

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	ANGELA CARMELIA GONZÁLEZ DE RIVERA
DEMANDADOS	COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.
RADICADO	05001-31-05-013-2018-00050-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona y confirma

Medellín, veintisiete (27) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Estudiado, discutido y aprobado en sala virtual

Esta Sala asume la competencia en esta instancia, conforme a la regulación establecida por el Gobierno Nacional en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 *“por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*; en concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de Junio de 2020 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En consecuencia, conforme al trámite establecido en las citadas disposiciones, que habilitan el procedimiento de sentencia escrita, y cumplido el traslado a las partes en los términos reglados, procede la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín a proferir sentencia ordinaria

de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **ANGELA CARMELIA GONZALEZ DE RIVERA** en contra de **COLPENSIONES** y de la **AFP PORVENIR S.A.**

La Magistrada Sustanciadora, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**, declaró abierto el acto y a continuación, después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 022**, 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 Trece Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 10 de septiembre de 2019 y 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 actora se afilió al sistema general de pensiones el 5 de mayo de 1982 y aportó un total de 660 semanas. Luego de haber pertenecido al sector público territorial y al entonces Instituto de los Seguros Sociales, se afilió a PORVENIR S.A. desde febrero de 1995.

Se duele, que el asesor de PORVENIR S.A., no le brindó la información suficiente para haber tomado la decisión pertinente con la suficiente ilustración necesaria; y que, al contrario, le ocultaron información relevante, por lo que su decisión de afiliarse al RAIS se encuentra viciada de ineficacia.

Indicó que, en la actualidad cuenta con más de 1,480 semanas cotizadas y dijo ser beneficiaria del régimen de transición pensional.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial esta dirigida a que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por PORVENIR S.A., y que en consecuencia, se declare que la actora ha permanecido sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, y que se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los aportes en pensiones realizados por la asegurada, y a aquella entidad, recibir todos esos valores, activar su afiliación al régimen que administra, como si nunca hubiese dejado de pertenecer al mismo, tenerla por beneficiaria del régimen de transición pensional y reconocerle la pensión de vejez como beneficiaria de dicho régimen; y condenar a las demandadas al pago de 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 (folios 55 y ss. del expediente).

COLPENSIONES describió el traslado de esta acción, según escrito visible a folios 55 al 60 del expediente. A través del mismo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; aceptó la afiliación de la demandante y el agotamiento de la reclamación administrativa, negando los demás hechos, y; propuso las excepciones perentorias que denominó *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN INDEXADA e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”*.

PORVENIR S.A., por su parte, allegó contestación a la demanda, visible a folios 75 y siguientes del expediente.

A través de la misma, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas; negó los hechos de la acción, salvo la afiliación, y; propuso las excepciones perentorias que denominó *“PRESCRIPCIÓN, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, BUENA FE y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”*.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 10 de septiembre de 2019, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación, al advertir que PORVENIR S.A. no cumplió con su carga probatoria de acreditar haber brindado asesoría suficiente a la demandante, por lo que le impuso a dicha entidad, la obligación de trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración y rendimientos generados. A su vez, le impuso a Colpensiones la obligación de recibir las mencionadas sumas y, activar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, y condenó en costas procesales a PORVENIR S.A., en favor de la demandante.

Dentro de los argumentos de sustentación de la orden de devolución de los rendimientos y las cuotas de administración en que se apoyó la A quo, enarboló la obligación que le asiste a PORVENIR S.A. de efectuar dichas devoluciones dando observancia a la equivalencia del ahorro, como si la demandante hubiere permanecido siempre en prima media, teniendo en cuenta que ello se erige en presupuesto de recuperación del régimen de transición pensional.

Al constatar que la demandante tenía cumplidos los 55 años desde octubre de 2011 y más de 1,400 semanas cotizadas, advirtiendo configurado el requisito del beneficio del régimen de transición pensional con anterioridad al 31 de diciembre de 2014 y destacando que la demandante contaba con más de

750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, ordenó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez *“dentro de los 4 meses siguientes al recibo de los dineros provenientes de PORVENIR S.A., y una vez se acredite el retiro definitivo del sistema general de pensiones, o la cesación de sus aportes”*, conforme a la Ley 71 de 1988 como beneficiaria del régimen de transición pensional, sobre el IBL calculado en los últimos 10 años o toda la vida según el más favorable, con un monto del 75%, sobre 13 mesadas pensionales al año.

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

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

La apelación de PORVENIR S.A. se refirió a todo el sentido de la sentencia. Su inconformismo con la declaratoria de ineficacia lo sustentó afirmando que la vinculación de la demandante a PORVENIR S.A. se llevó a cabo con el cumplimiento de todas las exigencias legales, precedida de una decisión libre y voluntaria de afiliarse, con el suministro de una amplia asesoría verbal y sin que se presentara ningún vicio en el consentimiento, por lo que solicitó la revocatoria de dicha decisión.

También apeló la orden de trasladar con destino a Colpensiones las cuotas de administración, argumentando que la entidad adelantó una adecuada administración del ahorro, al punto de generar significativos rendimientos que evitan que se afecte la equivalencia de los aportes en uno y otro régimen, y; destacó que en ambos regímenes se cobran dichos gastos por virtud de la autorización contenida en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Agregó que ordenar esta devolución configuraría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, que percibiría unas comisiones sin haber adelantado gestión de administración de recursos.

Justificó la improcedencia de esta devolución citando el artículo 963 del Código de Comercio, conforme al cual, el aumento del valor adquirido por la cosa quedará en provecho del vendedor, cuando la restitución se deba a incumplimiento del comprador, regla a partir de la cual considera que la buena gestión de PORVENIR S.A. la exonera de este traslado.

La apelación de COLPENSIONES, por su parte, se refirió a su inconformismo con la declaratoria de ineficacia, a efecto de lo cual sustentó afirmando que no es justificado que habiendo transcurrido tanto tiempo desde la afiliación, y que se venga en este momento a declarar la ineficacia desconociendo que la demandante no buscó motu propio las herramientas y fuentes para obtener una completa asesoría; que no haya solicitado antes de la suscripción del formulario de traslado una proyección de su mesada pensional, y que, pese a haber considerado en su momento que había recibido la información suficiente, ahora reproche ese proceso de acompañamiento.

Destacó que en estos momentos existe una imposibilidad normativa (artículo 2º Ley 797 de 2003) para regresar a prima media.

Con relación a la orden de reconocimiento de la pensión de vejez, reseñó que las misma va en contra del principio de sostenibilidad financiera, en tanto no se le pueden imponer cargas a Colpensiones que la entidad no está obligada a soportar. Agregó que, si bien la demandante cuenta con las semanas y la edad para acceder al derecho, aún no se ha retirado del sistema pensional, por lo que no habría derecho al reconocimiento pensional.

Alegatos de Conclusión:

En la debida oportunidad procesal, el Dr. Alejandro Miguel Castellanos López, con TP Nro. 115.849 del CSJ, a quien se le reconoce personería jurídica amplia y suficiente para representar los intereses de PORVENIR S.A. presentó alegatos de conclusión. A través de los mismos solicitó revocar la sentencia de primera instancia, al considerar que en este caso no concurrió ningún vicio del consentimiento, se manifestó de manera libre y voluntaria el consentimiento por

parte de la asegurada, y no concurren las circunstancias fácticas para declarar la ineficacia. Dicha solicitud la sustentó a partir de consideraciones legales y jurisprudenciales.

La apoderada judicial de COLPENSIONES hizo lo propio, y a través de los alegatos solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de retorno del artículo 2 de la ley 797 de 2003; presentó argumentos que desarrollan el principio de sostenibilidad financiera, el cual considera alterado con la sentencia de primera instancia, y, presentó argumentos de hecho y de derecho para soportar su postura.

Y finalmente el apoderado judicial de la demandante, presenta sus alegatos de instancia, solicitando la confirmación de la sentencia de primer grado, argumentando para ello, que al interior presente trámite procesal, no existen pruebas documentales o de otra índole que demuestren que la Administradora PORVENIR S.A. le brindó a mi poderdante ÁNGELA CARMELIA GONZÁLEZ DE RIVERA una asesoría integral, veraz, oportuna y completa, en donde se le haya indicado las respectivas ventajas y desventajas de permanecer en el Régimen de Prima Media, o las desventajas y riesgos inherentes al traslado de régimen pensional efectuado el día 13 de enero de 1995. Tampoco existe prueba alguna que demuestre que la Administradora le haya entregado un Plan de Pensiones o el Reglamento de la Administradora, como lo exigía el artículo 15 del Decreto 656 de 1994. La Administradora nunca efectuó un cálculo, cuadro o proyección comparativa mediante la cual pudiera explicar la forma de pensionarse en uno u otro régimen pensional, o los requisitos y las variables usadas para liquidar su pensión. No le informó sobre el derecho de retracto. Tampoco se probó en ningún modo que se le haya informado que tenía una prohibición legal para regresar al Régimen de Prima Media faltándole 10 años para cumplir la edad pensional.

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; 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 y la orden de reconocimiento de la pensión de vejez una vez se verifique el retiro del sistema pensional, 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 RPM al RAIS que realizó la demandante a través de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y el traslado que en tal virtud se efectúe, teniendo movilidad entre del régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad, tiene como presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar de dicho cambio.

Más que simplemente tratarse del paso de un régimen de reparto que constituye un fondo público común, a un régimen fundamentado en el ahorro del propio asegurado, el fondo privado que recibe a la persona trasladada, a

través del agente adscrito a la administradora, debe garantizar al interesado una completa ilustración de las ventajas y desventajas que le representa en su caso concreto ese cambio. Y no se trata de una simple información o encuesta que se limite a indagar por los datos generales del afiliado, sino que debe corresponder a un examen real y profundo sobre todo su contexto laboral, familiar, económico e incluso social, de cara a la decisión que más convenga frente a los dos regímenes pensionales, en el marco del derecho a su libre elección.

De no realizarse esa antesala de asesoría, se afecta la eficacia y validez del acto de traslado, el cual será ineficaz, entendiéndose que el traslado nunca existió. Ello por cuanto, 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 subrayar, 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 luego de haber empezado a desarrollar una línea jurisprudencial desde el año 2008 (Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008), que fue decantando su posición a través del desarrollo de instituciones como “*el buen consejo*”, “*la inversión de la carga de la prueba*”, además de avanzar en la consolidación del concepto propio de la seguridad social, al pasar de entender

que, más que tratarse de una simple nulidad, lo que se presentaba con la ausencia de información, era la Ineficacia, como sanción propia del acto jurídico en estos temas (Sentencias 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), concluyó en una pacificada jurisprudencia (**sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019**), que en la actualidad continúa manteniendo su mismo sentido (Sentencia SL 3199 de 2020 entre otras).

Esta línea jurisprudencial, parte de destacar, que el deber de información es ineludible; que existe y se hace exigible, desde la propia creación de los regímenes pensionales que introdujo la Ley 100 de 1993, sin importar que, si bien se han promulgado normas más recientes en las que se ha desarrollado el tema (numeral 1º del Artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el Artículo 23 Ley 795 de 2003; Artículo 9 de la Ley 1328 de 2009 y Decreto 2555 de 2010), se trata de una obligación que deriva de la propia Ley 100 de 1993, que promulgó la existencia de los dos regímenes pensionales, y el derecho a la libre elección.

También ha quedado claro, que a nivel procesal, el tema 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 preciso, asimismo, tener en cuenta, que para la Sala de Casación Laboral (SL 1688 de mayo de 2019), *“a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*.

Esta postura es consecuente con los postulados que rigen en materia social, conforme a los cuales en el juicio jurídico sobre los derechos de los trabajadores y los afiliados a la seguridad social, resulta más relevante la realidad que los formalismos; la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrado la formación del derecho a la pensión, y; el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el traslado de régimen pensional, es el primero, 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 eventualmente exista movilidad 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 a folio 123, se advierte que la señora ANGELA CARMELIA GONZALEZ DE RIVERA, fue servidora pública del orden territorial, y por ende perteneciente al régimen de prima media con prestación definida, desde el 5 de mayo de 1982 al 1º de enero de 1992 al servicio del Servicio Seccional de Salud del Tolima; posteriormente, en el Gobierno Departamental del Tolima, se desempeñó del 2 de enero de 1992 al 31 de diciembre de 1994; perteneció al entonces Instituto de los Seguros Sociales solamente cotizando con un empleador privado el ciclo

enero de 1995; se desempeñó en el Ministerio de Salud entre el 1º de junio de 1996 y el 31 de agosto de 1998, y laboró al servicio del Instituto Nacional de Salud entre el 1º de febrero de 1999 y el 30 de septiembre de 2001 y por el mes de diciembre de ese mismo año. En febrero de 1995 se afilió a HORIZONTE S.A. (hoy PORVENIR S.A.), y a partir de agosto de 2003 se trasladó a PORVENIR S.A., que en la actualidad es la entidad que absorbió a HORIZONTE S.A., encontrándose actualmente en esta AFP.

Revisadas en detalle las consideraciones de la 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 PORVENIR S.A. no alcanzó a probar haber brindado asesoría con suficiencia a la demandante, en su proceso de traslado.

No puede pasarse por alto, que por el simple hecho que la actora haya suscrito un formulario de afiliación, ello equivalga a una completa asesoría conforme a las particularidades de su caso. Era obligación de PORVENIR S.A. haber brindado la suficiente información y asesoría para que la asegurada hubiere tomado la decisión que más le conviniera a su futuro pensional.

Para la época del traslado del demandante (año 1995), tal y como se refirió en precedencia, es evidente que eran exigibles estas obligaciones de asesoría, evidenciándose que la línea jurisprudencial en que se apoyó la A quo, y que esta Sala comparte, resultan completamente aplicables, siendo preciso concluir que el acto de traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual, a través de PORVENIR SA, fue ineficaz, y no produjo los efectos jurídicos pertinentes.

Se trata de la configuración de una sanción de pleno derecho (ineficacia), que se atribuye a la falta de cumplimiento de las obligaciones profesionales de la administradora del régimen privado, al no haber suministrado la información y asesoría pertinentes, en la oportunidad procedente, y no en otra posterior.

Esta sala no puede acoger los argumentos de la apoderada judicial de PORVENIR S.A. en el sentido de que la asesoría brindada se suministró de manera verbal y que la misma habría sido suficiente. Ello adolece de prueba, y el único documento con el que se pretendió acreditar esa suficiencia en la información fue con el formulario de vinculación a la AFP. Que como se ya vio no es indicativo del cumplimiento de estas obligaciones profesionales.

Tampoco resultan de recibo los planteamientos de la apoderada judicial de COLPENSIONES, quien aduce que al haber transcurrido un considerable tiempo desde que se dio el traslado de régimen pensional, se pretenda ahora alegar falta de asesoría y de suficiente información. Como se deriva de la línea jurisprudencial del órgano de cierre jurisdiccional, el paso del tiempo no constituye razón para castigar con prescripción la ausencia de efectos de un acto jurídico que adoleció de ineficacia en materia de seguridad social que se encuentra directamente relacionado con la formación del derecho pensional, ni tampoco ese paso del tiempo releva a la respectiva administradora de acreditar probatoriamente el hecho de la asesoría.

Con relación a sus argumentos tendientes a reseñar que la actora no acudió a las herramientas y fuentes que tenía a disposición para haber obtenido la asesoría necesaria, o que omitió haber solicitado una proyección comparativa entre las pensiones en cada uno de los regímenes pensionales antes de firmar el respectivo formulario, es preciso subrayar que no es en cabeza del asegurado que se radican estas obligaciones, sobre todo cuando existe un proceso de oferta del régimen que omite dar información que pueda ser valorada como desventajosa para el asegurado. Es insoslayable para el respectivo fondo el cumplimiento a cabalidad de la obligación de suministrar toda la información de cara a cada caso concreto, con total independencia de que el asegurado lo solicite o no, ya que estas obligaciones hacen parte de la propia prestación del servicio de la seguridad social que realiza la AFP.

En el sub judice, la señora demandante como beneficiaria del régimen de transición pensional debió haber recibido una proyección de todas las variables económicas a que se vería enfrentada al trasladarse de régimen, y simplemente

al haberle entregado un formulario para que suscribiera denota una ausencia absoluta de cumplimiento de los deberes profesionales en esta materia por parte de PORVENIR S.A.

En lo tocante al supuesto impedimento legal en que dice la apoderada judicial de Colpensiones que se encontraría inmersa la demandante conforme al artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el mismo no es tal, en tanto su retorno a prima media se da en el marco de la ineficacia derivada de la ausencia de efectos jurídicos de un acto que no nació a la vida jurídica, y no propiamente porque la actora o las entidades estén desconociendo la prohibición de retorno establecida en la citada norma, al validar un regreso a prima media cuando faltaren menos de 10 años para pensionarse.

A partir de las anteriores consideraciones, la sentencia de primera instancia **será CONFIRMADA**, entendiéndose para todos los efectos legales, que la señora ANGELA CARMELIA GONZALES DE RIVERA, siempre ha pertenecido como afiliada a Colpensiones, sin solución de continuidad.

Ahora, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta, pero a su vez resolviendo puntos de apelación de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES, se hace menester revisar respectivamente la orden de devoluciones dada al fondo privado codemandado y la orden de reconocimiento pensional dada a COLPENSIONES en abstracto.

El reproche que hacen las recurrentes a la sentencia de primera instancia consiste, en el caso de las devoluciones, la injustificada procedencia del traslado de las cuotas de administración que alega PORVENIR S.A. y, en el caso del reconocimiento de la pensión de vejez, la imposición de cargas que la entidad no está obligada a soportar, pese a que se encuentran cumplidas la edad y las semanas mínimas, como lo alega COLPENSIONES.

La juez de primera instancia ordenó a PORVENIR S.A., trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia,

el valor de la cuenta de ahorro individual de la señora ANGELA CARMELIA GONZALEZ DE RIVERA, incluyendo cotizaciones, cuotas de administración cobradas y rendimientos financieros.

Los planteamientos de la apoderada judicial de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada en torno a entender que las cuotas de administración cobradas son gastos que ya se causaron y ejecutaron, que se encuentran contemplados en la Ley para ambos regímenes y que el fondo adelantó una correcta gestión de administración, no son de recibo, si se es consecuente con los efectos de la ineficacia y la parte que la generó. En efecto, recae en cabeza de PORVENIR S.A. el juicio de reproche al incumplimiento de sus obligaciones de acompañamiento y asesoría a la demandante, generándose a partir de sus propias omisiones la obligación de que devuelva todos los conceptos, sin que haya lugar a descuento alguno.

Es intrascendente que la actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa del fondo, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización de la asegurada, cuando debe responder por una permanencia en el régimen, sin solución de continuidad; además, que precisamente por tratarse de descuentos que también existen en el régimen de prima media con prestación definida, no deben ser realizados por PORVENIR S.A., sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliada la actora.

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...”*.-

Desde este punto de vista, no se estaría generando enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES o de la demandante, ya que se trata de la reivindicación de unas sumas que integran la cotización y que deben dirigirse a la administradora a la que ha pertenecido siempre la actora sin solución de continuidad.

Incluso, siendo consecuentes con ese mismo efecto, habrá de **ADICIONARSE** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de que PORVENIR S.A., en el término indicado por la A quo, no solo devuelva los aportes, con sus rendimientos y las cuotas de administración, sino también el porcentaje de la garantía de la pensión mínima, el eventual bono pensional y las primas previsionales descontadas.

Respecto al reconocimiento de la pensión de vejez que se ordenó a COLPENSIONES pagar a la demandante, esta sala no acoge los argumentos de la apoderada judicial de la entidad, ya que en manera alguna se está afectando financieramente a la entidad.

En primer lugar, si bien es cierto que el principio de sostenibilidad financiera goza de soporte constitucional (Acto Legislativo 01 de 2005), también es la misma Constitución Política (artículo 334) se establece que la sostenibilidad fiscal no puede ser invocada para menoscabar derechos fundamentales.

Tal y como la misma apoderada judicial de Colpensiones lo reconoce, y como esta sala lo ha verificado, la demandante es beneficiaria del régimen de transición pensional por edad, si bien cumplió los requisitos pensionales con posterioridad al 31 de julio de 2010 conservó el régimen de transición hasta el año 2014 por tener más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005; reúne además la densidad suficiente de semanas cotizadas, y la juez correctamente determinó que su régimen de transición aplicable es el de la Ley 71 de 1998 haciendo determinable en el fallo las condiciones en las que deberá operar el reconocimiento pensional una vez opere el retiro del sistema pensional.

En consecuencia, la orden de reconocimiento de la pensión en los términos ordenados **será confirmada**.

Costas procesales de segunda instancia.

En esta instancia, se han causado costas procesales, a cargo de COLPENSIONES y de PORVENIR S.A., al resultar vencidas en sus respectivos recursos de apelación, y en favor de la señora ANGELA CARMELIA GONZALEZ DE RIVERA. Las mismas se fijan en valor de un salario mínimo legal mensual vigente para 2021 a cargo de cada una de esas entidades.

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 segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, que se conoce en Apelación y Consulta, en el sentido de que la orden de devolución dada en primera instancia a **PORVENIR S.A.**, que deberá cumplirse en el término ordenado por la A quo, no solo comprenda los aportes, con sus rendimientos y las cuotas de administración, sino también el porcentaje de la garantía de la pensión mínima, el eventual bono pensional y las primas previsionales descontadas, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.


SEGUNDO: CONFIRMAR esa misma sentencia en todo lo demás.


TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A. a pagar costas procesales de segunda instancia a la señora ANGELA CARMELIA

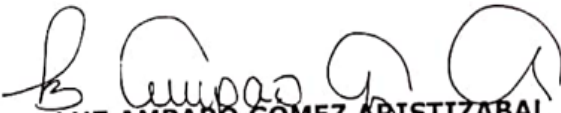
GONZALEZ DE RIVERA. Agencias en derecho: 1 SMLMV para 2021 a cargo de cada una de dichas entidades.

CUARTO: SE ORDENA la notificación por estados de esta providencia, y se autoriza su reproducción virtual a las partes del proceso.

Los Magistrados:


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL
Magistrada

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE MEDELLÍN – SALA LABORAL - HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por estados N ° 071 del 28 de abril de 2021.

Consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>