Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

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

Hoy **27 FEBRERO 2024,** siendo las **2:00PM**, la Sala Primera de Decisión Laboral, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 15 y 16 del Decreto Legislativo 806 del 04 de JULIO del 2020, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No. 83** integrada por el suscrito quien la preside *CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA en compañía de las magistradas Dra. YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO y el Dr. FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA*, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el (a) señor (a) **ALVARO CAÑARTE VELÁSQUEZ** en contra de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, bajo radicación **003-2022-00031-01** en donde se resuelve la **APELACIÓN** ordenada dentro de la sentencia No. 76 del 02 de mayo del 2022 proferida por el *Juzgado 03º Laboral del Circuito de Cali*; en dicha providencia se declaró la ***Ineficacia Del Traslado al RAIS*** administrado inicialmente por la AFP Porvenir. Ordenándose a esta última a devolver al RPM todos los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, cuentas de regazo y bonos pensionales que eventualmente se hayan autorizado y redimido pertenecientes a la cuenta de ahorro individual. A Colpensiones a recibirlos. Costas a cargo de la AFP.

COOPONENCIA DRA YULI MABEL SANCHEZ QUINTERO

Toda vez que la ponencia presentada por el Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA fue derrotada parcialmente por los Magistrados que componen su Sala, se dispuso la remisión del proceso a este despacho para su elaboración mediante Auto de sustanciación n°01 del 11 de enero de 2023, recibiéndose en el despacho el 12 de enero de 2023, con el fin de realizar la ponencia única y exclusivamente respecto a la consulta en favor de Colpensiones.

Motivos de la condena: i) a la demandante nunca le fue informado de las consecuencias tanto negativas como positivas que tendrían al trasladarse del fondo privado, la AFP tenía la obligación de dar asesoría y buen consejo y la falta de la información genera un engaño, es por ello a considera la CSJ que esto invierte la carga de la prueba y es a los fondos privados quienes se encargan de probar que brindaron esa información; **ii)** La activa demostró que estuvo afiliada al RPM con prestación definitiva y genero traslados a Porvenir, tal como se observa en el registro de afiliación (f 14); **iii)** se concluye ser viable declarar la ineficacia del traslado de régimen debiendo realizar el traslado de todos los aportes, rendimientos y cuotas de administración.

Apelación Colpensiones: i) la afiliación de la actora se realizó en uso a su derecho a la libre escogencia en los términos del art. 13 literal b de la ley 100/93.- por lo tanto, se encuentra válidamente afiliada al RAIS.

Apelación Porvenir S.A: i) la afiliación cumplido con los requisitos vigentes para la época del traslado, así las cosas, fueron de forma consciente y espontanea en la médica que recibió la información pertinente de manera verbal, suscribiendo el formulario de afiliación de manera voluntaria y sin presiones; **ii)** Se predica la prescripción conforme los arts. 1750 del CC, 151 del CPT Y SS y 488 CST, posición reiterada por la jurisprudencia de la CSJ 22125 DE 2014, pues no se cuestiona el derecho pensional; **iii)** respecto de la devolución de los gastos de administración no se torna precedente conforme a lo preceptuado en el art. 1746 CC de las restituciones mutuas, así, al declararse la ineficacia se retrotrae todo como si nunca hubiese estado afiliada, por lo tanto, sus aportes no generaron rendimientos, luego, tampoco hay lugar a su devolución; si existiese bono pensional debe ser traslado a la entidad emisora y no a Colpensiones.

Apelación Demandante: indica que el numeral 4 debe ser modificado, ordenándose la condena en costas a cargo de la parte demandada Colpensiones conforme el art 365 CGP al oponerse a las pretensiones de la demanda y proponer excepciones.

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

S E N T E N C I A No. 67

La sentencia **APELADA** debe **MODIFICARSE**, son razones: Encontrar ajustado a derecho la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional[1], situación sustancial que trae consecuencias propias de la seguridad social (ineficacia y pago de los derechos pensionales), lo que conforme al código civil apareja consecuencias transcendentales, deja sin efectos el traslado viciado (indebida información).

Para ello entonces veamos si militan en las actuaciones aquellas conductas o actos permisivos para declarar la ineficacia del traslado.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL.

1.-**Buena fe negocial.**

En ese ejercicio cabe señalar que el aseguramiento pensional, como todo acto negocial dentro del mundo jurídico, está irradiado por el principio de la buena fe (**Art.83**), con el que de vieja data en los campos del derecho civil y comercial se reclama la exigencia de brindar en cada caso y de forma suficiente la debida información[1], puntos únicos y, además necesarísimos para estructurar y lograr un conocimiento informado o ilustrado con el que se pueda ser capaz de generar una libre y voluntaria selección, aspecto de total recibo en el campo pensional a la hora de la escogencia o permanencia en un determinado régimen pensional[2].

De tal mandato no es ajena la legislación pensional pues los **artículos 13.2 y el 271 de la ley 100 de 1993** dan cuenta de la libre escogencia al momento de precisar el régimen, y no solo eso, sino que postula ese 271 quedar sin efectos los actos que la afecten, lo que de igual forma ocurre en los eventos de traslado de régimen pensional, al punto de considerar su opacidad o ausencia de libre voluntad, una afectación a los **derechos fundamentales de la seguridad social**[3] de quien durante toda su vida laboral ha realizado aportes al sistema bajo expectativas falibles.

Tal encuentro de las sustantividades privadas y de la seguridad social, permite entender el ejercicio de la jurisprudencia especializada para comprender no ser la mera firma del formulario de selección de uno u otro fondo dentro del RAIS o de traslado de régimen pensional un hecho suficientemente validador de una voluntad así expresada, se impone entonces la materialidad respecto de la satisfacción de los postulados referenciados, llegando incluso a manifestar como deber de la judicatura la necesidad de escrutarlos cabalmente[4], siendo propio señalar que aún en acciones constitucionales, ya se reconoce como suceso triunfador el presentarse desconocimiento del precedente judicial estructurado con esas premisas, y por ello, el agente decisor que, de rienda suelta a considerandos absolutorios, sin hacer decantación y superación de las motivaciones base del precedente afecta **derechos fundamentales**[5].

2.- **Mandatos imperativos de la seguridad social para el traslado de régimen pensional**.

Decantada la necesidad de ese obrar, sigue anclar en la discusión del asunto sustancial el hecho de no entender la justicia constitucional de modo discrecional sino imperativo dar cumplimiento a las obligaciones generadas con los traslados de régimen; **el traslado y recibo del afiliado, junto o con todos los derechos pertenecientes a aquel y no a la aseguradora**, (**sentencia C-177 de 1998**), suceso jurídico que aclara por sí solo la no ventura de las posiciones o tesis con las cuales se pretende angostar los derechos surgidos con la ineficacia declarada. Es que la lectura de los dispositivos

---

[1] [1] La Sala acoge el criterio plasmado por la CSJ entre otras en sentencias SL1688-2019, SL3464-2019 y SL4360-2019, en cuanto a que se sanciona la falta al deber de información en cabeza de los fondos de pensiones con la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, conforme lo establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

normativos ya relacionados en clave de la mentada sentencia de constitucionalidad no deja duda de las consecuencias jurídicas pregonadas.

3.- **Consecuencias del actuar ilícito.**

El Derecho civil como realidad originaria y jurídica de las obligaciones consagra desde siempre para el actuar ilícito del condenado determinadas consecuencias6 (ARTS 1740 –1756, TITULO XX C..C.C) circunstancias que, perfiladas bajo la seguridad social permiten destacar: **i)** que la jurisprudencia especializada desde el **año 2008**, anota la obligación de las administradoras de pensiones privadas trasladar al régimen de prima media los gastos de administración[7] **ii)** no proceder la prescripción como modo extintivo de obligaciones en caso de afiliación al sistema ni cuando se busca la ineficacia del traslado, pues esas acciones son declarativas mas no constitutivas de derechos, que si son los que podrían prescribir.

4.- **No proscripción de la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional.**

En nuestra legislación no está consagrada la proscripción de la ineficacia del traslado de régimen pensional por el mero hecho de no solicitarse dicha ineficacia *antes del término de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad de pensión o de jubilación o por peticionarse tiempo después de darse el traslado motivo de la nulidad*, lo razona, ser lo examinado referente a las condiciones jurídicas del traslado nocivo, el que ocurrió mucho tiempo antes de ese periodo. Sin que corresponda entender la convalidación de ese vicio con ocasiónn del silencio o inacción del retracto, todo en razón a lo esencial que es en toda la fenomenología pensional la presencia de la buena fe, echada de menos en ese traslado[8].

Se debe también anotar respecto de la proscripción restrictiva para el traslado de régimen pensional del Art.107 de la ley 100 de 1993, que ella tampoco tiene lugar en este evento, por cuanto de lo que aquí se trata es de la ineficacia de traslado, asunto diferente al tema de la movilidad pensional restringida, distinción y diferenciación a que está sometido el juez de la seguridad social, que, entre otros eventos, impide dar aplicación analógica a sus consecuencias y resultados, más si hay afectación a **derechos fundamentales,** como se indica en la tutela 191 de 20209

De ahí que, cuando se pregona lo contrario, no darse la debida información, por aquello de la asimetría vista y la presencia de una negación indefinida[10] se hace menester para la entidad aseguradora, acreditar en juicio la presencia de ese elemento esencial, el que, se repite, no se deduce en todo evento con la simple firma del formulario[11].

5.- **Inversión de la carga de la prueba.**

Sigue puntualizar respecto de la obligación probatoria que, la visión o consideración del derecho privado hace relación también con la figura de la inversión de la carga de la prueba, como dinámica heurística procesal, situación que tiene lugar en razón de la asimetría reinante en esas actuaciones en donde brilla, por un lado, la parte débil -el tomador de seguro- y por el otro, la profesionalización de la entidad de seguros12. Motivación por si sola suficiente para acogerla y darle desarrollo en el campo del aseguramiento pensional de la seguridad social, donde la partida también la juegan asimétricos, pero hay que decirlo, acuñan de modo perfecto al resultado, las pautas procesales de la negación indefinida, como también lo precisa la jurisprudencia especializada.

Destáquese entonces para lo que en adelante ha de precisarse qué media la afectación de los derechos fundamentales al debido proceso y al de la seguridad social en pensiones si no se efectúa el traslado con respeto.

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, lo que sí está probado es que la demandante estuvo afiliada al régimen de prima media al que perteneció desde el **26 de septiembre de 1977 (**Pág. 59 pdf 08 Bono pensional cuad. Juzgado), para luego movilizarse al RAIS, con **PORVENIR S.A** el día **23 de noviembre de 1995** efectiva desde el 01 de diciembre de dicha anualidad (pág. 63 pdf 08 consulta SIAFP y pdf 09 respuesta Asofondos -cuad. Juzgado), sin que, con ese primer traslado al RAIS se acredite por parte

del fondo, la debida información previa al traslado del régimen, conclusión a la que también llegó el juzgado.

i) Obligación de la debida información para el traslado de régimen.

Cabe anotar de modo especial, no nacer la obligación de informar debidamente al afiliado solo con las normativas reglamentarias alegadas, pues dicha obligación impera con base no solo en la principialistica referida desde 1887 si no que se constituye legisladamente para las administradoras en una obligación desde su creación, dado que la escogencia libre y espontánea a que tienen derecho los afiliados se da con el hecho de no proporcionar la información correspondiente, tema que también ha sido materia de pronunciamiento por la Corte Suprema en **Rad. 68852 del 03 de abril de 2019** en la que reitera lo dicho en sentencia del 2008.

ii) Falta de prueba de la debida información.

Es importante avisar para este traslado al RAIS, no haberse acreditado por parte del fondo haber brindado la debida información previo el traslado del régimen, deber de información que se predica para todos los afiliados, pues ninguno para ese momento era pensionado. Por consiguiente, para la Sala no hay duda de la ineficacia del traslado de régimen junto con la devolución de los gastos de administración y rendimientos depositados en la cuenta de ahorro individual del actor, tal y como se ha considerado por la jurisprudencia y se desarrolló en las líneas anteriores (**STL 11947-2020**).

Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, no conlleva para COLPENSIONES irregularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía como su afiliado original, de modo que esa continuidad en el régimen no le impone automáticamente condena de prestación alguna a COLPENSIONES, solo recibir en el momento en que el fondo PORVENIR lo haga, los dineros correspondientes, tal y como lo ordenó el juzgado de instancia.

Todos estos argumentos por sí solo dan lugar a la prosperidad de la ineficacia del traslado, lo que con más veras tiene lugar al considerarse que la omisión de la debida información violenta el derecho fundamental del debido proceso **-Sentencia T-191 de 2020.**

De otro lado, en lo que respecta a la apelación de Porvenir S.A. y siendo consecuentes con lo plasmado en las consideraciones del proveído, es claro que no opera el fenómeno de la prescripción en la declaratoria de ineficacia, pues se debe manifestar que la recuperación del régimen de prima media y la movilidad del sistema pensional son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho irrenunciable a la seguridad social se encuentra revestida de la imprescriptibilidad, **art 48º Constitución Política** y como lo ha expuesto la **Corte Suprema de Justicia en Sentencias: SL 1688 del 2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019 y SL373-2021** entre otras.

Ahora bien, en lo referente a la condena en costas a cargo de Colpensiones, para la sala no hay duda que hay lugar a su imposición de conformidad con lo reglado en el **art. 365 del C.G.P**., teniendo en cuenta que dicha entidad como parte pasiva en el presente proceso, se opuso a las pretensiones de la demanda excepcionando en su contestación (págs.3 a 6 del pdf 06 Cuad. Juzgado). Por lo que se modificará la providencia de instancia en tal sentido.

COOPONENCIAA DRA YULI MABEL SANCHEZ QUINTERO

Ahora, al estudiar el presente asunto en virtud del grado jurisdiccional de consulta sobre lo no apelado, conforme al salvamento parcial de la ponencia, en favor de Colpensiones según lo dispone el artículo 69 del CPTSS, ya que al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP Porvenir S.A., deberá esta AFP, devolver todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para estas entidades, en perjuicio de Colpensiones, quien al recibirla tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento a los recursos del RPMPD.

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a Colpensiones, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por la AFP, pues el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no puede pasarse por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos, circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado de régimen imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la administradora del RAIS en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz¸ y así mismo, que las cosas deban volver al estado en el que se hallarían de no haberse dado el acto irregular de afiliación, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

Sobre las restituciones mutuas, se debe decir que, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para Colpensiones y la parte demandante.

En este orden, como la decisión de primer grado se conoce en consulta a favor de Colpensiones, y en atención a que el fondo privado está en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular de la demandante, pues se reitera, esos recursos desde un principio han debido ingresar al RPMPD (sentencia SL 4609 de 2021), habrá de modificarse la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia en el sentido condenar a Porvenir S.A., reintegrar todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular del demandante, por lo que habrá de adicionarse al numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. que los emolumentos a devolver deberán incluirse las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y cotizaciones voluntarias, con cargo al patrimonio propio, rubro que al igual que los gastos de administración, deben ser devueltos debidamente indexados.

Argumentos estos de la Sala que acompañan las consideraciones que han sido postuladas en variados pronunciamientos mediante aclaraciones de voto en la sala laboral de la **Corte Suprema de Justicia SL 3202-2021, SL 3047- 2021, SL 3199-2021, 3049-2021** y en decisión de tutela **T-1092 DE 2012**.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral la sentencia apelada en su numeral 4°, imponiéndose condena en costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- por su expresa oposición a las pretensiones de la demanda, conforme los motivos expuestos.

2. **COOPONENCIA DRA YULI MABEL SANCHEZ QUINTERO: ADICIONAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia n°–076 del 02 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

   ORDENAR a **PORVENIR S.A**., dentro de las sumas a trasladar al Régimen de Prima Media administrado por **COLPENSIONES**, las primas de seguros previsionales de invalidez y

sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y cotizaciones voluntarias, correspondientes al periodo en que el señor **ALVARO CAÑARTE VELASQUEZ** estuvo afiliado a esta AFP, con cargo al patrimonio propio, rubro que al igual que los gastos de administración, deben ser devueltos debidamente indexados.

3. **CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

4. **COSTAS** en esta instancia a cargo de los demandados COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en un salario mínimo.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADO

Los magistrados,

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL

Firma digitalizada para actos judiciales Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

Cali-Valle

FABIO HERNÁN 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, lo que se hace por los motivos que me permito exponer a continuación.

No resulta procedente el estudio del grado de CONSULTA de la sentencia por cuanto COLPENSIONES presentó recurso de apelación, ello es así por cuanto el recurso de apelación y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia, por consiguiente, resultan excluyentes entre sí.

Así lo determinó la Corte Constitucional en **sentencia T-1092 de 2012** cuando determinó la incompatibilidad del recurso de apelación con la consulta dentro de los procesos ordinarios de la especialidad laboral, veamos:

3.Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional la apelación y la consulta tiene una misma finalidad, que es revisar las decisiones del juez de primera instancia para corregir los errores de esa providencia, y que el fallo

que haga tránsito a cosa juzgada se expida conforme al ordenamiento jurídico[1]. "De ahí que, como lo sostiene un amplio sector de la doctrina procesalista, si la parte en cuyo favor se estableció la consulta recurre en apelación, no es necesaria la misma, pues por sustracción de materia quedaría sobrando"[2].

Bajo este supuesto, las herramientas procesales referidas son formas diferentes de agotar el proceso laboral. Así, en el evento en que se tramite y decida el recurso de apelación el juicio ordinario terminará, siempre que no se proponga o proceda la casación. Lo propio ocurre con la consulta, pues dicho instituto procesal es indispensable para que la decisión adoptada por el a-quo, que es totalmente adversa al trabajador o la entidad territorial, quede ejecutoriada, y el proceso llegue a su fin[3]. En efecto, ese grado jurisdiccional "es un trámite obligatorio en los casos en que la ley lo exige y que, tratándose del contencioso laboral, dicho grado jurisdiccional deberá inexorablemente surtirse en los eventos de que trata el canon 69 del C.P"[4].

La Corte estima que la consulta y la apelación son excluyentes entre sí, de modo que no proceden de forma simultánea. Es más, el instituto procesal estudiado es independiente de los recursos, por cuanto sobrepasa los factores de competencia[5]. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo[6], norma que señala cuáles son los recursos existentes para atacar las providencias en los procesos adelantados ante la jurisdicción laboral. Lo expuesto en razón de que "propende por la realización de objetivos superiores como el interés general de la Nación, la consecución de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial"[7].

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

"CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada ponente
ACLARACIÓN DE VOTO
Recurso Extraordinario de Casación
Radicación n.° 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"**

Sumado a lo anterior, no se trata de un desfinanciamiento del sistema[2] ni perjuicio alguno en su contra[3]:

AL3729-2022, Radicación N° 92016 del 10 de Agosto de 2022:

"Al respecto, observa la Sala que la providencia recurrida confirmó la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, y en tal virtud, ordenó a Colpensiones "proceder sin dilaciones a aceptar el traslado de la señora ROCÍO DEL SOCORRO TABARES HOYOS".

En ese orden de ideas, se tiene que la condena impuesta a la parte recurrente dentro del proceso que nos ocupa, se circunscribió única y exclusivamente a aceptar el traslado de la actora al RPM, siendo importante poner de presente, que la misma no implica erogación dineraria alguna que la perjudique, al menos, en los términos en que fue proferida la decisión.

De conformidad con lo anterior, se advierte que incurre en yerro el Tribunal al cuantificar el interés económico de la parte recurrente teniendo en cuenta un eventual reconocimiento pensional, máxime cuando el mismo no se ha materializado con la providencia recurrida."

El Magistrado,

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

[2] **SL3607-2022, Radicación n.° 88947 del 11 de octubre de 2022**: "A diferencia de lo que estima Colpensiones, la declaratoria de ineficacia del traslado no desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues como lo ha explicado la jurisprudencia de la Sala, tal declaratoria trae consigo la vuelta al *statu quo*, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL373-2021), y con ello el traslado de todas las sumas que conforman la cuenta de ahorro individual a efectos de financiar las prestaciones que reconoce el régimen de prima media (CSJ SL2059-2022).

Lo contrario contradice el parágrafo del artículo 334 de la Constitución Política, según el cual ninguna autoridad estatal puede invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. "

3 Cabe precisar que la Corte Suprema en proveídos de casación ha manifestado no existir perjuicio alguno en contra de los fondos privados al entenderse que los dineros materia u objeto de traslado no pertenecen a esos fondos, y por eso no procede el recurso de casación.