



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Decisión No. 158

Medellín, quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022).

El Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir el fallo dentro de este proceso ordinario promovido por **RAFAEL ALBERTO RINCÓN PATIÑO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

A continuación, la Sala, previa deliberación del asunto, según consta en el Acta No. 042 de discusión de proyectos, adoptado por los integrantes de la sala, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE y JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES, quien actúa como magistrado ponente, se procede a proferir la decisión de segunda instancia en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES

1.1 DE LOS HECHOS

Expone el demandante que nació el 21 de junio de 1.959, cumpliendo los 62 años en el mismo día y mes del año 2.021; que estuvo afiliado al RPMPD administrado por el ISS hasta el 30 de junio de 1.995, fecha en la que se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., sin que al momento

del traslado se le haya suministrado una asesoría sobre las implicaciones de su traslado; que en el año 1.997 se trasladó a la AFP COLPATRIA y posteriormente se en el año 2.001 suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A. sin que en ningún caso se le hubiera proporcionado asesoría alguna; que presentó requerimientos ante COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. para que le proporcionaran documentos sobre su afiliación; posteriormente en el mes de mayo de 2.021 solicitó la ineficacia a COLPENSIONES, negando la entidad dicho requerimiento.

1.2 DE LAS PRETENSIONES

Con base en los hechos expuestos solicita el demandante se declare la ineficacia del traslado efectuado al RAIS, que se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar el capital y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, y a COLPENSIONES a reactivar su afiliación, así como a recibir los valores a trasladar. Lo que ultra y extra petita resulte probado, junto con las costas a cargo de las demandadas.

1.3 DE LA RESPUESTA

COLPENSIONES presentó oposición a lo pedido y para su defensa propuso las excepciones de: CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – PARTICULARIDADES DEL CASO, IMPOSIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, IMPROCEDENCIA PARA DECRETAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN, SEGUROS PREVISIONALES COMISIONES INDEXADOS, IMPOSIBILIDAD DE PAGAR PENSIÓN DE VEJEZ, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, COMPENSACIÓN Y LA GENÉRICA.

Por su parte el abogado de COLFONDOS S.A. presentó oposición a lo pedido y formuló las excepciones de: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, INNOMINADA O GENÉRICA, AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO, VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTORAL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A., PRESCRIPCIÓN DE

LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DE TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO.

A su vez PORVENIR S.A presentó oposición a lo pedido y formuló las excepciones de: PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN Y GENÉRICA.

1.4 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación del señor RAFAEL ALBERTO RINCON PATIÑO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., que la afiliación al PMPDP no tuvo solución de continuidad; CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar los valores que recibió con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones obligatorias, así como frutos y rendimientos financieros, gastos de administración, pólizas profesionales, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y para el fondo de solidaridad pensional, valores a devolver de forma indexada; ORDENÓ a COLFONDOS S.A. a trasladar lo correspondiente a los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas provisionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para el Fondo de Solidaridad Pensional de forma indexada y a COLPENSIONES a recibir los valores a trasladar. DECLARO que al demandante le asiste el derecho a la pensión de vejez, y CONDENÓ a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión causada desde el 21 de junio de 2.021 con derecho a disfrute una vez acredite el retiro del sistema. COSTAS a cargo de la las accionadas privadas.

1.5 IMPUGNACIÓN

Interpuso recurso de alzada la abogada COLFONDOS de manera parcial en lo referente a la devolución de los dineros de forma indexada en tanto dichos recursos ya fueron trasladados a la AFP actual del demandante incluyendo frutos y rendimientos por lo que dicha condena constituiría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, solicitando sea revocada en ese sentido la sentencia.

Por otro lado, el abogado PORVENIR apelo la decisión argumentando que la información proporcionada al actor al momento del traslado fue clara y suficiente, lo cual se materializa con la firma del formulario de afiliación,

máxime si existe siempre el derecho al retracto y el mismo no fue ejercido; frente a la condena a trasladar los gastos de administración señala que estos se generan en ambos regímenes por lo que ordenar el traslado constituye un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, así como que no existe norma que fundamente dicha condena pues la orden de trasladar debe recaer solamente sobre los valores que están encaminados a financiar la pensión por lo que no debe incluirse estos valores, al igual que con los rendimientos que de acuerdo con la teoría de las restituciones mutuas le correspondería a su representada conservarlos en razón a la gestión de administración efectuada; por lo que solicita se revoque la sentencia.

1.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término oportuno anexó alegatos el apoderado de COLPENSIONES, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando que existe una prohibición legal de acuerdo con la cual el demandante no puede trasladarse por encontrarse a menos de 10 años del requisito de edad para pensionarse, por lo que se ve obligado a acudir a la jurisdicción pretendiendo ser beneficiario de una figura que se creó para beneficio de quienes en razón de su traslado habían perdido realmente beneficios pensionales; que el argumento esbozado es un error de parte del fondo privado al momento del traslado, que vicia su consentimiento, situación que no se encontró probada en el proceso y que por tanto no daría lugar a declararse una ineficacia del traslado. Por otra parte, solicita que de confirmarse la sentencia se ordene el traslado de todos los valores, incluyendo gastos de administración, aportes y rendimientos, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera. Frente a la pensión de vejez solicita se mantenga lo dispuesto por la A quo concerniente al disfrute una vez se acredite el retiro del sistema.

2. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLFONDOS, advirtiendo que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el estudio del fallo recurrido se limitará a los puntos de inconformidad, así mismo, se hará un

estudio de manera general por el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

2.1 PROBLEMA JURÍDICO.

Esta Sala se ocupará de analizar, si hay cabida a la declaratoria de la ineficacia del traslado del demandante RAFAEL ALBERTO RINCON PATIÑO al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, con el consecuente regreso al régimen de Prima media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, trasladando todos los valores que integran la cuenta de ahorro individual, así mismo, si le asiste el derecho a la pensión de vejez, tal y como se fijó en litigio por la juez de primera instancia.

2.2 HECHOS PROBADOS

Que el señor RAFAEL ALBERTO RINCON PATIÑO nació el 21 de junio de 1.959, como se colige de la fotocopia de la cédula de ciudadanía que reposan en el archivo (03DemandaconAnexos - fls. 22 - 23); que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del ISS en febrero de 1.987, como se aprecia en las historias laborales insertas (Expediente Administrativo GRP-SCH-HL-2018_3802796 fls. 1 a 7); que el 30 de junio de 1.995 suscribió formulario de afiliación en COLFONDOS S.A. (03DemandaconAnexos - fls. 38); que posteriormente en el mes de octubre de 1.997 se trasladó a la AFP COLPATRIA para finalmente en el mes de noviembre de 2.001 suscribir formulario de afiliación con PORVENIR S.A., fondo en que se encuentra afiliado en la actualidad (03DemandaconAnexos - fls.93 - 94. 15.ContestaciónPorvenir - fls. 82 - 83); que el actor elevó derecho de petición en el mes de abril de 2021 ante COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., en aras de que le fuera proporcionada documentación referente a su afiliación a los fondos, tales como historia laboral y formularios de afiliación (03DemandaconAnexos - fls. 40 - 41); dando respuesta PORVENIR S.A. el día 11 de mayo de 2021, suministrando algunos de los documentos requeridos (03DemandaconAnexos - fls. 44 - 92 15.ContestaciónPorvenir - fls. 129 - 139); que el 14 de mayo de 2.021, el accionante presentó solicitud de ineficacia ante COLPENSIONES, siendo esta rechazada por no encontrar la entidad causal legal alguna que diera lugar a declarar la ineficacia por haberse realizado el traslado de manera libre y voluntaria (03DemandaconAnexos - fls. 95 - 97 Exp administrativo).

2.3 MARCO NORMATIVO

Como el argumento esbozado por el demandante como fuente de su derecho es el de la indebida información, debemos señalar que a lo largo de los años se ha pronunciado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia sobre este particular, trayéndose a colación las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas; del 22 de noviembre de 2011, radicación 33.083, del 03 de septiembre de 2014, radicación 46.292, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y 03 de abril de 2019, radicación No. 68852, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, exponiéndose en esta última lo siguiente:

"En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse *«que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.»* (CSJ SL12136-2014)."

Así que COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A, por contar con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, tenían la obligación de brindar una asesoría personalizada y completa, analizando las circunstancias particulares del caso, debiéndose informar al actor entre otras cosas, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual, el número de beneficiarios y la edad de los mismos; la posible redención del bono pensional; la densidad y constancia de los aportes; y que si no se completa el suficiente capital para obtener, por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo legal vigente, a la fecha de expedición de dicha ley actualizado con el IPC), debe seguir cotizando; la existencia de diferentes modalidades pensionales, como efectuar las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios futuros de ambas opciones y otras tantas observaciones indispensables para la ilustración debida del usuario, reiterándose que la labor del funcionario del fondo privado, al realizar el traslado, debe trascender al "DEBER DEL BUEN CONSEJO" como lo ha

señalado la jurisprudencia laboral, pues tratándose la función de las administradoras de pensiones privadas de un servicio público a luz del artículo 48 superior, y atendiendo a la sensibilidad social de su rol, se exige de estas un papel activo en la asesoría, mostrándole al afiliado en detalle las ventajas y desventajas del traslado, a fin de que dicha decisión sea realmente pensada, libre y voluntaria, siendo explicado en la línea de la jurisprudencia especializada, citándose la SL1688-2019 y SL2030-2019, que no basta la simple suscripción de un formulario, ni completar espacios vacíos, ni una simple expresión genérica de las condiciones pensionales, pues lo que se echa de menos es el no brindarse una información clara, precisa, comprensible y específica para el caso particular de cada afiliado a fin de que conozca de la mejor manera posible su situación ante el sistema y de esa manera migre al RAIS con plena conciencia de las implicaciones de su decisión.

Y ese deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones es ineludible y se impone desde su creación, solo que sus parámetros e intensidad de exigencia dependen de la fecha en que se haya dado la afiliación, por lo que no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, sino que los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, exigían de estas cumplir sus funciones con suma diligencia, prudencia y pericia, dentro de las cuales se debe entender: *la transparencia, vigilancia, y la información*. Esto, según lo ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas, sino también a las *que emanan de la naturaleza de la obligación*.

2.4 CASO EN CONCRETO

2.4.1 INEFICACIA DE AFILIACIÓN O TRASLADOS DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Así las cosas, los Fondos privados COLFONDOS y PORVENIR S.A. tenían la carga de acreditarlo, lo que no hicieron, pese a que para estos asuntos la carga de la prueba se invierte, dada la mejor posición para probar de las AFP del RAIS (SL 1452 de 2019), carga que no fue satisfecha por los fondos ya que ninguna prueba se arrió para demostrarlo, pues tan solo se aportó

el formulario de afiliación, con los que igualmente no puede entenderse que la afiliación al régimen de ahorro individual se dio en forma libre, espontánea y sin presiones, porque esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella implica.

Menos puede derivarse el cumplimiento de esa obligación del dicho del actor, pues más que implicar confesión que contraría sus intereses, corrobora el incumplimiento al deber de información debida que correspondía suministrar al Fondo Privado para proceder con el traslado del afiliado y luego en su permanencia en el mismo, pues era responsabilidad de estos tener plena certeza de que el nuevo afiliado hubiera recibido la información correcta y de forma suficiente sobre las ventajas, desventajas y riesgos, teniendo en cuenta lo que implicaba quedarse en este régimen frente a sus derechos pensionales, lo que no puede darse por hecho con la sola firma del formulario donde ninguna advertencia frente a su caso específico puede ser advertido y de los que no se derivan ni siquiera una información generalizada suministrada, lo que da por hecho la omisión de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A, fondos que más allá de captar afiliados, ningún interés demostraron frente a lograr una afiliación debidamente informada para promover la validez del acto.

Conforme a lo dicho, la Sala concluye que el fondo al suministrar al actor la información errónea u omitir la relevante, lo indujo a tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual, por lo que resulta acertada la declaratoria de la ineficacia de la vinculación al RAIS, debiéndose confirmar en este punto la decisión.

La anterior declaración de la ineficacia del traslado, da lugar al regreso automático del actor al régimen de prima media con prestación definida, retrotrayendo la situación al estado de cosas iniciales, siendo dable afirmar que la afiliación del señor Rincón Patiño a COLPENSIONES nunca tuvo solución de continuidad.

Acorde con ello, al ser COLPENSIONES la administradora de pensiones que eventualmente tendrá a su cargo el reconocimiento de las prestaciones que puedan causarse en favor del accionante, se tiene que la orden impartida en lo que atañe a recibir todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los

mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a la que pudiera tener derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida; debiendo precisarse que el traslado debe incluir todos los valores recibidos por COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación del demandante, como: Cotizaciones, descuentos de la garantía de pensión mínima, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos sin deducción alguna, acorde a lo que dispone el artículo 1746 del Código Civil, tal y como dispuso la juez de instancia.

Y es que la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), y de tal modo, las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, se ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2877-2020, SL3199-2021, SL 4652-2021).

Con ello, se busca no afectar financieramente el régimen de prima media con prestación definida, además de que la H. Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de Casación Laboral ha dispuesto que *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales **serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio**, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*(SL4426-2021) (Negrilla de Sala), argumentos que conllevan a desestimar el recurso de Colfodos S.A. y Porvenir S.A. y a confirmar en este punto la sentencia apelada, debiendo precisarse que las primas de seguros previsionales y los descuentos por cuotas de administración, también deben ser devueltas con cargo a los propios recursos de la AFP privada, pues aun cuando fueron entregados a terceros que los recibieron de buena fe y en el período de

afiliación la demandante estuvo cubierta para los riesgos de invalidez y muerte, no son las aseguradoras quienes asumen su reconocimiento por ser claramente terceros ajenos al acto viciado, sino que ello recae en la AFP que incurrió en la omisión y se abstuvo de dar cumplimiento a sus deberes de información frente a los afiliados.

En relación a la indexación ordenada por la juez, debemos traer a colación las sentencias SL 359-2021 y SL 950 de 2022, en la que en esta última, se señaló:

"... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones -- debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

En consecuencia, al resolver la consulta a favor de COLPENSIONES habrá de adicionarse el numeral primero del fallo del a quo, en el sentido de que PROTECCIÓN S.A. deberá trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos..."

Así las cosas, debemos precisar que la orden de la indexación será exclusivamente frente a las sumas trasladadas por concepto de cuotas de administración, descuentos para seguros previsionales y para la garantía de pensión mínima, debiéndose modificar este punto de la sentencia.

2.4.2 PENSIÓN DE VEJEZ

Resueltos los puntos objeto de apelación, se continua con la revisión de la sentencia, así que establecida la viabilidad de la permanencia del actor en el Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad a cargo de Colpensiones, analizaremos si tiene derecho a la pensión de vejez, debiéndose mirar si es beneficiario del régimen de transición, siendo esta una prerrogativa en favor de ciertas personas cercanas a adquirir el derecho a pensionarse, teniendo una expectativa que en su momento se quiso proteger.

El artículo 36 de la ley 100 de 1993, determinó que las personas que a 1 de abril de 1994 tuvieran 40 años de edad si son hombres, o 35 si son mujeres, o 15 años de servicios o su equivalente en cotizaciones, gozaban del régimen de transición pensional, respetándose las condiciones de edad, tiempo y monto del régimen anterior al que se encontraban afiliados, en este caso, el artículo 12 de Decreto 758 de 1990.

Del material aportado al proceso, tenemos que el señor RAFAEL ALBERTO RINCÓN PATIÑO nació el 21 de junio de 1.959, cumpliendo 62 años los mismos día y mes de 2021, lo cual indica al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, 1 de abril de 1994, contaba con 34 años de edad. En cuanto a las semanas cotizadas para la citada data, conforme a la historia laboral inserta en el archivo denominado "EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO fls. 1 - 4", tenía 514.6 que equivalen a 9 años y 9 meses aproximadamente, lo que nos lleva a concluir que no es beneficiario del régimen de transición.

Así las cosas, la prestación debe estudiarse bajo los requisitos del sistema general de pensiones, del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la ley 797 de 2003, el cual exige como requisitos los siguientes:

"Artículo 9º. *Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1º de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015..."

Concluye este cuerpo colegiado que el accionante cumplió 62 años, el 21 de junio de 2.021, contando con 1.401 semanas, como se desprende del reporte del estado de cuenta del afiliado más actualizada, aportada por el fondo privado en el archivo "No.22 denominado Contestación Porvenir folios 3 - 36", generada el 29 de septiembre de 2021, cumpliendo con el requisito de las semanas y de la edad por lo que le asiste derecho a la pensión de vejez; sin embargo tenemos que del aludido estado de cuentas, la última cotización del accionante data de **septiembre de 2021**, debiéndose

advertir que la señora Rafael Alberto en su interrogatorio de parte rendido en la audiencia del 21 de octubre de 2021, confesó que continuaba cotizando a Porvenir S.A., (minuto 56:55), lo que nos lleva a deducir que no se ha retirado del sistema.

Al respecto, el inciso 2° del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al régimen de prima media con prestación definida, dispone que:

"Serán aplicables a este régimen las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del instituto de seguros sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley."

A su turno, el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad dispone:

"ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.

Así mismo preceptúa el inciso 2° del artículo 4° de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

"La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente."

De conformidad con las anteriores disposiciones, se reitera que el derecho a la pensión de vejez se causa con el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos por la ley y debe empezar a pagarse a partir de la fecha de la novedad de retiro, o en su defecto, a partir de la última cotización efectuada, por cuanto con el hecho de que el afiliada deje de cotizar y solicite la prestación económica por vejez, se manifiesta de forma tácita su voluntad de retiro del sistema como afiliada, para adquirir el estatus de pensionada.

Así que al no encontrarse acreditado el retiro del sistema por parte del demandante, se dejará en suspenso el disfrute de la prestación, hasta tanto acredite la novedad de retiro, prestación que se liquidará conforme a los parámetros del inciso 2° del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y para efectos de establecer el MONTO PENSIONAL se tendrá en cuenta el artículo 34 de

la Ley 100 de 1993, modificado por el 10 de la Ley 797 de 2003, con la fórmula allí establecida.

2.4.3 EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, por lo cual se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y revisada en consulta, se confirmará parcialmente, modificando lo concerniente a los conceptos que se deben reintegrar COLPENSIONES indexados.

Costas de segunda instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. y a favor del demandante. Se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1 '000.000, a cargo de cada una de las accionadas.

3. FALLO DEL TRIBUNAL

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

PRIMERO: Se **MODIFICA** el numeral **TERCERO**, en el sentido que los valores que debe trasladar la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a **COLPENSIONES** debidamente indexadas, es por las sumas descontadas por cuotas de administración, los descuentos por seguros provisionales y descuentos para el fondo de garantía pensión mínima.

SEGUNDO: En lo demás se **CONFIRMAR** la sentencia.


TERCERO: COSTAS de segunda instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. y a favor del demandante. Se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1 '000.000, a cargo de cada una de las accionadas.

Lo decidido se notifica por EDICTO.

Los Magistrados,



JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE