

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	GLORIA MARÍA MONTOYA SUAREZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RADICADO	05001-31-05-011-2019-00727-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Revoca, Adiciona y Confirma

Medellín, veintiséis (26) de julio de dos mil veintidós (2022)

Estudiado, discutido y aprobado en sala virtual

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA (con ausencia justificada), LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y una vez surtido el traslado correspondiente, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **GLORIA MARÍA MONTOYA SUAREZ** 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 033**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia que profirió el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 22 de marzo de 2022; y a su vez conocer dicha sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que la demandante, quien nació el 6 de abril de 1960, laboró al servicio del MUNICIPIO DE MEDELLÍN desde el 29 de junio de 1991 hasta el 30 de junio de 1995, posteriormente se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el entonces Instituto de los Seguros Sociales desde julio de 1995, y; en junio de 2002, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP PORVENIR S.A., donde permanece actualmente.

Se duele que los asesores ejecutivos del RAIS no le brindaron la información suficiente para haber tomado la decisión pertinente con la información determinante y ajustada a su situación concreta; y que, al contrario, le ocultaron información relevante al momento de ser atendida para afiliarse a PORVENIR S.A., por lo que considera que su decisión se encuentra viciada y afectada en su validez, por ausencia del conocimiento sobre las consecuencias jurídicas de su traslado de régimen pensional.

Indicó que las proyecciones económicas que le fueron presentadas por PORVENIR S.A. dan cuenta de que la pensión que le hubiera correspondido en el régimen de prima media con prestación definida habría resultado significativamente superior a la que le sería pagada en el régimen de ahorro individual cuando cumpla los requisitos pensionales mínimos.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por PORVENIR S.A., y que en consecuencia, se ordene a dicha administradora trasladar a COLPENSIONES todos los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas y aceptar a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, condenando a las demandadas a reconocerle las costas procesales del juicio.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las demandadas a descorrer el traslado de esta acción.

COLPENSIONES, a través de la contestación allegada (PDF 3 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; aceptó los hechos de la demanda referidos a la edad de la demandante y las afiliaciones a prima media y a ahorro individual, así como el agotamiento de la reclamación administrativa, y; propuso las excepciones perentorias que denominó *“INEXISTENCIA DE LA INEFICACIA DE TRASLADO, INDEBIDA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE ASESORÍA DE TRASLADO PENSIONAL, LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA NO PUEDE SER APLICADA EN FORMA GENÉRICA, SIN NINGUNA PONDERACIÓN, DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES – ARTÍCULO 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, EQUIVALENCIA DEL AHORRO O DIFERENCIAS PENSIONALES, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN DEBIDAMENTE INDEXADAS, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPROCEDENCIA DE INTERESES MORATORIOS, PRESCRIPCIÓN, EXCEPCIÓN INNOMINADA e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”*.

PORVENIR S.A. describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 6 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, formuló las excepciones perentorias que denominó *“PRESCRIPCIÓN, BUENA FE y COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 22 de marzo de 2022, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., y le impuso la obligación de trasladar a COLPENSIONES, sin precisar en qué término, todos los aportes efectuados por la asegurada, incluidas las cotizaciones con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado, además ordenó que se incluyan los gastos de administración, primas previsionales y porcentajes del fondo de garantía mínima que se hayan descontado durante el tiempo que la asegurada estuvo afiliada a PORVENIR S.A., ordenando el pago de la indexación de estos tres últimos rubros, calculada al momento del traslado de los recursos. Impuso a PORVENIR S.A. la obligación de que dicho traslado se realice con la discriminación y pormenorización de los rubros con la justificación de cada una de las sumas y su procedencia y concepto.

A COLPENSIONES le ordenó aceptar el retorno de la demandante, recibir las mencionadas sumas, activar su afiliación a prima media sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral y reconocerle la pensión de vejez desde el 1º de noviembre de 2019, aplicándole el monto del artículo 10º de la Ley 797 de 2003, con el pago del respectivo retroactivo pensional desde la referida fecha con el pago de la indexación de las mesadas pensionales.

Condenó en costas procesales a PORVENIR S.A y a COLPENSIONES, explicando que, en virtud del criterio objetivo dichas agencias en derecho se

hacían imperiosas a cargo de ambas entidades, aunque las reguló conforme al grado de responsabilidad de cada una de las demandadas.

El principal argumento del A quo para declarar la ineficacia, desarrolló toda la tesis jurisprudencial que en la actualidad sostiene la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, sobre la inversión de la carga de la prueba, la insuficiencia del formulario para acreditar asesoría, la relevancia de la oportunidad en que se reciba la asesoría, la imposibilidad de que la ineficacia se sanee por prescripción o por traslados en el mismo régimen de ahorro individual con solidaridad y el derecho a la libre selección de régimen pensional.

Con respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, estimó que en el juicio se encontraban claramente acreditados los requisitos legales para que la demandante acceda a la pensión de vejez, esto es, la edad cumplida desde el 6 de abril de 2017 y el número mínimo de semanas reunidas ampliamente al 1º de noviembre de 2019.

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

La sentencia de primera instancia fue apelada por las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES.

Apelación de PORVENIR S.A.: Recurrió la decisión en todo su sentido general, solicitando su revocatoria. Lo sustentó argumentando que PORVENIR S.A. cumplió con los deberes de información y asesoría establecidos para la época en que se llevó a cabo el traslado por parte de la asegurada, sin que se le pueda exigir a la AFP el cumplimiento de obligaciones que solo han venido a establecerse a partir de la promulgación de recientes normas, destacando que en el debate probatorio no quedó establecida la existencia de vicio alguno sobre el acto de afiliación de la demandante, considerando que las posturas jurisprudenciales actuales no deben ser aplicadas a un caso anterior a dichos pronunciamientos.

Añadió que la demandante no tachó de falso el formulario de afiliación a la AFP demandada, lo cual dota dicho documento de validez al interior del proceso.

Mencionó el interrogatorio de parte que absolvió la demandante, destacando que en dicha diligencia quedó claramente establecido que la actora incurrió en confesiones, determinadas por una motivación netamente económica para entablar esta demanda ante el incumplimiento de sus expectativas pensionales, el no conocer las características de uno y otro régimen por parte de la asegurada, el no haberse acercado a una administradora a profundizar sobre el tema y no haber accedido a una proyección pensional a partir de la cual se puedan establecer diferencias.

Subsidiariamente solicitó que, de confirmarse la declaratoria de ineficacia, se revoque la orden de trasladar a COLPENSIONES las cuotas de administración y primas previsionales al tratarse de rubros que no hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la asegurada, son rubros que le permitieron acceder a la asegurada a la cobertura sobre los riesgos, compensan una correcta administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual y se hicieron con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Apelación de COLPENSIONES: Se opuso a la totalidad de la sentencia, destacando: - que la asegurada se encuentra inmersa en la prohibición legal de retorno establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; - La demandante se trasladó de régimen por voluntad propia, sin que se haya demostrado a la fecha la existencia de algún vicio en el consentimiento; - Tuvo la posibilidad de haber solicitado información a PORVENIR S.A. durante todos los años en que permaneció afiliada, y sin embargo no lo hizo; - Estima que el acto de traslado fue valido, si se tiene en cuenta que los deberes de información y asesoría solamente vinieron a surgir desde el año 2009 y no estaban vigentes para el momento en que la asegurada se trasladó de régimen pensional, al efecto citó varias disposiciones legales y circulares de autoridades administrativas, insistiendo en que la declaratoria de ineficacia es desproporcionada teniendo en cuenta que esas normas no rigieron de manera retroactiva; - Considera que el

caso debe ser analizado a la luz de la Ley 100 de 1993 en su versión original, sin que sea pertinente acudir a otras disposiciones; - Subsidiariamente solicitó que, de confirmarse la declaratoria de ineficacia, se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la asegurada, incluyendo los rendimientos, porcentajes de garantía de pensión mínima, primas previsionales y cuotas de administración, frutos e intereses, con la respectiva indexación. Citó jurisprudencia para respaldar esa solicitud, mencionando la equivalencia de los aportes y la sostenibilidad financiera del sistema pensional; - En punto al reconocimiento de la pensión ordenada, estimó que esa prestación debe ser asumida directamente por el fondo privado y solicitó se revise la fecha de disfrute ordenada por el A quo, teniendo en cuenta que en la historia laboral no se evidencia una novedad de retiro del sistema pensional o desafiliación y que se autorice el descuento de los aportes en salud. Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas procesales de primera instancia.

Alegatos de Conclusión:

En la oportunidad procesal correspondiente, las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A., Dra. Daniela Jaramillo Gamba, y de COLPENSIONES, Dra. Tatiana López Álvarez allegaron alegatos de conclusión. Esta sala le reconoce personería amplia y suficiente a esta última para representar los intereses de la entidad pública codemandada, conforme a la documentación allegada que acredita su condición de apoderada judicial sustituta de la entidad.

A través de dichos alegatos, cada una de las referidas apoderadas reiteró sus posturas, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia al estimar que el acto de traslado fue válido, se cumplió con los presupuestos y exigencias establecidas por el legislador para esas calendas, reseñaron la imposibilidad de retorno en que se encuentra la asegurada, y, en el caso de COLPENSIONES se solicitó que se salvaguarde la sostenibilidad financiera de la entidad, punto también destacado por la apoderada judicial de PORVENIR S.A., quien se opone a la devolución de las cuotas de administración y las primas previsionales.

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. - La Ineficacia en el traslado de régimen pensional. -

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A y de COLPENSIONES en sus respectivos recursos de apelación, sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones relacionada con la declarada ineficacia de traslado de régimen pensional, la aceptación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida que administra y el reconocimiento de la pensión ordenada en los términos en que se apoyó el A quo, en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Partirá la Sala de establecer si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizó la demandante, a través de la AFP PORVENIR S.A. alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

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 el PDF 2 del expediente digital, se comprueba que la señora GLORIA MARÍA MONTOYA SUAREZ, laboró al servicio del MUNICIPIO DE MEDELLÍN desde el 29 de junio de 1991 hasta el 30 de junio de 1995, sin cotizaciones, posteriormente se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el entonces Instituto de los Seguros Sociales desde julio de 1995, y; en junio de 2002, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP PORVENIR S.A., donde permanece actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la

actora, esta Sala encuentra que las mismas se encuentran ajustadas al sentido de la jurisprudencia nacional, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que la AFP convocada a juicio (PORVENIR S.A.) no alcanzó a probar haberle brindado asesoría a la actora con suficiencia en su proceso de traslado, en el momento en que la atendió para afiliarla.

Como lo ha decantado pacíficamente la jurisprudencia del órgano de cierre (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), es claro que la firma del formulario de afiliación no es una prueba certera de que hubiere existido un verdadero cumplimiento por parte de los fondos privados. La simple firma del formulario por parte del asegurado no puede tenerse como una prueba de que se le haya informado a cabalidad de todos los pormenores que le implicaban el cambio de régimen, y por ello el acto jurídico terminó afectado en su eficacia.

Es importante destacar que el derecho a la libre elección de régimen pensional contenido en la Ley 100 de 1993 en el marco del derecho a la seguridad social no riñe con las disposiciones legales que contemplan la exigencia del formulario, debiéndose entender que, más allá de la documentación formal, existe un sustrato material directamente relacionado con los derechos fundamentales que exige que el asegurado tenga una completa asesoría en su proceso de traslado de régimen pensional, la cual coloca a la respectiva administradora en el pleno del cumplimiento de sus obligaciones profesionales en ese sentido, bajo la dinámica del *“buen consejo”*.

Bajo estas consideraciones, el hecho de que la activa no haya tachado de falso el formulario de afiliación por falsedad no se erige en una situación de peso para revocar la sentencia.

Ambas recurrentes, tanto la apoderada judicial de COLPENSIONES, como la apoderada judicial de PORVENIR S.A. insistieron en que, para las fechas en que se llevó a cabo el traslado de régimen pensional, no se

encontraban vigentes las obligaciones de asesoría, acompañamiento y buen consejo que actualmente existen e, incluso, que el sentido de la jurisprudencia nacional sobre el tema de la ineficacia no puede ser aplicado de manera uniforme y retroactiva a casos que se configuraron con anterioridad. En esta dirección argumentativa, la apoderada judicial de COLPENSIONES argumentó que la Ley 100 de 1993 en su versión original que es la norma que estima debe aplicarse, no contempla esas obligaciones de asesoría en términos de cabal acompañamiento, como sí existe actualmente.

Esta sala encuentra que no le asiste razón a las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES en dichos argumentos, como quiera que las obligaciones que se radican en cabeza del fondo privado, de acompañar al asegurado, asistirle de manera precontractual y en todas las etapas del proceso de afiliación así como dispone de toda su capacidad técnica como entidad administradora de un servicio público esencial como el de la seguridad social, tienen su fuente directa en la Ley 100 de 1993, que establece con amplia regulación y trascendencia el derecho a la libre elección de régimen pensional. Los argumentos planteados por las referidas apoderadas no tienen la entidad de desvirtuar la declaratoria de ineficacia, haciéndose imperioso entender que, si bien más recientemente se han expedido disposiciones legales y reglamentarias que han ahondado en estos deberes, es desde la propia concepción de los regímenes pensionales que se estableció esta obligación.

Ahora, las consideraciones y las tesis jurisprudenciales de las corporaciones judiciales de cierre sobre este tema, pacíficas por demás, trazan todo el contexto de la ineficacia, con argumentos que no dejan duda acerca de la importancia, exigibilidad e imperiosa aplicación que caracteriza los deberes de asesoría y su exigibilidad a lo largo del tiempo.

Respecto a los aspectos que reseñó la apoderada judicial de PORVENIR S.A., relacionados con las apreciaciones que tiene con el interrogatorio de parte que se practicó a la demandante, en el que, a su juicio, quedó probado que a la demandante la motiva un inconformismo con su expectativa pensional que no alcanza a configurar falta de información que haga devenir en ineficaz el acto

de afiliación, esta sala no accede a esos argumentos, teniendo en cuenta que la dinámica probatoria en estos casos se rige por la inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole al fondo privado probar que efectivamente sí brindó asesoría, ante la afirmación indefinida que hace la activa en sentido contrario. No resultan determinantes las manifestaciones de la demandante en el interrogatorio de parte, ni alcanza a configurar confesiones que permitan revocar la sentencia. Por lo demás, lo dicho por la actora en su interrogatorio y de lo cual el recurrente deduce indefinición sobre las diferencias económicas que puedan existir en la mesada pensional en uno u otro régimen, tampoco resultan determinantes para entender que haya existido un verdadero proceso de asesoría y acompañamiento bajo los contornos del buen consejo.

De otro lado, en punto a resolver los argumentos de la apoderada judicial de COLPENSIONES cuando insiste en que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de retorno establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, al faltarle menos de 10 años para acceder a la edad pensional, esta sala no encuentra ajustados a derecho esos argumentos, ya que, si bien la restricción legal a que se hace referencia tiene vigencia y es aplicable, ello tiene égida en casos de libre elección, esto es, cuando se trata de traslados entre regímenes llevados a cabo en el marco de un proceso ordinario de elección, que no en casos de ineficacia, en los que la persona no retorna a COLPENSIONES sino en virtud de un efecto consecuencial, indicativo de que no ha existido solución de continuidad en su afiliación que, para todos los efectos legales permite asumir y entender que la persona siempre ha pertenecido a COLPENSIONES.

La apoderada judicial de COLPENSIONES insiste en que en el proceso no se demostró ningún vicio en el consentimiento que invalide el acto de traslado de régimen pensional que llevó a cabo la demandante, sin embargo, pierde de vista la apelante que en este caso rige la inversión de la carga de la prueba en estos casos le corresponde al fondo privado probar que efectivamente sí brindó asesoría al actor, ante la afirmación indefinida que hace la activa en sentido contrario. No sobra destacar que los elementos que establece el inciso 2º del artículo 167 del Código General del Proceso concurren todos en este caso, para

que se haga imperiosa dicha inversión probatoria (*“la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares”*).

Ahora, respecto a su razonamiento, en el sentido de que la asegurada tuvo la posibilidad de acudir directamente a PORVENIR S.A. en búsqueda de la información y la asesoría correspondientes, ello no se erige en razón para que se pueda entender derruida la ineficacia, como quiera que la misma jurisprudencia nacional ha sido enfática en reseñar que un dato, una asesoría, una proyección pensional o cualquier acompañamiento razonable que indique asesoría o suministro de información, esto es, la oportunidad de la información se juzga al momento del traslado y no con posterioridad, cuando el acto ya es ineficaz (Sentencia CSJ SL 1688 de mayo de 2019, entre otras).

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado de la señora GLORIA MARÍA MONTOYA SUAREZ dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional de la demandante, retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz de traslado a la AFP PORVENIR SA., esto es, se encuentra válidamente afiliada al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

El tema de las devoluciones económicas es pertinente revisarlo en virtud de la competencia en Grado Jurisdiccional de Consulta de que dispone este colegiado, que impone la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera de la entidad pública codemandada que será quien asuma las futuras prestaciones económicas de la seguridad social que deban pagársele a la demandante. A su

vez, este tema constituye punto de disenso en la apelación de PORVENIR S.A., e incluso, la apoderada judicial de COLPENSIONES, pese a que el A quo ordenó el traslado a la entidad pública de todas las sumas contenidas en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de la pensión mínima incluyendo la indexación de estos últimos tres rubros, también recurrió la decisión, por estimarla insuficiente.

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. solicitó, se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración y primas previsionales dada en el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia, al considerar que los descuentos que realizó PORVENIR S.A. a la cotización de la demandante se hicieron con fundamento en una disposición legal vigente (artículo 20 de la Ley 100 de 1993), estima que la devolución económica hacía prima media solo debe comprender cotizaciones y rendimientos financieros, no hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la asegurada, son rubros que le permitieron acceder a la asegurada a la cobertura sobre los riesgos y compensan una correcta administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual.

Esta sala encuentra que no le asiste razón a la apoderada judicial de PORVENIR S.A. en ninguno de los puntos sobre los que llama la atención de este colegiado, teniendo en cuenta que, a la entidad pública codemandada COLPENSIONES, debe garantizársele la integridad de la cotización sin descuento alguno, ya que será quien reciba la afiliación de la asegurada y para todos los efectos legales la tenga afiliada al fondo público sin solución de continuidad.

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 ineficacia, 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. Lo propio ocurre con el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 también citado por el recurrente.

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 de 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.

Respecto a las primas previsionales, si bien esas sumas fueron pagadas y brindaron cobertura a la asegurada, las mismas deben devolverse y ser asumidas directamente por PORVENIR S.A. de su propio patrimonio, que fue la entidad que dio lugar a la ineficacia y debe asumir estos rubros, para garantizar a COLPENSIONES la integridad de la cotización.

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...”*.

Es de tal relevancia el principio de sostenibilidad financiera y la importancia de que el mismo no se vea limitado por omitir ordenar retornar todos los descuentos que le hicieron a la cotización, que esta sala **adicionará** el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de que

la orden de traslado se lleve a cabo dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, teniendo en cuenta que el A quo omitió especificar el término en el debían llevarse a cabo esos traslados económicos.

En este punto, esta sala se abstendrá de realizar un pronunciamiento adicional sobre el aspecto sobre el que llama la atención la apoderada judicial de COLPENSIONES, quien insiste en su alzada que se ordene a PORVENIR S.A. trasladar las cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexadas, cuando esa fue precisamente la orden del A quo.

En lo que tiene qué ver con el reconocimiento de la pensión ordenada por el A quo, a cargo de COLPENSIONES, que se erige en un punto de revisión en virtud de la competencia de que dispone este colegiado en grado jurisdiccional de Consulta y que a la vez constituye punto de inconformismo planteado por la apoderada judicial de COLPENSIONES, esta sala no accederá a la petición que hace la recurrente en cuanto a que se deba ordenar a PORVENIR S.A. que reconozca y pague la pensión de vejez a la asegurada, como quiera que, de conformidad a las anteriores razones jurídicas la encargada de reconocer esa prestación es la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, siendo consecuentes con el efecto de la ineficacia en el sentido de que las cosas vuelvan al estado anterior. No obstante, con relación a las manifestaciones que bajo carácter subsidiario hace la recurrente, en el sentido de que no debe ordenarse el pago de la prestación en los términos en que los indicó el juez de primera instancia, en atención a que no se encuentra acreditada la novedad de retiro del sistema pensional, esta sala encuentra que le asiste razón a la togada que representa los intereses de COLPENSIONES, como quiera que ello es cierto, aunado a que en el proceso no quedó demostrado que la asegurada hubiere cesado en mantenerse activa en la fuerza laboral, siendo evidente, conforme a sus propios dichos en la diligencia de interrogatorio de parte, que actualmente no ha cesado de trabajar. En consecuencia, si bien, revisadas las piezas procesales es palmario que la señora GLORIA MARÍA MONTOYA SUAREZ cumplió los 57 años de edad el 6 de abril de 2017 y que al mes de octubre de 2019 cuenta con más de 1,300

semanas, aún no hay lugar a que se ordene el reconocimiento pensional como lo hizo el A quo procediendo a determinar incluso una fecha cierta de disfrute y condenando a la entidad al pago de la indexación sobre un retroactivo pensional del cual aun no se tiene certeza.

Así las cosas, **se revocarán** los numerales 6, 7 y 8 de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, en cuanto condenaron al reconocimiento pensional con el pago de la indexación, para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de ese reconocimiento.

Finalmente, con relación al disenso de la apoderada judicial de COLPENSIONES con la condena en costas de primera instancia que le fue impuesta a la entidad, merced a lo cual expuso los argumentos de que la entidad no debe asumir el pago de esas agencias en derecho, teniendo en cuenta que se trata de una persona jurídica completamente ajena al negocio jurídico que celebraron las partes y que devino en ineficaz, esta sala advierte que le asiste razón a la recurrente, como quiera que, efectivamente, no se encuentra justificada la condena en costas en contra de COLPENSIONES, sin que pueda imponerse la misma por el simple criterio objetivo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso. Es pertinente que se asuma que las causas que dieron origen a la ineficacia se soportan en hechos completamente ajenos a la entidad y que, conforme a la postura mayoritaria de este colegiado, es improcedente la condena en costas procesales a COLPENSIONES. En consecuencia, **se revocará** el numeral 9º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, únicamente en cuanto impuso condena en costas procesales a COLPENSIONES, para en su lugar ABSOLVER a la entidad de las mismas.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales, a cargo de PORVENIR S.A, por resultar vencida en el recurso de alzada, y en favor de la señora GLORIA MARÍA MONTOYA SUAREZ. Agencias en derecho: un (1) salario mínimo legal mensual vigente para 2022. En esta instancia no se

causan costas procesales a cargo de COLPENSIONES, en atención a que dicha entidad salió avante en la alzada.

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: REVOCAR los numerales 6, 7 y 8 de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, de fecha y procedencia conocidas, que se conoce en Apelación y Consulta, en cuanto condenaron al reconocimiento pensional con el pago de la indexación, para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de ese reconocimiento, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 9º de la parte resolutive de esa misma sentencia, únicamente en cuanto condenó a **COLPENSIONES** a pagar costas procesales de primera instancia para, en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** del pago de las referidas costas procesales, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de que, **PORVENIR S.A.**, traslade a **COLPENSIONES** los rubros ordenados, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: CONFIRMAR dicha sentencia en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto.

QUINTO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a **PORVENIR S.A.**, y en favor de la señora **GLORIA MARÍA MONTOYA SUAREZ**. Agencias en derecho: un (1) SMLMV para 2022, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

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

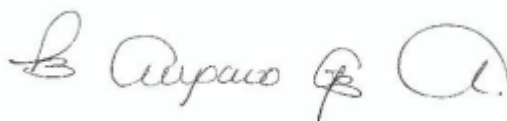
SÉPTIMO: SE ORDENA la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

(Sin firma por ausencia justificada)

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL