

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE	: FRANCISCO DE PAULA VELASQUEZ ARBOLEDA
DEMANDADO :	: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-015-2019-00816-01
RADICADO INTERNO	: 121-21
DECISIÓN	: ADICIONA, REVOCA, ACLARA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 171

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia los recursos de apelación, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con el **Decreto 806 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”, artículo 15, la sentencia se profiere escrita.

Se reconoce personería a la Dra, MANUELA ARREDONDO ROA, como apoderada de Colpensiones según el poder de sustitución otorgado por cumplir con los requisitos del artículo 75 y ss del C.G.P.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE ineficacia del traslado realizado del RPM al RAIS, administrado por Porvenir S.A y su posterior vinculación a la AFP COLFONDOS S.A, y consecuentemente se ordene la afiliación o

reactivación al RPM sin solución de continuidad, y se ORDENE a Porvenir S.A y a Colfondos S.A el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual hacia Colpensiones con sus rendimientos, frutos e intereses, sumas adicionales, cuotas de administración, aporte al fondo de solidaridad pensional y a Colpensiones a recibirlos. Y se CONDENE a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez con sus mesadas adicionales, los intereses moratorios, la indexación y las costas del proceso.

Como supuestos facticos manifestó que cuenta con 63 años de edad porque nació el 26 de febrero de 1956 y cuenta con 1.446 semanas de acuerdo al comunicado de Colfondos del 22 de noviembre de 2018 y el reporte de estado de cuenta. Que estuvo afiliado al ISS antes de la vigencia de la ley 100/93, y en octubre de 1994 se trasladó a Porvenir S.A, pero que al momento de dicho traslado no se le brindó la debida asesoría acerca de las consecuencias negativas del traslado y de la forma de adquirir la pensión en el RAIS, precisando que solo se le indicó que el ISS se iba a acabar, que ellos era un fondo muy seguro. Que el año 2003 se trasladó a Colfondos porque le dijeron que ellos estaban mejor que Porvenir pero que tampoco le dieron información y nunca volvieron a aparecer. Y que, según información suministrada en septiembre de 2019, por las AFP de los fondos privados seria mayor la pensión en el RPM que en el RAIS. Que solicitó el regreso a Colpensiones y dicha entidad mediante comunicado del 30 de julio de 2019 negó dicho traslado. Que el 26 de febrero de 2018 cumplió los 62 años y además tiene 1.436 semanas cotizadas según la historia laboral de Colfondos S.A.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 27 de enero de 2021, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, DECLARO en virtud del ALLANAMIENTO efectuado por la apoderada judicial de COLFONDOS sobre la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, la INEFICACIA de la afiliación del señor FRANCISCO DE PAULA VELASQUEZ ARBOLEDA, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. CONDENO a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo los rendimientos y cuotas de administración

debidamente indexadas. CONDENO a COLPENSIONES activar la afiliación del señor FRANCISCO DE PAULA VELASQUEZ ARBOLEDA, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en forma permanente y sin solución de continuidad, incluyendo los rendimientos y cuotas de administración debidamente indexadas. DECLARO la INEFICACIA de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. ABSOLVIO a PORVENIR S.A. de trasladarle a COLPENSIONES las cuotas de administración que hubiere retenido al señor FRANCISCO DE PAULA VELASQUEZ ARBOLEDA durante el tiempo que le administro su cuenta de ahorro individual. CONDENO a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez del señor FRANCISCO DE PAULA VELASQUEZ ARBOLEDA, teniendo en cuenta todas las cotizaciones realizadas y realizando la liquidación con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, tomando el IBL que le resulte más beneficioso, bien sea el promedio de toda la vida laboral o el de los últimos 10 años, y una tasa de reemplazo conforme el artículo 34 de la Ley 100 de 1993. Precisé que la fecha de disfrute de la mesada pensional se otorgará a partir del momento en que acredite el retiro del sistema, más las mesadas adicionales de diciembre que en adelante se empiecen a causar. ABSOLVIO a COLPENSIONES del reconocimiento y pago de retroactivo pensional, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, e indexación. CONDENO en costas a COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A, para lo cual fijó como las agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$2.725.578, distribuidos en \$908.526, y que equivale a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2021, a cargo de cada demandada.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpone recurso de apelación manifestando que se opone frente a la fecha del disfrute de la pensión, esto es, desde el momento en que se acredite el retiro del sistema pues indica que existe la posibilidad de un retiro tácito desde el momento que se deja de realizar los aportes sin notificar la R de retiro como siempre lo ha exigido Colpensiones, por lo que solicita se modifique la sentencia en el sentido de que el retroactivo procede no solo desde que se acredite la R de retiro del

sistema sino también, ya sea un retiro de manera expresa o tácito y de generarse dicho retroactivo se conceda la indexación del mismo.

El apoderado de Colfondos, interpone recurso de apelación solo contra el numeral segundo de la sentencia en el entendido de que se condenó a dicha entidad a trasladar la totalidad de la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a Colpensiones pues indica que no es procedente la devolución de los gastos de administración pues los mismos son autorizados por ley y las funciones y atribuciones que ejerce la AFP están supervisadas por la Superfinanciera y por lo tanto por la gestión de administración que se ejerció tiene derecho a conservar dichos gastos de administración. Así mismo tampoco está de acuerdo con la indexación de los gastos de administración, indicando que trasladar dichas sumas generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

La apoderada de Colpensiones solicita la revocatoria de la sentencia por cuanto Colpensiones es un tercero de buena fe ajeno al negocio jurídico del traslado, indicando, además, que no puede verse perjudicado por la ineficacia solicitada. En cuanto al traslado de los gastos de administración y demás rubros si el tribunal ratifica que la ineficacia fue debida a la falta de información de las AFP demandas, estas son la que deba asumir los deterioros sufridos por el bien administrado por lo que debe trasladar a Colpensiones no solo lo consignado en la cuenta de ahorro individual sino también las cuotas de administración, los rendimientos financieros, los seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima según la sentencia SL 31989 de 2008. Así mismo indica que una vez que se trasladen dichas sumas Colpensiones podría entrar a estudiar la pensión de vejez del demandante. Así mismo solicita no sea condenada en costas a dicha entidad por ser un tercero de buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Colfondos presenta alegatos de conclusión reiterando los argumentos ya expuestos en el recurso de apelación relacionados con la improcedencia de la devolución de las cuotas de administración y la indexación de las mismas.

La apoderada de Colpensiones presenta alegatos de conclusión manifestando que dicha entidad, es un tercero ajeno al negocio jurídico del cual hoy se pretende su ineficacia, es por ello que no debe verse perjudicado por el error en el cual incurrió la parte demandante. Que frente a la ineficacia de la afiliación a lo largo del proceso se logra probar que la demandante realizó su afiliación al fondo privado, a través de un acto libre y voluntario, ya que no existieron vicios en el consentimiento tales como dolo, culpa y tampoco se ejerció algún tipo de fuerza o constreñimiento al firmar el formulario de afiliación a PORVENIR Y COLFONDOS. Que además la afiliación al régimen de ahorro individual fue un negocio jurídico que involucró el asentimiento de dos voluntades, por tanto, no se debe habilitar en este tipo de procesos que el afiliado presente una actitud 100% pasiva, no resultando admisible que solo después de tantos años se interese por su situación pensional, cuando a su alcance contaba con las herramientas suficientes para acceder a la información necesaria para aclarar dudas respecto a los movimientos, rendimientos y utilidades de su cuenta de ahorro individual, herramientas tales como el internet e incluso los distintos puestos de atención con los que cuenta su fondo de pensiones. Que además no se cumple con el requisito trasladarse cuando le falten menos de 10 años para pensionarse. Frente a los demás puntos relacionados con la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima, y la condena en costas a Colpensiones expresa los mismos argumentos ya expuestos en el recurso de apelación interpuesto.

El apoderado de Porvenir S.A presenta alegatos de conclusión manifestando que dicha entidad al momento de realizar el traslado al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte actora la información del Régimen de Ahorro Individual en diferentes momentos, esto es, de manera verbal en una reunión general y colectiva, otra reunión de forma personal al momento de suscribir el Formulario de Afiliación y finalmente dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y que frente a la entrega de aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte accionante pues, esta

obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia.

Que La obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014.

Que además debe tenerse en cuenta también el incumplimiento de la parte accionada del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar, lo anterior queda corroborado con el accionar sistemático y reiterado por la parte demandante, pues está dentro de su interrogatorio de parte, manifestó en diferentes ocasiones, no haber realizado comparaciones con otros Fondos Pensionales, no haber hecho preguntas o indagaciones en el momento de suscripción del formulario y no hacer uso de los diferentes canales de atención al usuario que tiene mi representada.

Por último, indica que es improcedente la devolución de los gastos de administración, y seguros.

El apoderado de la parte demandante allega escrito manifestando que no presentará alegatos de conclusión

La apoderada de Colpensiones presenta alegatos de conclusión manifestando que es improcedente la declaratoria de la ineficacia precisando además que Colpensiones es un tercero de buena fe, que la afiliación al RAIS fue libre y voluntaria, que no es procedente el traslado por faltarle menos de 10 años, y que en caso tal deben devolverse a Colpensiones todas las sumas del RAIS, como cotizaciones, cuotas de administración y seguros.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar por parte de Colfondos S.A los gastos de administración, los seguros previsionales de forma indexada, y lo deducido para el fondo de garantía de pensión mínima, y

si debe condenarse en costas a Colpensiones, y en consulta a favor de esta última entidad si hay lugar al pago de los gastos de administración y seguros previsionales a cargo de PORVENIR S.A por el tiempo en que estuvo afiliado en dicho fondo. Así mismo deberá determinarse si es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante y a partir de cuándo procede el mismo.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante nació el 26 de febrero de 1956, (página 79 del expediente digital, y que estuvo afiliado en el ISS desde el 07 de junio de 1984, (página 66 y ss), y se trasladó a la AFP PORVENIR S.A en octubre de 1994, (páginas 19) y a COLFONDOS S.A, en julio de 2003, (página 24).

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, pues este indicó que se afilió a Porvenir S.A en el año 1994 porque cuando eso era el seguro social y le dijeron que este se iba a terminar y que los que no se pasaran al fondo privado se quedarían sin pensión. La reunión fue en una empresa que se llamaba Celdas eléctricas ya desaparecida que quedaba en Itagüí en el año 1994. Que la asesoría duro por ahí 10 minutos. Que solo los pusieron a llenar el formulario de traslado, y que había un grupo por ahí de 6 personas porque en esa empresa eran pocos trabajadores. Que de trasladó a Colfondos cuando estaba trabajando en la empresa en la que ahora está MTG y que eso fue en el año 2003, donde los reunieron a varias personas y se pasó porque les dijeron que Colfondos tenía más solvencia de respaldo y más garantías para los trabajadores. Que no recuerda haber recibido extractos de Porvenir. Que no le hablaron de la pensión anticipada. Que no tiene información sobre la garantía de pensión mínima en el RAIS. Que no sabe cuál sería su mesada pensional en el RAIS.

Por lo anterior el problema jurídico se resolverá en el siguiente orden:

1. De la ineficacia del traslado

Se tiene que el derecho a la seguridad social es irrenunciable conforme el artículo 48 y 53 de la CP, por ello cualquier pretensión de cambio en las

condiciones de este derecho pensional debe ser tomado de manera autónoma y consiente con una comprensión volitiva tal que no quede duda que la información entregada por la entidad para que, con la libertad e información, la persona pueda decidir si se cambia de régimen o no.

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”*, y si nos remitimos al art 271 de la Ley 100 señala que **no será eficaz el traslado** si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de protección, y dice que *“Cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado...”* no solo a la multa sino que dice en forma expresa *“... La afiliación respectiva **quedará sin efecto** y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*, o sea que se refiere a una ineficacia.

Desde el **Decreto 720 de 1994**, por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, en el capítulo relativo a LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, en sus artículos 10 y 12 respectivamente reza:

“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que **impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados**- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad **compromete la responsabilidad de la sociedad administradora ...**”. (Resalto fuera del texto)

“OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones **deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información** a los posibles afiliados al momento de la promoción de la

afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.” (Resalto fuera del texto)

Este deber profesional que existe desde 1994, ese de información que permita al usuario tomar una decisión libremente consentida, es decir, **la carga de la prueba correspondería a la entidad demandada**, y que en estos casos corresponde a que se demuestre: cuál fue la información que se le entregó y en qué vastedad se presentó. Tal conceptualización se encuentra en la sentencia SL 12.136-2014, Rad. 46.292 del 3 de Sept. de 2014, M. P. Dra. ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, que reza:

“...A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos pensionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;....”.

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se dice, que la información tiene que ver con: 1º. La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó que aún operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877 y 4811 de 2020, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada PORVENIR S.A., no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la

posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de trasladarse, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se genera que se haya violentado el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvieron efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que las sociedades accionadas, hoy aporten, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral e historia laboral válida para bono, formulario de afiliación; lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse de ISS al RAIS, **no les dieron una información completa y suficiente.**

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado; y confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por el demandante, incluidos los frutos, rendimientos e intereses.

2. De los efectos de la ineficacia

Respecto a la devolución de la **cuotas o gastos de administración debidamente indexadas** hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 y 1689 de 2019, y teniendo en cuenta que : 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, por ello, las restituciones mutuas se dan por efectos de la nulidad del contrato y no de la ineficacia 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron directamente a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte accionante en esta, en tanto que la cuota de manejo es administrada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 cuando señala, que la ineficacia genera que las cosas vuelven al estado en que se encontraban, y el Fondo de Pensiones debía devolver “los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

Suma que debe ser debidamente indexada al momento del pago conforme a la sentencia SL 1689 de 2019.

- **Las sumas adicionales de la aseguradora** tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, hay lugar a devolverlas **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 17595 de 2017

y SL 4989 de 2018, en donde se rememoró la sentencia 31989 de 2008 en la cual se dijo: *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema ..., sumas adicionales de la aseguradora,..”*.

En virtud de lo anterior la sentencia de primera instancia debe ser ADICIONARA en lo que se respecta a las órdenes dadas a la AFP COLFONDOS S.A, en el entendido de que además de los conceptos de los cuales se ordenó su devolución en primera instancia se ORDENA a COLFONDOS S.A a realizar la devolución de las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, por el tiempo que el demandante realizó aportes a dicho fondo, debidamente indexadas.

Así mismo se REVOCARA la sentencia en este punto en particular en cuanto ABSOLVIO a la demandada PORVENIR S.A de trasladar las cuotas de administración y seguros, para en su lugar CONDENAR a dicha entidad PORVENIR S.A para que traslade con destino a COLPENSIONES las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, por el tiempo que el demandante realizó aportes a dicho fondo, debidamente indexadas.

- Y frente al **porcentaje de garantía de pensión mínima**, considera la Sala que **debe ser devuelto** a Colpensiones, teniendo en cuenta que dichos porcentajes ingresaron directamente a las sociedades PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. pero a la luz de lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016, la primera de ellas, tuvo que trasladar dicho porcentaje a COLFONDOS S.A., por lo tanto es que se ADICIONARÁ la sentencia, ORDENÁNDOLE a la sociedad COLFONDOS S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje de garantía de pensión mínima.

3. Del reconocimiento de la pensión de vejez.

Para el caso bajo estudio no existe discusión que el demandante FRANCISCO DE PAULA VELASQUEZ ARBOLEDA no es beneficiario del régimen de transición toda vez que, al haber nacido el 26 de febrero de 1956, (página 79 del expediente digital), no contaba con más de 40 años de edad al primero de

abril de 1994, así como tampoco tenía más de 15 años de servicios o cotizados para dicha fecha.

Concordado con lo anterior se advierte que el demandante cumplió los 62 años de edad para el 26 de febrero del año 2018, y según se observa de la historia laboral aportada al expediente a folios 36 y ss emitida por Colfondos que, hasta el mes de junio de 2018, fecha en la que aparece reportada la última cotización, este cuenta con 1.436 semanas cotizadas.

En razón de lo anterior, el demandante cuenta con los requisitos exigidos por el artículo 33 de la ley 100 de 1993, al haber cumplido los 62 años de edad el **26 de febrero de 2018**, fecha para la cual ya contaba con más de 1.300 semanas cotizadas.

Ahora, con respecto al disfrute de la pensión debe decirse que los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, son claros en el sentido de distinguir que, el reconocimiento de la pensión se debe dar por parte de la entidad de seguridad social en pensiones cuando se verifiquen los requisitos de edad mínima y semanas cotizadas. En cuanto al disfrute, esto es, el derecho que tiene el afiliado a comenzar a percibir la pensión, sólo se hace efectivo cuando el mismo se retire del sistema, notificado a través de la novedad de retiro, al tenor de lo indicado por el Acuerdo 044 de 1989 (Decreto 3063 de 1989) en su artículo 5, que trata de la desafiliación, del artículo 25 numeral 4, del artículo 64 y 65 acerca de las novedades y sus clases, en el numeral 3 reza “retiro del trabajador cuando cesa el vínculo laboral”, siendo esta la poción adoptada por la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo señalado en la sentencia 16.197 del 14 de noviembre de 2001 M.P. Dr. Luís Gonzalo Toro Correa.

Partiendo de lo descrito considera la Sala que la pensión de vejez deberá reconocer como se indicó en primera instancia a partir de que se acredite la novedad de retiro del sistema toda vez que no existe en el expediente según la prueba allegada constancia de cuando fue la última cotización realizada por el demandante, además que según lo descrito por este en el interrogatorio de parte aún se encontraba laborando para dicha fecha. En razón de lo anterior se aclarara la sentencia de primera instancia en el entendido de que dicha novedad de retiro también debe entenderse como la última cotización que hay

realizado el demandante al sistema general de pensiones como una novedad de retiro tácito en el entendido de que este ya contaba con todos los requisitos para la pensión de vejez desde el 26 de febrero de 2018, esto es, con la edad y semanas cotizadas, y con la presentación de la demandada donde se pretende la declaratoria de la ineficacia y el reconocimiento de la pensión de vejez se entiende como una intención positiva de adquirir el derecho pensional que se reclama del RPM.

En razón de lo anterior se aclarará la sentencia de primera instancia en el entendido de que la novedad de retiro para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones también deberá entenderse como retiro tácito el hecho de haber dejado de cotizar al sistema.

La pensión debe ser reconocida en 13 mesadas al año al causarse el derecho después del 31 de julio de 2011 al tenor de lo dispuesto por el acto legislativo 01 de 2005.

Con respecto a la mesada pensional y la liquidación del IBL se CONFIRMARA la sentencia de primera instancia en cuanto a que el monto de la misma debe liquidarse de conformidad con el artículo 34 de la ley 100 de 1993, y el IBL de conformidad con lo regulado en el artículo 21 de dicha normativa, esto es, con el promedio de las cotizaciones realizadas en toda la vida o en los últimos diez años según sea más beneficioso para el demandante, debiéndose confirmar la sentencia en este sentido.

4. De las costas procesales a cargo de Colpensiones impuestas en primera instancia

Las mismas se REVOCARÁN, teniendo en cuenta que Colpensiones no fue el encargado de dar la información completa, clara y suficiente a la demandante al momento de realizar el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de ahorro individual, y el reconocimiento de la pensión de vejez solo era posible a cargo de dicha entidad una vez se declarara la ineficacia pretendida a través del presente proceso.

Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A en la suma de \$908.526 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, en lo que se respecta a las órdenes dadas a la AFP COLFONDOS S.A, en el entendido de que además de los conceptos de los cuales se ordenó su devolución en primera instancia se ORDENA a COLFONDOS S.A a realizar la devolución de las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, por el tiempo que el demandante realizó aportes a dicho fondo, debidamente indexadas, y lo destinado para el fondo de garantía de pensión mínima.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, en cuanto ABSOLVIO a la demandada PORVENIR S.A de trasladar las cuotas de administración y seguros, para en su lugar CONDENAR a dicha entidad PORVENIR S.A para que traslade con destino a COLPENSIONES las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, por el tiempo que el demandante realizó aportes a dicho fondo, debidamente indexadas.

TERCERO: ACLARAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, instancia en el entendido de que la novedad de retiro para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones también deberá entenderse como retiro tácito del sistema el hecho de haber dejado de cotizar al sistema.

CUARTO: REVOCAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, que condenó en costas en primera instancia a Colpensiones para en su lugar absolver de las mismas.

QUINTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín.

SEXTO: Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A en la suma de \$908.526 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la sentencia AL 2550, radicación 89628 del 23 de junio de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTANO CARDONA



SECRETARIA SALA LABORAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

EDICTO VIRTUAL

La secretaria de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia

DEMANDANTE : FRANCISCO DE PAULA VELASQUEZ ARBOLEDA
DEMANDADO : COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-015-2019-00816-01
RADICADO INTERNO : 121-21
DECISIÓN : ADICIONA, REVOCA, ACLARA Y CONFIRMA


Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

*Fijado hoy lunes 26 de julio de 2021 a las 8:00 Am
2021 a la 5:00 Pm*

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Desfijado hoy lunes 26 de julio de


RUBEN DARIO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO