referido no le suministró información clara, completa y comprensible, sobre las implicaciones de un traslado de régimen pensional; y mucho menos, le presentó proyecciones pensionales en las diferentes modalidades, por ende, se vulneró su derecho a la escogencia de manera libre y voluntaria del fondo de pensiones.

Exhibió que, para el 30 de julio y 2 de agosto de 2021, le solicitó a Protección S.A. y Porvenir S.A., que declararan la ineficacia de la afiliación, de lo cual la primera en mención despachó desfavorablemente, mientras que la segunda ha guardado silencio.

De igual forma, expuso que para el 30 de julio y 2 de agosto de 2021 presentó solicitudes de afiliación y reconocimiento de pensión de vejez ante Colpensiones, requerimientos que fueron rechazados mediante Oficio 2021_8748430-27864232 y BZ2021_8681570-1834597, bajo el argumento que no era procedente por cuanto la información consultada indicó que se encuentra a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse y que de acuerdo con la información consultada indica que no se encontraba afiliado a Colpensiones y no era procedente estudiar reconocimiento de la prestación solicitada.

Mediante auto interlocutorio No. 1677 del 30 de septiembre de 2021, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali admitió la demanda en contra de Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.

II. CONTESTACIÓN DEMANDA

COLPENSIONES, en su pronunciamiento contrapuso cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que Porvenir S.A. siempre suministra toda la información completa y necesaria para sus clientes potenciales, con el fin que estos conozcan los productos y servicios prestados, sin que se le engañe, omita información o viole la Ley.

En el mismo sentido resaltó que ha operado el fenómeno de la prescripción de la acción, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición que trata la Ley 797 de 2003, por encontrarse a menos de 10 años para el reconocimiento de la pensión de vejez, además que aquel estuvo por más de 20 años afiliado a diferentes AFP sin que presentara inconformidad.

De lo expuesto, propuso como exceptivas de mérito la falta de legitimación en la causa; inexistencia de la obligación; ausencia de vicios en el consentimiento del traslado; buena fe de la demandada; prescripción trienal y de la acción. (f. 24 a 43 del archivo 07 ED).

PORVENIR S.A., en el mismo sentido se opuso a cada una de las pretensiones, argumentó que la decisión de traslado fue libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud, pues aquella brindó información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual de con solidaridad, también mencionaron las implicaciones de su traslado y los

requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma ley.

Afirmó que, el demandante realizó vinculación de manera horizontal al haber estado en la AFP ING hoy Protección S.A., para luego regresar a Porvenir S.A., y que llamó la atención que el actor hubiese estado por 22 años en el RAIS para que de manera sorpresiva, indicara que no tenía conocimiento acerca de las condiciones y beneficios del traslado al régimen, y peor aún, que manifestara que no recibió asesoría cierta y veraz, sin embargo, este nunca expresó inconformidad alguna por ausencia de información o solicitó su regreso al RPMPD.

Por último, exhibió que no procede la condena por gastos de administración, además que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Conforme lo dicho, propuso como exceptivas de mérito la prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación; la genérica. (f. 3 a 36 del archivo 08 ED).

Por último, **PROTECCIÓN S.A.** se opuso a lo pretendido por el demandante, en atención a que el traslado cumplió con todos los requisitos legales y por ende la selección del régimen, la realizó el demandante de forma libre, espontánea y sin presiones y, porque la asesoría prestada por los asesores de la AFP se realizó con total profesionalismo y ética, por lo tanto, mal puede la parte actora cuando se dio cumplimiento a la obligación de información tal como lo estipulaba la normatividad vigente para la época.

De lo referenciado, propuso como exceptivas de mérito la inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; prescripción de la acción para solicitar la indemnización de perjuicios por incumplimiento en el deber de información; buena fe; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; compensación; nadie puede ir en contra de sus propios actos; ausencia de vicios en el consentimiento. (f. 2 a 27 del archivo 11 ED).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n° 077 del 7 de abril de 2022, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas **COLPENSIONES, PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A** por las razones esgrimidas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia la afiliación del señor **JESÚS HERNANDO ÁVILA RODRÍGUEZ** realizadas en los fondos de **PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIS S.A** y en el fondo de **PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A**

TERCERO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A** que traslade a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** la totalidad de lo ahorrado por el demandante el señor **JESÚS HERNANDO ÁVILA RODRÍGUEZ** en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay, gastos de administración, comisiones, prima de seguros provisionales, el porcentaje

destinado al fondo de garantía de pensión mínima todo ello debidamente ingresado y a cargo de su propio patrimonio.

CUARTO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A** que traslade a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** los gastos de administración, las primas de seguros provisionales, comisiones y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima todo ello debidamente ingresado y a cargo de su propio patrimonio del periodo en el cual estuvo afiliado el señor **JESÚS HERNANDO ÁVILA RODRÍGUEZ** en dicha administradora.

QUINTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** que reciba de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A** la totalidad de lo ahorrado por el demandante el señor **JESÚS HERNANDO ÁVILA RODRÍGUEZ** en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bonos pensionales, así como gastos de administración, comisiones, prima de seguros provisionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima todo ello debidamente ingresado y a cargo de su propio patrimonio. **ORDENANDO** a **COLPENSIONES** que afilie nuevamente al demandante en dicha entidad, sin solución de continuidad y sin imponer cargas adicionales conservando para ese efecto todos sus derechos y garantías que tenía en el régimen de prima media con prestación definida antes de efectuarse el traslado al régimen de ahorro individual.

SEXTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** que reciba de la **SOCIEDAD**

ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A los gastos de administración, comisión, primas de seguros provisionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima todo ello debidamente ingresado y a cargo de su propio patrimonio del periodo en el cual estuvo afiliado el señor **JESÚS HERNANDO ÁVILA RODRÍGUEZ** en dicha administradora.

SEPTIMO: RECONOCER a favor del señor **JESÚS HERNANDO ÁVILA RODRÍGUEZ** la pensión de vejez desde el día primero (01) de agosto del año dos mil veintiuno (2021) en la suma de \$4.513.605.

OCTAVO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a favor del señor **JESÚS HERNANDO ÁVILA RODRÍGUEZ** la pensión de vejez en la cuantía de \$4.513.605 a partir del 01 de agosto del 2021 tanto para las mesadas pensionales ordinarias, como una mesada pensional adicional para un total de 13 mesadas anuales. Al monto de la pensión se deberá realizar los aumentos anuales establecidos en la ley, el retroactivo pensional generado entre el 01 de agosto del 2021 hasta el 31 de marzo del año 2022, arroja la suma de \$41.383.436 a partir del 01 de abril del año 2022, el monto de la pensión corresponde a la suma de \$4.767.269.

NOVENO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a favor del señor **JESÚS HERNANDO ÁVILA RODRÍGUEZ** la indexación de retroactivo pensional de conformidad con el índice de precio al consumidor certificado por el DANE mes a mes, teniéndose como índice inicial el vigente en el mes de su causación y como índice

final el vigente en el mes inmediatamente anterior a su liquidación.

DECIMO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** que del retroactivo pensional, se realicen los descuentos para la salud.

DECIMO PRIMERO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del código procesal laboral y de la seguridad social, modificado por el artículo 14 de la ley 1149 del año 2007.

DECIMO SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A** a la suma de \$1.500.000 por concepto de costas procesales. A la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A** a la suma de \$1.000.000 por concepto de costas procesales y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA COLPENSIONES** a la suma de \$500.000 por concepto de costas procesales.

Fundamentó su decisión al exponer que la seguridad social está consagrada como un servicio público e irrenunciable, hallándose consagrado en la Ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994 y Decreto 663 de 1993.

Manifestó que les corresponde a las administradoras del fondo de pensiones suministrar de manera clara, precisa, veraz y concreta a los futuros afiliados, la información sobre las características, condiciones, ventajas, desventajas, los requisitos a cumplir para el reconocimiento de la pensión de vejez y como se calcula ésta en cada uno de los regímenes pensionales.

Afirmó que de ninguno de los medios probatorios allegados las AFP, permitió entender que al demandante se le haya brindado toda la información ya enunciada, y resaltó que son ellas quienes tienen la carga de la prueba, pues son las entidades especializadas en dicha materia.

Exhibió que, si bien el actor realizó traslados horizontales entre los mismos regímenes de ahorro individual, esto no significa ni convalida el cumplimiento con el deber de información, conocimiento o comprensión de cada uno de estos.

En consecuencia, accedió a la pretendida ineficacia, para seguidamente a realizar el estudio del reconocimiento de la pensión de vejez.

Arguyó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, tuvo que el actor cumplió condiciones para el reconocimiento de la pensión de vejez, esto es semanas y edad, realizó una exposición que el IBL más favorable es el de los últimos 10 años con una tasa de reemplazo del 80%, con una fecha de disfrute desde el 1 de agosto de 2021, en atención a que esa data es cuando presentó la solicitud ante Colpensiones.

Respecto de los intereses moratorios dijo que no puede hablarse de mora en el pago de las mesadas pensiones, toda vez que Colpensiones no tenía la obligación legal de reconocerla por encontrarse a esa fecha afiliado al RAIS, lo que si procede es la indexación al retroactivo pensional.

De las restantes excepciones de mérito y en especial a la prescripción arguyó que, ante la declaratoria de ineficacia aquellas se

declararon no probadas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, manifestó su inconformidad en el numeral 4 pues las actuaciones estuvieron ceñidas a la constitución y a la Ley 100 de 1993, ya que este cobro obedeció a un mandato de la Superintendencia Financiera quien es la encargada de regular y vigilar las AFP.

Afirmó que tal orden conllevaría a un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones ya que las actuaciones por parte de esta siempre estuvieron en el marco del buen proceder.

PORVENIR S.A., de igual firma interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada, bajo el argumento que el demandante alegó vicios en el consentimiento para la declaratoria de la ineficacia del traslado al RAIS, pero dentro del proceso no se probó por medio de prueba alguno, y la demandada jamás incurrió en tal situación, pues arguyó que suministró toda la información necesaria para que el demandante voluntariamente decidiera trasladarse.

El demandante no hizo uso de su derecho a retracto, ni manifestó su deseo de regresar, y que para el caso se debió dar aplicación a la prescripción en atención a que no se discute un derecho pensional como tal, sino que se encamina a la ineficacia y así obtener un mayor valor en el monto de la mesada pensional.

Solicitó que se revoque la decisión de la condena en costas y agencias en derecho a su buen actuar.

A su turno, **COLPENSIONES** inconforme con lo decidido presentó apelación en el sentido que, el demandante estuvo afiliado al ISS, se trasladó a Porvenir S.A. para luego a Protección S.A., denotando con ello la voluntad y el consentimiento del demandante de continuar con su estado de afiliación.

No obró prueba del derecho de retracto a su afiliación al RAIS, por lo cual se encuentra válidamente afiliado, y que ha pasado más de 20 años desde que se hizo inicialmente el traslado sin que presentara inconformidad. De igual forma, señaló que el demandante se encuentra legalmente imposibilitado para regresar al RPMPD pues le falta menos de 10 años para el reconocimiento de la pensión de vejez.

Señaló que quien debe resolver el reconocimiento de la pensión de vejez es la AFP Protección S.A., quien es la última con la cual el demandante se encuentra afiliado.

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta, en favor de Colpensiones conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n° 514 del 20 de octubre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de la parte demandante, Colpensiones y Porvenir S.A., en términos similares a lo expuesto en la demanda, contestación y alzada, los que pueden ser consultados en los archivos 07, 08 y 09 del Cuaderno Tribunal ED, y a los cuales se da respuesta en el

contexto de la providencia.

Con lo anterior se procede a resolver previas las siguientes;

V. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los fundamentos de impugnación, y siguiendo los lineamientos de los artículos 66A y siguientes del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el tema puntual que es objeto de examen en esta oportunidad, será establecer si se demostró en el plenario que Protección S.A. y Porvenir S.A. cumplieron con el deber legal de brindarle información relevante al señor Jesús Hernando Ávila Rodríguez al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación, y sus efectos respecto de la administradora del RAIS.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada, la condena en costas, y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración, primas y rendimientos.

De prosperar lo anterior, se analizará si el actor acreditó los requisitos para acceder a la pensión de vejez que reclama del régimen de prima media, y de ser procedente, se estudiará la fecha de efectividad de esta, la cuantía de la mesada, el retroactivo y la procedencia de los intereses moratorios reclamados.

Con tal propósito, la Sala comienza por precisar los supuestos que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- i)** Que el señor Jesús Hernando Ávila Rodríguez nació el 8 de junio de 1959, según se extrae de la cédula de ciudadanía aportada junto con la demanda. (f. 101 del archivo 01 ED).

- ii)** Que estando afiliado al ISS hoy Colpensiones, entidad a la que realizó aportes entre los años de 1979 y 1999, fecha en que decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A. (f. 104 Archivo 08 ED).
- iii)** Posteriormente, para el mes de mayo del 2003, el demandante decidió realizar traslado horizontal al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A. (f. 126 Archivo 02 ED).
- iv)** Finalmente, para el año 2004 regresó a Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (f. 105 Archivo 08 ED).
- v)** Exhibió que, para el 30 de julio y 2 de agosto de 2021, le solicitó a Protección S.A. y Porvenir S.A., que declararan la ineficacia de la afiliación, de lo cual la primera en mención despachó desfavorablemente, mientras que la segunda ha guardado silencio.
- vi)** De igual forma, expuso que para el 30 de julio y 2 de agosto de 2021, presentó solicitudes de afiliación y reconocimiento de pensión de vejez ante Colpensiones, requerimientos que fueron rechazados mediante Oficio 2021_8748430-27864232 y BZ2021_8681570- 1834597, bajo el argumento que no era procedente, por cuanto la información consultada indicó que se encuentra a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse, y que de acuerdo con la información consultada indica, que no se encontraba afiliado a Colpensiones y no era procedente estudiar reconocimiento de la prestación solicitada.

Dicho lo anterior, y previo a resolver el asunto, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha enseñado que por regla general las normas jurídicas y la jurisprudencia deben ser tomadas en consideración.

De la ineficacia del traslado.

Pasando al asunto *sub judice* es necesario recordar que la Ley 100 de 1993, reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, la sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión libre y voluntaria del literal b) artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido, ha discernido la Corte que no puede alegarse «*que existe una manifestación libre y voluntaria*

cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»¹.

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*».

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se encontraban en el deber de garantizar una afiliación libre y voluntaria, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiese traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia SL 12136 de 2014.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el señor Ávila Rodríguez pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

De lo anterior se desata también, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarreaban al adepto no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de los administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen.

Nótese que, dentro del proceso de las pruebas obrantes en el expediente, entre estas el formulario de solicitud de afiliación a Porvenir S.A. (f. 104 y 105 Archivo 08 del ED), el de Protección S.A. (f. 126 archivo 02 ED), el historial laboral del demandante (f. 140 a 151 Archivo 08 del ED) y el certificado SIAFP de Asofondos que muestra el traslado del actor a Porvenir S.A. y Protección S.A. (f. 102 Archivo 08 del ED), más nada se indicó por las demandadas respecto de las consecuencias que traía consigo el traslado del RPMPD al RAIS,

las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, debe resaltarse que la jurisprudencia también ha expresado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 del Código General del Proceso, ante la existencia de *«afirmaciones o negaciones indefinidas»*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiéndose acreditar por la contraparte en este caso las AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **«(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)»**².(Negrilla y Subraya fuera de texto).

De ahí que no puede pretenderse que el señor Ávila Rodríguez acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en

² Corte Suprema de Justicia, sentencia SL2817 de 2019.

que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para ella cuales serían sus expectativas pensionales futuras de optar por la entidad.

Resáltese que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, las AFP mencionadas están en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, un despliegue probatorio mínimo de parte de los entes administradores del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia, y en las condiciones explicadas.

Se observa así, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que esta tome la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción al afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien el demandante lleva afiliado al RAIS más de 22 años, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a las pasivas, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando el afiliado se trasladó a una y otra, no le fue suministrada una información clara, cierta,

comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la re asesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer.

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de las AFP, porque es precisamente cuando ya se encuentra *ad portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que la llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independiente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Corolario de lo expuesto estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de Porvenir S.A. y Protección S.A., entidades con las cuales se materializaron los traslados, el cumplimiento de las obligaciones legales para con el señor Ávila Rodríguez, la vinculación del actor al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo

deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el afiliado, con lo que se desestiman los argumentos de Porvenir S.A. y Colpensiones.

En este orden, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A., no existen razones para aquellas no trasladen al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de Colpensiones, quien al recibir al actor tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe percibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas.

Sobre este último tópico, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta inapropiada de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por la AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. con cargo de su patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

Entonces, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de

Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones³.

Entonces, la orden de devolución de recursos está incompleta, en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular del demandante, por cuanto esos recursos desde un principio han debido ingresar al RPMPD (SL4609 de 2021), por lo que habrá de adicionarse el numeral tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. y Protección S.A. que trasladen a Colpensiones debidamente indexados los gastos de administración y el porcentaje de primas de seguro previsional percibidos durante el periodo en que el demandante estuvo afiliado a dicha AFP, con cargo a su propio patrimonio.

Finalmente, de la revisión realizada a la condena en costas, considera la Sala que como quiera que esta imposición simplemente se trata de una consecuencia procesal impuesta a quien termina siendo vencido en la contienda judicial, conforme lo estipulado en el artículo 365 del Código General del proceso. Además, solo basta con

³ Corte Suprema de Justicia, sentencias SL 37989, SL 4964 y SL4989 de 2018, SL1421 y SL1688 de 2019.

revisar el curso del proceso para advertir sin mayor dificultad, su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito.

En relación con la excepción de prescripción, la misma está llamada a no prosperar por el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por corresponder a pretensiones declarativas, y porque al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, concepción extendida a los derechos económicos que de esta acción emanen, como la posibilidad de que el capital cotizado sea devuelto en su totalidad al régimen de prima media, en la medida en que el traslado de estos valores no atienden a ser un resarcimiento patrimonial, sino que responden al derecho irrenunciable a la seguridad social. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, y recientemente en sentencia SL1214-2022, sumado a que tampoco debe verificarse la prescripción del contrato de seguros, al no ser el punto de debate dentro del particular, en tanto esta contratación no inmiscuye los intereses mínimos protegidos a la demandante.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia en el aspecto descrito.

De la pensión de vejez

En relación con el segundo problema jurídico, esto es, el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones, no hay duda que la norma rectora del derecho pensional del demandante es el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual dispone, en lo que interesa al presente asunto, que tienen derecho a la pensión de vejez los hombres que cumplan 60 años de edad, la que se incrementará a 62 años a partir de 1º de enero de 2014; y haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo, las que a partir del 1o. de enero del año 2005 se incrementaron en 50, y desde el 1º de enero de 2006 se incrementaron en 25 cada año, hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Advierte la Sala que el demandante no es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, solo contaba con 35 años, fecha nacimiento 8 de junio de 1959 (f. 101 archivo 02 del ED), y de otro lado, de acuerdo al cómputo de semanas efectuado por la Sala, con base en la historia laboral aportada (f. 110 a 122 archivo 02 del ED), para el 1º de abril de 1994 el promotor de la acción tenía en su haber 586 semanas cotizadas, que representan menos de 15 años (750 semanas) que exige el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como segundo supuesto de hecho para acceder al beneficio del régimen de transición.

Tenemos entonces, que el señor Jesús Hernando Ávila Rodríguez cumplió los 62 años de edad el 8 de junio de 2021 -*nació el 8 de junio de 1952* (f. 101 Archivo 02 del ED)-, época para la cual se exigían un mínimo de 1.300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, las que acredita con suficiencia, como quiera que en ese momento alcanza 2013 semanas de cotización, suficientes para ser derecho de la pensión reclamada, prestación que a bien tuvo

reconocer el *A quo* a razón de 13 mesadas, como quiera que se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011.

En este horizonte, al encontrarse acreditado el derecho que le asiste al accionante a gozar de pensión de vejez, lo que le corresponde a esta Corporación es establecer la fecha de efectividad de la misma, de modo que es indispensable traer a colación lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5603 de 2016 en la que puntualizó que *«(...) cuando la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe pagarse con antelación a la desafiliación formal del sistema. Aclarando que, si bien la regla general es la desvinculación al sistema, existen condiciones especiales que ameritan una interpretación del contexto como es el caso en que el afiliado exterioriza su intención de desafiliarse del sistema (...)*».

Si bien dentro de la historia laboral del demandante no se reporta retiro, puesto que su última cotización la realizó en diciembre de 2021, lo cierto es que presentó reclamación administrativa para el reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones el 30 de julio de 2021 (f. 135 a 140 Archivo 02 ED), de lo cual se desprende que con la misma el señor Ávila Rodríguez exteriorizó su voluntad de no continuar cotizando al sistema y acceder al beneficio pensional; por consiguiente, el demandante tiene derecho a que se le reconozca la pensión de vejez a partir del 1 de agosto de 2021, data en la que de manera tácita el demandante realizó su desvinculación del sistema, por lo que en este aspecto se confirmará la decisión de primera instancia.

Frente a la cuantía de la misma, una vez efectuadas las operaciones correspondientes se comprobó que el método de

liquidación que le es más favorable al actor es el determinado con el promedio de las cotizaciones efectuadas en los últimos 10 años; así mismo, se advierte con las operaciones aritméticas realizadas por la Sala, que el monto pensional obtenido por el *A quo* no afecta el patrimonio de Colpensiones, entidad a favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta por ese aspecto, razón por la cual se mantendrá la suma calculada en primera instancia.

En relación con la excepción de prescripción la misma se despachará desfavorablemente en razón a que no transcurrieron los 3 años que establece la ley para su configuración, como quiera que el derecho a percibir pensión nació el 1 de agosto de 2021.

De esta forma, se tiene que, conforme lo preceptúa el artículo 283 del Código General del Proceso, Colpensiones adeuda la suma de **\$89.056.134,81** por concepto de retroactivo pensional causado entre el 1 de agosto de 2021 y el 31 de diciembre de 2022.

CÁLCULO DEL RETROACTIVO				
DESDE	HASTA	MESADAS	MESADA PENSIONAL	RETROACTIVO
1/08/2021	31/12/2021	6	\$ 4.513.605,00	\$ 27.081.630,00
1/01/2022	31/12/2022	13	\$ 4.767.269,60	\$ 61.974.504,81
TOTAL RETROACTIVO				\$ 89.056.134,81

Ahora bien, por parte de esta Sala se sostuvo la tesis de reconocer los intereses moratorios desde la ejecutoria de la presente sentencia, sin embargo, ante recientes pronunciamientos por parte de la Corte suprema de Justicia en sentencias SL1688 de 2019 y SL2929 de 2022, se expresó que estos no eran procedentes, *«toda vez que no puede afirmarse que Colpensiones incurrió en mora en el reconocimiento de la pensión de vejez, en tanto la obligación que se le impone surge con ocasión de esta decisión»*, por lo tanto, se confirmará el numeral noveno, cuando ordenó la indexación mes a mes de las

mesadas reconocidas, ya que fue pretendido de forma subsidiaria y no fue objeto de apelación.

Se confirma la sentencia en el sentido de autorizar a Colpensiones para que del retroactivo y mesadas pensionales ordinarias que le corresponda pagar, descuenta los aportes con destino al Sistema de Salud, y a pagar indexadas las sumas debidas al accionante.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirma la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A. las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMMLV a cada una.

Sin que sean necesarias más consideraciones, 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: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia n° 077 del 7 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, a efectos de:

CONDENAR a PORVENIR S.A., para que, una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade de manera indexada y con cargo a su propio peculio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, los valores que hubiere recibido por concepto de cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las

*primas de seguros y reaseguro del señor **JESÚS HERNANDO ÁVILA RODRÍGUEZ.***

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia n° 077 del 7 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, a efectos de:

CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.**, para que, una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade de manera indexada y con cargo a su propio peculio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–**, los valores que hubiere recibido por concepto de cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro del señor **JESÚS HERNANDO ÁVILA RODRÍGUEZ.**

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: ACTUALIZAR la condena a cargo de **COLPENSIONES** hasta el 31 de diciembre de 2022, en la suma de **\$89.056.134,81**

QUINTO: COSTAS de esta instancia está a cargo de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV a cada una.

Los Magistrados,

Firm. digitalizada para
Acto Judicial

Cali-Valle
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para el proceso judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO



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:
Yuli Mabel Sanchez Quintero

SALVAMENTO DE VOTO

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me permito apartarme y hacer salvamento 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:

4. Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional la apelación y la consulta tiene una misma finalidad, que es revisar las decisiones del juez de primera instancia para corregir los errores de esa providencia, y que el fallo que haga tránsito a cosa juzgada se expida conforme al ordenamiento jurídico. *“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”*.

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. 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”*.

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

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:

“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 fueren 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”**

El magistrado,



ORD. VIRTUAL (*) n.º 004 2021 00389 01
Promovido por **JESÚS HERNANDO ÁVILA RODRÍGUEZ**
contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y OTRO**

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA