



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 3

JORGE PRADA SÁNCHEZ
Magistrado ponente

AL1321-2021

Radicación n.º 81787

Acta 11

Bogotá, D. C., siete (7) abril de dos mil veintiuno (2021).

Sería del caso resolver el recurso de casación interpuesto por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, contra la sentencia proferida el 17 de mayo de 2018, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso que promovió en su contra **MIGUEL ÁNGEL SOLARTE**, al que fue integrada la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES**, si no fuera porque se evidencia la existencia de una causal de nulidad procesal insaneable, que de haberse advertido oportunamente, habría impedido la admisión del recurso extraordinario y el adelantamiento de la actuación por parte de la Corporación.

I. ANTECEDENTES

Miguel Ángel Solarte llamó a juicio a BBVA Horizonte

Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A., para que se declarara que no podía aceptar su traslado *«(...) debido a que ya contaba con las semanas mínimas de cotización que exige el régimen de prima media (...) y solo le faltaba 1 año y 8 meses para cumplir con la edad de 60 años»*; que le es más benéfica la liquidación de la pensión en el régimen de prima media; y que no se actualizó la mesada a partir de 2008 con el IPC de cada año y, en cambio, se desmejoró su valor (fls. 60-68).

Pidió la reliquidación de la pensión *«bajo los criterios del régimen de prima media con prestación definida»*, es decir, con el promedio de los últimos diez años cotizados y con el 90% del ingreso base de liquidación, a partir del 11 de enero de 2000, *«previo descuento de las mesadas pensionales reconocidas anticipadamente desde el 22 de septiembre de 1999»*; intereses moratorios y costas.

Como soporte de sus pretensiones, relató que cumplió 60 años de edad el 11 de enero de 2000, toda vez que nació en 1940; se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1 de enero de 1967 y cotizó un total de 1523 semanas. Que se trasladó al régimen de ahorro individual -RAIS- el 22 de mayo de 1998, faltándole 1 año, 8 meses y 11 días para cumplir la edad para pensionarse.

Precisó que el 23 de junio de 1999, la administradora del régimen privado (AFP) le informó que le sería reconocida una mesada pensional anticipada de \$1.600.00, bajo la modalidad de retiro programado. Que la AFP no le explicó

las consecuencias jurídicas de su traslado del RPM al RAIS, como la pérdida de los beneficios del régimen de transición, así como la posibilidad de obtener una tasa de reemplazo del 90%. Estimó que, de haberse pensionado en el régimen del ISS, para 2000 su mesada ascendería a \$2.682.994.

BBVA Horizonte Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., hoy Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, «*falta de causa en las pretensiones, carencia de acción y ausencia de derecho sustantivo*», pago, compensación y buena fe (fls. 80-92).

Expuso que el accionante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria el 22 de mayo de 1998; no hizo uso del derecho a retractarse conforme al artículo 3 del Decreto 1161 de 1994; aceptó todas las condiciones previstas en el régimen y se le otorgó una completa asesoría sobre las diversas modalidades de pensión; por ello, autónomamente seleccionó la de retiro programado.

La sentencia dictada el 9 de mayo de 2013 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali (fl. 134 Cd), fue declarada nula por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante auto de 18 de noviembre de 2014 (fls. 7-8 Cd), con el propósito de integrar a Colpensiones, tal cual se dispuso en auto de 2 de marzo de 2015 (fl. 140).

Colpensiones se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y «falta de agotamiento de la vía gubernativa» (fls. 142-151).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, mediante fallo de 24 de abril de 2017 (fl. 181), resolvió:

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

SEGUNDO: PORVENIR S.A. queda obligado a trasladar a COLPENSIONES como administrador del régimen de prima media con prestación definida, todo el ahorro que haya efectuado por el afiliado en el régimen de ahorro individual y los valores recibidos con motivo de la afiliación del actor, con todos los rendimientos que hubieren causado y a COLPENSIONES, autorizar su retorno al régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: Ordenar a COLPENSIONES que una vez reciba los dineros trasladados por PORVENIR S.A., para financiar la pensión, proceda a reconocer y pagar la pensión de vejez del señor MIGUEL ÁNGEL SOLARTE, a partir del 11 de enero de 2000, prestación que deberá ser liquidada con fundamento en lo dispuesto en el Inciso 3 del art. 36 de la Ley 100 de 1993, y en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, con el reconocimiento consecuencial de las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada anualidad, la cual debe ser incrementada anualmente conforme al Índice de Precios al Consumidor, descontando del retroactivo y con destino a PORVENIR S.A., las mesadas que se pagaron por concepto de pensión de vejez anticipada.

CUARTO: Absolver a COLPENSIONES del pago de intereses moratorios.

QUINTO: Costas a cargo de PORVENIR S.A., inclúyase en la misma el valor de **\$4.000.000.**

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver la apelación formulada por Miguel Ángel Solarte y Porvenir S.A., el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali mediante proveído del 17 de mayo de 2018 (fl. 26 Cuad. Tribunal), dispuso:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 2º de la sentencia apelada, en el sentido de **DECLARAR** la nulidad de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, efectuado por el señor **MIGUEL ÁNGEL SOLARTE**, y como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que proceda a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**, la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, tales como cotizaciones, el valor del bono pensional a la fecha de su emisión, sumas de la aseguradora, rendimientos, gastos de administración etc.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral 3º de la sentencia apelada, en el sentido de **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES-**, de la devolución de las mesadas pagadas al señor **MIGUEL ÁNGEL SOLARTE**, por concepto de pensión de vejez anticipada. Se **CONFIRMARÁ** el numeral en todo lo demás.

Centró el análisis en los argumentos de la apelación del accionante y la AFP. Se pronunció sobre la ineficacia del traslado y dedujo que el primero era beneficiario del régimen de transición; por ello, coligió que tenía derecho a la pensión consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 desde el 11 de enero de 2000.

IV. CONSIDERACIONES

La sentencia de primer grado fue adversa a Colpensiones, y no fue apelada por la entidad. Por tal razón,

además de proveer sobre los recursos de apelación, interpuestos por el demandante y la administradora privada de fondos de pensiones, el *ad quem* debió revisar en sede del grado jurisdiccional de consulta las condenas impuestas a cargo de Colpensiones.

El artículo 69 del Código Procesal del Trabajo, modificado por el 14 de la Ley 1149 de 2007, prevé que, en casos como el presente, las sentencias de primera instancia adversas a la Nación, Departamento, Municipio, o a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, deben ser revisadas por el superior.

Por ello, es que la Sala tiene definido que las sentencias judiciales adversas, total o parcialmente, a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- son obligatoriamente consultables. Basta memorar que en proveídos CSJ STL7382-2015, CSJ AL8008-2016 y CSJ AL5073-2017, se discurrió:

[...] Cuando esta Sala de la Corte abordó el estudio de las primeras controversias sobre este puntual aspecto –grado jurisdiccional de la consulta respecto de las sentencias de primera instancia adversas a las entidades en las que la Nación sea garante-, explicó con fundamento en las disposiciones de la L.100/1993 y en las demás normas que la complementa, modifica y reglamenta [...] que el Estado tiene la calidad de garante de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida a cargo del extinto I.S.S. hoy Colpensiones, tesis que se reforzó con el primer inc. del A.L. 01/2005 que adicionó el art. 48 constitucional [...].

Así, ha concluido en múltiples oportunidades, que La Nación sí garantiza el pago de las pensiones, se itera, del régimen de prima media con prestación definida, de forma que debe surtir el grado jurisdiccional de consulta consagrado en el art. 69 del

C.P.T y S.S. para proteger el interés público, que está implícito en las eventuales condenas por las que el Estado debe responder.

Entonces, como quiera que la sentencia condenatoria de 19 de agosto de 2014, fue adversa a la demandada y no fue objeto de alzada por parte de Colpensiones, insoslayablemente debía ser enviada, como en efecto sucedió, al superior jerárquico en grado jurisdiccional de consulta, razón suficiente para denegar el amparo impetrado.

[...] (ii) Para la tramitación del referido grado jurisdiccional en los términos establecidos en el segundo inciso, basta con que la sentencia del a quo sea condenatoria -siendo indiferente si lo fue total o parcialmente-, e independientemente de que el fallo haya o no sido apelado -frente a todas o algunas de las condenas impuestas-, pues en todo caso opera la consulta, en tanto el colegiado de segundo grado tiene el deber de revisar, sin límites, la totalidad de las decisiones que le fueren adversas a La Nación, a las entidades territoriales, y descentralizadas en las que aquélla sea garante.

Lo expuesto encuentra apoyo en jurisprudencia de esta Sala, que, desde antaño, según lo recordó en providencia de hace más de una década -16 de marzo de 2000, rad. 12904-, adoctrinó que “cuando la consulta se surte a favor de la Nación, el Departamento o el Municipio, [...] sí es “forzosa, obligada e incondicionada”, tal como lo precisó esta Sala, en providencia del 24 de julio de 1980, pues aún en el evento de que la respectiva entidad impugne únicamente una o varias de las condenas impuestas, de todas formas, el *ad quem* tiene el deber de revisar, sin límites, la totalidad de ellas [...] (Subrayas fuera de texto).

Cumple memorar que si bien, la Consulta no es un recurso (CC C-968-2003), es un mecanismo de revisión oficioso que se activa sin la intervención de las partes. Igualmente, es una manifestación de los artículos 29 y 31 de la Constitución Política, en tanto ampara y protege los derechos fundamentales y garantías del trabajador, y vela por el interés público. En sentencia CC C-424-2015, se expuso:

Pese a que la jurisprudencia ha considerado que este mecanismo de control jurisdiccional de consulta no es propiamente un medio de impugnación, cuenta con una estrecha relación con los principios de derecho de defensa, debido proceso y doble instancia, sin que a la misma le sean aplicables todos los principios y garantías de la apelación, tanto así, que el juez que asume conocimiento en grado de consulta no está limitado por el principio de *non reformatio in pejus*, sino que oficiosamente puede hacer una revisión del fallo.

(...)

Lo anterior, se puede resumir en que el grado jurisdiccional de consulta (i) no es un recurso ordinario o extraordinario, sino un mecanismo de revisión oficioso que se activa sin intervención de las partes; (ii) es un examen automático que opera por ministerio de la ley para proteger los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores y la defensa de la justicia efectiva y, (iii) al ser un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de *non reformatio in pejus*.

De esta suerte, en los términos del artículo 133 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del estatuto adjetivo laboral, se configura una nulidad insubsanable, que impone el uso del remedio procesal pertinente. Como quiera que la Corte carece de competencia para declarar una nulidad suscitada en el trámite de instancias, se ordenará la devolución del expediente al Tribunal de origen, para que adopte los correctivos procesales y se resuelva el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, resuelve:

Primero: Declarar sin valor ni efecto el auto de 22 de agosto de 2018, por medio del cual se admitió el recurso de casación interpuesto por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. En consecuencia, declara nulo lo actuado con posterioridad a dicha providencia.

Segundo: Declarar improcedente el recurso extraordinario de casación concedido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante providencia de 22 de junio de 2018.

Tercero: Ordenar que regresen las diligencias a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali para que, conforme a lo indicado en la parte motiva de esta providencia, adopte los correctivos procesales pertinentes que permitan surtir en debida forma la segunda instancia en el presente proceso.

Notifíquese y cúmplase.

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ