

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	MARÍA CLEOFE MEJÍA MONTOYA
DEMANDADOS	COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.
RADICADO	05001-31-05-007-2020-00345-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto jurídico de afiliación y/o traslado de régimen pensional, y reliquidación pensional con régimen de transición.
DECISIÓN	Revoca, Adiciona y Confirma

Medellín, diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022)

Estudiado, discutido y aprobado en Sala virtual

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto en la Ley 2213 de 2022 que dispuso adoptar como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto Ley 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **MARÍA CLEOFE MEJÍA MONTOYA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **AFP PORVENIR S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 026**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la demandante y de COLPENSIONES, contra la sentencia que profirió el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 17 de febrero de 2022; a su vez, conocer en grado jurisdiccional de Consulta, en favor de Colpensiones, dicha decisión.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que la actora nació el 31 de diciembre de 1959 y es beneficiaria del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultándole aplicable el Decreto 758 de 1990.

Indicó que, durante toda su vida laboral la demandante realizó cotizaciones al entonces Instituto de los Seguros Sociales, ya que se afilió a dicha entidad desde el año 1988, y que también prestó servicios en el sector público, sin que en algunos periodos se le hubiere cotizado a caja o fondo administrador alguno.

Indicó que, en el año 1998, merced a ser engañada por asesores del fondo de pensiones PORVENIR S.A., fue inducida en error, y sin que se le hubiere efectuado un estudio detallado y pormenorizado de su situación concreta y omitiendo brindar asesoría, fue trasladada a dicha administradora. Se dice que, posteriormente se trasladó en el año 2000 a la entonces HORIZONTE S.A.

Adujo que, luego de haber reclamado el reconocimiento de la pensión de vejez desde el año 2015, contando con la edad de 55 años cumplidos, la entidad COLPENSIONES expidió la Resolución Nro. GNR 40666 del 4 de febrero de 2017, a través de la cual le reconoció la pensión, aunque bajo el artículo 33 de la Ley 797 de 2003, estimando que debió habersele reconocido bajo el Decreto 758 de 1990 como beneficiaria del régimen de transición pensional, ya que cumple con los presupuestos de conservación de dicho régimen conforme a lo establecido por el Acto Legislativo 01 de 2005. La

prestación reconocida ascendió a una mesada pensional primigenia (para 2017) de \$1.264.667, producto de haber aplicado una tasa de reemplazo del 65,70% sobre un IBL de \$1.924.912, con base a 1,398 semanas cotizadas.

Mencionó haber reclamado administrativamente el reconocimiento de la reliquidación y que la entidad expidió la Resolución SUB 174825 del 5 de julio de 2019, a través de cual negó ese derecho.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare ineficacia de la afiliación de la señora MARÍA CLEOFÉ MEJÍA MONTOYA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., y que, en consecuencia, se declare que su afiliación ha permanecido sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES y que nunca perdió los beneficios del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, correspondiendo la aplicación del Decreto 758 de 1990. Que, a consecuencia de dichas declaraciones, se condene a COLPENSIONES a reajustar la pensión de vejez que le fue reconocida, bajo una tasa del 90% propia del decreto 758 de 1990, que se le pague el retroactivo por mayor valor resultante de la reliquidación, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las sumas objeto de condena y las costas procesales del juicio.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las accionadas a dar respuesta a la misma por intermedio de sus respectivos apoderados judiciales.

COLPENSIONES describió el traslado de esta acción (PDF 13 del expediente digital), y través del mismo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; acepto como ciertos, los hechos relativos a la edad de la demandante, su número de semanas cotizadas y su actual calidad de pensionada por vejez en el régimen de prima media con prestación definida,

negando los demás hechos y, propuso en su defensa las excepciones perentorias que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN, INDEBIDA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE ASESORÍA DE TRASLADO PENSIONAL, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR – Pérdida del régimen de transición, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RELIQUIDAR O REAJUSTAR LA PENSIÓN DE VEJEZ DE ACUERDO AL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER INTERESES MORATORIOS DEL ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993 y INVERSIÓN DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA, ERRÓNEA INTERPRETACIÓN E INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL”*, entre otras.

La **AFP PORVENIR S.A.**, a través de su apoderado dio respuesta a la demanda (PDF 20 del expediente digital), negando los hechos de la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas y, propuso las excepciones perentorias que denominó: *“PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y BUENA FE”*.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública de juzgamiento celebrada el 17 de febrero de 2022, la Juez de conocimiento declaró ineficaz el acto de traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. y se abstuvo de imponer condena económica a dicha entidad, teniendo en cuenta que la asegurada ya se encuentra afiliada a COLPENSIONES, afiliación que declaró que siempre ha existido sin solución de continuidad, argumentando además que PORVENIR S.A., en su momento ya trasladó las sumas correspondientes, merced a lo cual ya se le había reconocido la pensión de vejez a la demandante por parte de COLPENSIONES.

Al entender que, por la declaratoria de ineficacia, la actora nunca había estado afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, declaró que es beneficiaria del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 con derecho a la aplicación de la Ley 33 de 1985. En consecuencia,

condenó a COLPENSIONES a pagar a título de reliquidación pensional por monto, en favor de la señora MARÍA CLEOFÉ MEJÍA MONTOYA, la suma de **\$12.800.596**, reliquidación por mayor valor causado entre el 19 de enero de 2017 y el 28 de febrero de 2022. A partir del 1º de marzo de 2022 impuso a COLPENSIONES la obligación de continuar reconociendo una mesada pensional a la demandante por valor de **\$1.727.252**.

Impuso las costas del proceso en la primera instancia a cargo de PORVENIR S.A., absteniéndose de condenar en costas procesales a COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, se apoyó en la jurisprudencia de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, acogiendo las tesis de la inversión de la carga de la prueba, las obligaciones de asesoría en cabeza de los fondos y la inaplicabilidad de la prescripción extintiva a estos casos, para concluir sosteniendo que PORVENIR S.A. no alcanzó a probar haberle dado asesoría a la demandante en el momento oportuno, lo cual habría hecho que se configurara la ineficacia del acto de traslado.

En cuanto a la pretendida reliquidación pensional, entendió que la demandante es beneficiaria del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al haber cumplido la edad mínima de 55 años antes del 31 de diciembre de 2014, resultándole aplicable la Ley 33 de 1985, dada su calidad de servidora pública al 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia del sistema pensional, considerando que cumplía con más de 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

En consecuencia, ordenó aplicar el monto del 75% sobre el IBL ya calculado por la entidad (\$1.924.912), encontrando una mesada pensional primigenia para el 19 de enero de 2017 por valor de \$1.443.684, respecto de la cual existía una diferencia con la mesada reconocida por COLPENSIONES, de \$179.017 para el año 2017, diferencia que para el año 2018 ascendió a la suma mensual de \$186.339, para el 2019 una diferencia mensual de \$192.264, para el 2020 una diferencia mensual de \$199.570, para el 2021 de \$202.783 y para el 2022 de \$214.179. Encontró que no resultaban procedentes los intereses

moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ya que, en este caso se advertía que concurría una razón excusante a Colpensiones del pago de estos intereses, conforme a lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL11427 de 20016 y SL12765 de 2017, consistente en que la entidad reconoció la prestación con apego a la ley, como quiera que el beneficio de la transición solo surge a partir de la sentencia, sin que pueda ser oponible a Colpensiones el que no hubiere aplicado la Ley 33 de 1985, ya que la entidad debía ser consecuente con el traslado de la demandante al RAIS, que se está declarando ineficaz solo en esta providencia. En consecuencia, ordenó la indexación del retroactivo por reliquidación.

Argumentó que no se configuraba la regla extintiva de la prescripción, en atención a que en junio de 2019 COLPENSIONES emitió un acto administrativo resolviendo una solicitud de reliquidación pensional, con lo que se habría interrumpido el término de prescripción.

VI. – RECURSOS DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Dicha sentencia fue recurrida por los apoderados judiciales de COLPENSIONES y de la demandante.

APELACIÓN LA PARTE DEMANDANTE: su apoderado judicial refiere que, si bien está conforme con el sentido condenatorio del fallo, no está de acuerdo con que se hubiere accedido a la reliquidación de la pensión de vejez bajo la Ley 33 de 1985, considerando que el derecho debió haberse reconocido con el Decreto 758 de 1990, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, ya que en la historia laboral de la demandante se visualiza que la asegurada tiene unos periodos cotizados al entonces Instituto de los Seguros Sociales, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (entre abril y octubre de 1988). Estima que esta circunstancia le permitiría a la demandante ser beneficiaria de la aplicación del Decreto 758 de 1990.

Citó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, radicado 33.140 del 27 de mayo de 2009, donde se dijo que en una misma persona podía concurrir la

calidad de pertenecer a un régimen pensional y a otros, siendo pertinente que se le aplique el más favorable. También citó la sentencia de casación SL2557 de 2020, en la que se cambió el criterio jurisprudencial y se estableció que en el marco del Decreto 758 de 1990 es pertinente la sumatoria de tiempo cotizado con tiempo público servido.

También recurrió la absolución por el pago de los intereses moratorios, argumentando que dichos intereses no son resarcitorios sino compensatorios de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y que se causan cuando la pensión no se reconoce conforme a la disposición normativa aplicable, sin que sea dable atender objetivos de buena o mala fe. Al efecto citó la sentencia SL3130 de 2020, en la que se señaló que los intereses moratorios se causan en reajustes pensionales.

APELACIÓN DE COLPENSIONES: Presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, y lo sustentó expresando que el acto de traslado al RAIS de la demandante fue completamente válido, al haberse cumplido con los requisitos establecidos en la norma vigente para la época, que dicho traslado fue producto de la facultad de elección que tiene los afiliados en el sistema de seguridad social de conformidad al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que conforme a ello, es claro que la demandante perdió el beneficio del régimen de transición pensional, de conformidad al inciso 4º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Citó la sentencia C789 de 2002 para reiterar que el traslado al RAIS constituye una causa legal para perder el régimen de transición pensional y que, si bien, fue aceptada nuevamente en COLPENSIONES, ello no significó que pudiese recuperar el régimen pensional, dada la validez de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Alegatos de Conclusión:

En la debida oportunidad procesal, los apoderados de las partes presentaron alegatos de conclusión, a través de los cuales insistieron en sus distintas posturas. Sus alegatos fueron desde atacar la declaratoria de

ineficacia del acto, pasando por el análisis de los vicios del consentimiento, los aspectos facticos y jurídicos por los que la sentencia de primera instancia debe modificarse, confirmarse o incluso revocarse, y haciendo hincapié en el principio de la sostenibilidad financiera de las entidades, cada una de ellas acudiendo a las tesis que sustentan sus intereses.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, se pasa a resolver de fondo, previas las siguientes.

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica procesal, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Naturaleza jurídica de la pretensión. - Ineficacia en el traslado de régimen pensional.

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por los apoderados judiciales de la demandante y de PORVENIR S.A., esto es, si el acto jurídico de afiliación y/o traslado entre regímenes pensionales suscrito entre la demandante MARÍA CLEOFÉ MEJÍA MONTOYA y la AFP PORVENIR S.A. en el año 1998, se encuentra o no afectado en su eficacia, y en caso de estarlo, se resolverá si esta Sala dispone de la competencia para analizar los efectos jurídicos de dicha ineficacia, solicitados en el caso concreto, esto es, si le asiste derecho, vía recuperación del régimen de transición pensional previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 a acceder a la reliquidación de la mesada pensional que hoy le paga COLPENSIONES, bajo las condiciones del Decreto 758 de 1990, que permite una tasa de reemplazo de hasta el 90%.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y el traslado entre regímenes que en tal virtud se efectúe, tiene como presupuesto

esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar del cambio de régimen pensional, el cual ha de venir suministrado y garantizado por el agente adscrito al respectivo fondo, esto es, es de la propia esencia del acto de traslado, el suministro cabal y absoluto de toda la información, incluyendo el asesoramiento sobre todas las implicaciones pensionales y consecuencias que para el caso concreto pueden darse, ya que se trata de una decisión relevante de la cual depende el futuro pensional del asegurado.

Esto lleva a la Sala a advertir que las obligaciones de asesoría no fueron creadas por el Legislador a través de recientes normas, sino que desde la propia concepción dualista de dos regímenes pensionales a través de la Ley 100 de 1993, se establecieron como de su propia esencia.

Así, la asesoría a cargo de la administradora, se erige en una obligación insoslayable, teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los efectos económicos que puede representar una decisión de tal naturaleza.

En términos generales, es preciso referir que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando la tesis sobre la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, y a través de las sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019, ha consolidado su línea jurisprudencial, la cual venía desarrollándose –en su orden- a través de las Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017, decantando que el deber de información es ineludible; que este tema a nivel procesal se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de

asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

Es importante destacar que, el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se le brinden al asegurado, después de haber tomado la decisión inicial, o por el hecho de que el asegurado se haya trasladado incluso entre varias administradoras pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, por lo que un dato será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad”* (Sentencia CSJ SL 1688 de mayo de 2019).

A partir de lo anterior, pasa a desatarse la alzada conforme al...

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar, que conforme a la prueba documental obrante en los PDF 14 y 20 del expediente digital, se advierte que la señora MARÍA CLEOFÉ MEJÍA MONTOYA, se afilió al entonces al Instituto de los Seguros Sociales (hoy Colpensiones), el 27 de abril de 1988 y posteriormente, suscribió formulario de afiliación y/o trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. el día 18 de diciembre de 1998, administradora donde permaneció afiliada hasta el día 2 de marzo de 2000 cuando suscribió formulario de afiliación a la entonces HORIZONTE S.A., entendiéndose que por la fusión que operó entre dichas administradoras del RAIS, fue a PORVENIR S.A. que estuvo afiliada en dicho régimen. Posteriormente, retornó nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, a partir de febrero de 2007, haciendo uso del periodo de gracia conferido por la Ley 797 de 2003.

La señora MARÍA CLEOFÉ MEJÍA MONTOYA laboró en el sector público territorial entre el 18 de enero de 1989 y el 31 de diciembre de 1990 al servicio del MUNICIPIO DE MEDELLÍN y entre el 1º de enero de 1991 y el 30 de junio de 1995 al servicio de la ESE METROSALUD, cumplió los 55 años de edad el 31 de diciembre de 2014, y COLPENSIONES le reconoció la pensión a través de la Resolución Nro. GNR 40666 del 4 de febrero de 2017, aplicándole el artículo 33 de la Ley 797 de 2003, mesada pensional que ascendió para 2017 a la suma de \$1.264.667, producto de haber aplicado una tasa de reemplazo del 65,70% sobre un IBL de \$1.924.912, con base a 1,398 semanas cotizadas.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones en que se apoyó la A quo para haber llegado a la conclusión de que el traslado de la señora MEJÍA MONTOYA fue ineficaz al no haberse probado en el juicio que PORVENIR S.A. hubiere en realidad brindado una completa y cabal asesoría a la asegurada, esta sala encuentra que dichos argumentos son acertados y se encuentran ajustados al sentido de la jurisprudencia nacional, ya que consultan las particularidades del caso. La juez de primera instancia fue consecuente con la tesis de la ineficacia, partió del principio de inversión de la carga de la prueba conforme al inciso 2º del artículo 167 del Código General del Proceso, advirtiendo que era PORVENIR S.A. a quien le correspondía probar que en realidad brindó una asesoría, esto es, se encontraba en mejor posición de probar, dada su cercanía con el material probatorio y ser quien maneja los aspectos y pormenores técnicos de la afiliación, sin que haya allegado al proceso más que el formulario de afiliación, el cual por sí mismo no permite inferir que a la asegurada se le haya brindado la asesoría.

Conforme a lo anterior, esta sala no encuentra procedente el inconformismo de la apoderada judicial de COLPENSIONES, cuando a través de la sustentación de su apelación insiste en que el acto de traslado al RAIS de la demandante fue completamente válido, al haberse cumplido con los requisitos establecidos en la norma vigente para la época, ya que no puede entenderse que haya sido recientemente que se haya impuesto el deber de asesoría, el cual es evidente que surgió desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, como un presupuesto sustancial para la eficacia del acto y para que se pudiese ejercer el derecho a la libre elección de régimen pensional.

Así, esta sala no acoge los planteamientos de la apoderada judicial de COLPENSIONES en el sentido que el traslado de la demandante se dio en un escenario libre y de claro ejercicio de una voluntaria elección.

Ahora, la apoderada judicial de COLPENSIONES citó la sentencia C789 de 2002 para reiterar que el traslado al RAIS constituye una causa legal para perder el régimen de transición pensional y que, si bien, fue aceptada nuevamente en COLPENSIONES, ello no significó que pudiere recuperar el régimen pensional, dada la validez de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad; sin embargo, el análisis no pasa por auscultar si se cumplen o no los presupuestos decantados por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002, sino que, al partir de la ineficacia del acto, esto es, su ausencia de efecto y no haber nacido a la vida jurídica el acto de afiliación, no se trataba de un tema de recuperación de la transición, sino de simplemente ser consecuente con una pertenencia al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, dada la ineficacia del acto.

En consecuencia, esta sala **confirmará** los numerales 1º y 2º de la sentencia de primera instancia, en cuanto declararon la ineficacia del traslado de la señora MARÍA CLEOFÉ MEJÍA MONTOYA al régimen de ahorro individual con solidaridad y tuvo, para todos los efectos legales a la asegurada como afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

No obstante, en atención a que la A quo no emitió ninguna orden de retorno económico a PORVENIR S.A., pese a que se declaró la ineficacia del acto y es preciso que retornen al estado anterior todas las condiciones, y dentro de ellas, que deba remitirse los descuentos realizados, esta sala **adicionará** el numeral 1º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de que PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, los descuentos que hubiere realizado a la cotización de la señora MARÍA CLEOFÉ MEJÍA MONTOYA correspondientes a cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

Ello por cuanto, a la entidad pública codemandada COLPENSIONES, debe garantizársele la integridad de la cotización sin descuento alguno, ya que es la entidad a la cual la asegurada ha estado afiliada sin solución de continuidad, es quien en la actualidad le paga la prestación, y al haberse declarado la ineficacia, pierden soporte jurídico los descuentos que, en su momento efectuó PORVENIR S.A.

Si bien, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece la facultad que tienen las administradoras de descontar los gastos de administración y demás descuentos, ello opera en el marco de un traslado que no adolezca de eficacia, esto es, que se trate de una pertenencia al régimen legítima que no sea ineficaz. Así, en actos jurídicos que conserven su validez y se hayan realizado en condiciones ordinarias con la garantía del buen consejo, el acompañamiento y la asesoría, es evidente que dichos descuentos pueden realizarse y no existiría lugar a devolverlos. No obstante, mientras el acto sea ineficaz, se encuentra justificado el retorno económico global de todo lo que se hubiere generado en virtud de ese acto que no nació a la vida jurídica.

Ahora, no puede negarse que en el sub judice ya operó un traslado económico de la cuenta de ahorro individual de la asegurada y sus rendimientos, merced a su retorno a COLPENSIONES a partir de febrero de 2007, cuestión que incluso sustenta el hecho de que la asegurada se encuentre actualmente pensionada y que en el PDF 14 del expediente se observe su historia laboral consolidada en COLPENSIONES, con el capital ahorrado en su momento en el RAIS convertido a semanas efectivamente cotizadas en prima media, sin embargo, es pertinente que PORVENIR S.A. también traslade las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, conceptos que deberán trasladarse debidamente indexados.

Es preciso recordar que los efectos de la ineficacia se traducen en el hecho de que las cosas deban retornar al estado anterior, resultando intrascendente que la actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa que en su momento realizó PORVENIR S.A., en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización, ya que los

referidos descuentos también existen en el régimen de prima media con prestación definida, y no deben ser realizados por PORVENIR S.A., sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliada la actora y que es la entidad que en la actualidad le paga su pensión.

Al respecto, resulta oportuno citar el reciente criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien, en sentencia del 29 de julio de 2020, SL 2877, Radicación 78.667, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha recordado que *“la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida...”*.

Resuelto lo anterior, sería del caso pronunciarse sobre la apelación de la activa, referida a que se modifique la decisión de primera instancia, accediéndose a la reliquidación por monto, no bajo los presupuestos de la Ley 33 de 1985 como se resolvió, sino con aplicación del Decreto 758 de 1990, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, sin embargo, conforme a las facultades de que dispone este colegiado en virtud de la Consulta en favor de COLPENSIONES, y aunque ello no fue tema de disenso por las demandadas, esta sala advierte que el juez laboral ordinario no debe ocuparse del tema de la reliquidación pensional de la demandante, al tratarse de un asunto para el cual no se dispone de competencia.

En efecto, sin que exista ninguna duda en cuanto a que la señora MARÍA CLEOFÉ MEJÍA MONTTOYA era una empleada pública, adscrita al régimen territorial, trabajadora de METROSALUD, quien solo empezó a tener cotizaciones al sistema general de pensiones a partir del 1º de julio de 1995, en virtud de la égida que para ese sector tuvo por égida la Ley 100 de 1993, encontrándose además evidenciado que se desempeñaba en el sector salud de entidad pública como higienista oral, es claro que su situación pensional debe ser resuelta por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Cabe señalar que no se presenta esta falta de competencia frente a la ineficacia en el traslado de régimen, como quiera que ello comporta un tema de afiliación y de validez que sí es propio de la competencia del juez ordinario de la seguridad social, pero el tema del reconocimiento de su pensión o la reliquidación de la misma es un tema que el legislador, en virtud de su potestad configurativa, ha establecido como propio de la competencia del juez contencioso administrativo.

En efecto, el artículo 104 del Código Contencioso Administrativo establece que el juez contencioso conoce de los procesos *“relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público”*.

En el presente caso, es innegable que la pretensión de reliquidación, de ninguna manera va dirigida a PORVENIR S.A., en tanto, si bien dicha entidad está vinculada a esta litis, su vinculación solamente se da en el marco de la declaratoria de la ineficacia, pero su comparecencia al juicio no abarca el tema de la reliquidación, ya que es incluso COLPENSIONES quien paga actualmente la pensión de vejez a la demandante.

En consecuencia, al no disponerse de competencia, y tratarse del factor subjetivo, el cual, al tenor de lo dispuesto por el artículo 16 del Código General del Proceso, es improrrogable, esta sala se marginará del conocimiento del tema de la reliquidación, solo pronunciándose sobre la ineficacia.

Así las cosas, esta sala **revocará** los numerales 4º, 5º y 6º de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, en cuanto declararon que a la señora MEJÍA MONTOYA le asistía derecho a la reliquidación pensional por monto, condenaron al pago del respectivo retroactivo pensional por reliquidación y determinaron la mesada que COLPENSIONES debía continuar pagándole a la asegurada desde marzo de 2022, para en su lugar **DECLARAR LA FALTA DE COMPETENCIA** para resolver sobre la pretendida reliquidación pensional.

La anterior decisión resuelve tácitamente el inconformismo de la activa con la sentencia de primera instancia, ya que, al haberse fulminado la condena a la reliquidación pensional, queda relevada esta sala de entrar a analizar si es procedente que la misma se realice bajo una tasa del 90% y si hay o no lugar a intereses moratorios.

En consecuencia, deberá la señora demandante acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a definir el tema relativo a la reliquidación pensional por monto.

Costas Procesales.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la decisión proferida, en esta instancia no se han causado costas procesales, al haber resultado desfavorables los recursos de apelación interpuestos por las partes.

VIII. - DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral 1º de la parte resolutive de esa misma sentencia, a efectos de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade a **COLPENSIONES** los descuentos que hubiere realizado a la cotización de la señora **MARÍA CLEOFÉ MEJÍA MONTOYA** correspondientes a cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, descuentos que hubiere efectuado por el tiempo que la asegurada estuvo afiliada a esa administradora, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales 4º, 5º y 6º de la sentencia de primera instancia objeto de apelación y consulta, proferida por el JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en cuanto declararon que a la señora **MARÍA CLEOFÉ MEJÍA MONTOYA** le asistía derecho a la

reliquidación pensional por monto, condenaron al pago del respectivo retroactivo pensional por reliquidación y determinaron la mesada que COLPENSIONES debía continuar pagándole a la asegurada desde marzo de 2022, para en su lugar **DECLARAR LA FALTA DE COMPETENCIA** para resolver sobre la pretendida reliquidación pensional, según las consideraciones expuestas en esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR dicha decisión en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: ABSTENERSE de imponer condena en costas procesales, según lo expuesto en precedencia.

QUINTO: En su oportunidad procesal, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

SEXTO: SE ORDENA la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL
Magistrada