

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Magistrada Ponente: María Eugenia Gómez Velásquez

Proceso	: Ordinario de Segunda Instancia
Demandante	: MARTHA LUCIA ZULUAGA USME
Demandados	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-
Radicado	: 05001 31 05 021 2018 00453 01
Providencia	: Sentencia
Temas y Subtemas	: Seguridad Social –Ineficacia traslado de régimen -
Decisión	: Modifica, aclara y adiciona decisión condenatoria
Sentencia No	: 101

En la fecha antes anotada el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, conformada por los Magistrados **CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, NANCY GUTIÉRREZ SALAZAR y MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ**, como ponente, profieren la siguiente decisión de fondo, previa deliberación, de conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 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”*, que modificó el trámite en los procesos de la jurisdicción Laboral.

ANTECEDENTES

Pretensiones:

Se solicita sea declarada la **ineficacia de la afiliación** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); se ordene la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPMPD administrado por COLPENSIONES, con inmersión en el régimen de transición; se ordene el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES con sus rendimientos, frutos, intereses y cuotas de administración; se condene a COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A. a pagar, a título de perjuicios, la pensión de vejez mientras COLPENSIONES la reconoce y paga, así como los honorarios del apoderado; **se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez bajo el régimen de transición**, mesadas adicionales, intereses moratorios y/o indexación, costas procesales.

Hechos relevantes de la demanda:

Se afirma, en términos generales, que la demandante nació el 28 de abril de 1959 y cuenta con más de 1477 semanas cotizadas; se afilió al RAIS a través de COLFONDOS S.A. el 30 de junio de 1995, en enero de 1996 suscribió formulario de afiliación al entonces I.S.S. donde efectuó cotizaciones hasta febrero de 2001; el 2 de abril de 2001 fue afiliada a PROTECCION S.A.; sostiene que al momento de diligenciamiento del formulario, esto es, el 30 de junio de 1995 y el 2 de abril de 2001, ninguna las AFP codemandadas, le brindaron la debida información; expone que ni antes, ni durante la afiliación, le explicaron las consecuencias del traslado, características, ventajas y desventajas, ni las condiciones para acceder a la pensión de vejez en cada régimen; según proyección pensional de PROTECCIÓN S.A., la mesada pensional en el RAIS a la edad de 60 años sería de \$971.397 y en el RPMPD de \$2.323.832.

Respuesta a la demanda:

COLPENSIONES aceptó la afiliación al RPMPD donde la demandante cotizó 159.26 semanas; se opuso a la prosperidad de las pretensiones; propuso en su defensa las excepciones que denominó improcedencia de nulidad de traslado, inexistencia de la obligación de reconocer afiliación y pensión de vejez, improcedencia de intereses moratorios, descuentos en salud, improcedencia de indexación, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas, genérica.

PROTECCION S.A. admitió que **la demandante cuenta con 1.477,43 semanas cotizadas** al Sistema General de Pensiones según historia laboral generada **el 1º de marzo de 2018 y al 16 de octubre del mismo año sumaba 1.507,43 semanas cotizadas**; se opuso a las pretensiones de la demanda. En términos generales expuso que la parte actora se afilió de manera libre y voluntaria, para lo cual suscribió el formulario de vinculación; le brindó información completa y comprensible al momento de la afiliación, conforme a la normatividad aplicable para la época; hace referencia a la irretroactividad de las normas jurídicas, la falta de ejercicio de la facultad de regresar al RPMPD, a las obligaciones de los consumidores financieros, reasesoría de buena fe brindada el día 26 de abril de 2006 previo al cumplimiento de los 47 años de edad. Propuso en su defensa las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, genérica, falta de juramento estimatorio de perjuicios.

COLFONDOS S.A. expuso que no le consta o no es cierto lo afirmado en la demanda y se opuso a las pretensiones formuladas. En términos generales, manifestó que la afiliación se realizó de manera libre y espontánea, cumplió con las formalidades exigidas al tiempo de la vinculación, la parte actora no hizo uso del derecho de retracto, no se aportó ninguna prueba tendiente a demostrar que la vinculación fue afectada por un vicio en el consentimiento. Formuló las excepciones denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción, buena fe, compensación y pago,

obligación a cargo de un tercero, saneamiento de cualquier nulidad, genérica, ausencia de vicios del consentimiento.

Sentencia de Primera Instancia:

El **Juzgado 21 Laboral** del Circuito de Medellín, mediante Sentencia del 21 de agosto de 2020, **declaró la ineficacia del traslado** de la demandante **del RPMPD al RAIS** y la afiliación sin solución de continuidad en el RPMPD; **ordenó a PROTECCION S.A. trasladar a COLPENSIONES** y a ésta a recibir, los **salos de la cuenta de ahorro individual**, incluidos los **rendimientos financieros**; **condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES**, las **cuotas de administración** y las sumas del **seguro previsional**, descontadas de los aportes realizados en favor de la demandante, durante todo el tiempo que estuvo afiliada en el RAIS, **incluyendo los tiempos de afiliación en PROTECCION S.A.**; declaró que la demandante **causó la pensión de vejez**, a partir del momento en que cumplió los **57 años y 1.300 semanas cotizadas**, con **disfrute suspendido hasta cuando acredite el retiro o desafiliación del sistema pensional**; declaró probada la excepción de ausencia de prueba del vicio en el consentimiento; sin condena en Costas a las partes.

Recurso de Apelación apoderado de la demandante:

Sostiene que falta de posibilidad de las AFP de allegar prueba, que tienen el deber de un buen consejo, han tenido recursos económicos, si tenían la posibilidad de conservar los formularios de afiliación, se echa de menos que hubieran conservado otros documentos donde se hubieran plasmado los riesgos o desventajas que suponía para la demandante el traslado de régimen.

Se opone a la decisión de absolver a PROTECCION S.A. de la obligación de trasladar las cuotas administración; sostiene que en el proceso no está demostrado el deber de información por parte de la AFP respecto a la

demandante, lo cual no se puede subsanar con una reasesoría. En cuanto al **reconocimiento y pago de la pensión de vejez**, no se hizo análisis de las semanas y fecha de nacimiento, quien nació el 28 de abril de 1959 y para 2014 tenía cumplidos 55 años de edad, para julio de 2005 tenía más de 800 semanas cotizadas, **siendo beneficiaria del régimen de transición**, con derecho al pago de la pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990, siendo posible sumar tiempos públicos y privados. Frente al disfrute de la pensión de vejez, disiente del requisito de retiro, según Sentencia SU 140 de 2019, COLPENSIONES no podría hacer uso de ningún artículo del Decreto 758 de 1990 para exigir el retiro y según la CSJ existe la doctrina del retiro tácito, por lo que no se debe exigir un retiro formal, sino que debe revisarse la última cotización. Solicita **se condene en costas de manera objetiva a COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A.** al ser vencidas en juicio.

Recurso de Apelación apoderado COLFONDOS S.A.:

Solicita se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración, descontadas conforme a la facultad legal, proceden en ambos regímenes pensionales, no están destinadas a financiar la pensión de vejez, una parte se destina al pago de reaseguros por invalidez y sobrevivencia, riesgos por los cuales estuvo protegida y fueron trasladados a un tercero, así como lo destinado a Fondo de Garantía de Pensión Mínima, dineros que no entraron al patrimonio de la AFP, sin que COLFONDOS S.A. deba responder por descuentos durante la vinculación a PROTECCION S.A., AFP a la cual se le trasladaron los dineros; estos dineros generan unos rendimientos financieros significativos por la buena gestión y trasladarlos constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES y de la demandante; no se demostró ningún perjuicio al patrimonio de la demandante. En caso de confirmarse la decisión, solicita **se condene al traslado solo de las cuotas durante el tiempo de vinculación con COLFONDOS S.A. y se condene también a PROTECCION S.A. a devolver las respectivas cuotas de administración.**

Alegatos de conclusión:

El apoderado del **demandante** solicita se confirme la decisión recurrida, en cuanto declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS, reiterando argumentos expuestos en la demanda y alegatos de Primera Instancia. Respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, expone que la demandante nació el 28 de abril de 1959 y para el 30 de junio de 1995, estaba afiliada a la caja o fondo de pensiones del municipio de El Peñol, donde venía laborando desde 1986, debiéndose reconocer la prestación bajo el régimen de transición que la ampara, como es el decreto 758 de 1990, sumando tiempo de servicios públicos con o sin cotización al ISS. Así mismo, se revoque la Sentencia respecto a la no imposición de costas en contra de los demandados, dada la férrea defensa de las entidades demandadas y son de índole objetivo.

La apoderada de **COLFONDOS S.A.** solicita se ajusten las cargas procesales de las partes y que cada AFP a las cuales estuvo afiliada la actora, traslade los gastos de administración por el período de afiliación a cada una de ellas; sin que sea posible disponer la indexación de los conceptos cuyo traslado se ordenó, por cuanto con los rendimientos generados quedó más que compensado este concepto y ello no fue solicitado en la demanda.

Agotado el trámite procesal correspondiente a este tipo de procesos sin que se aprecie causal alguna de nulidad que invalide la actuación, se procede a resolver el asunto de fondo, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de **Apelación** y se conocerá en **Consulta** en favor de COLPENSIONES; de conformidad con lo establecido en los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, 15, 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Conflicto Jurídico:

El conflicto jurídico a dirimir, radica en verificar si es procedente modificar la Decisión de Primera Instancia, analizándose si las AFP del RAIS deben devolver las cuotas de administración, seguros previsionales y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por el tiempo de vinculación; así mismo, si la demandante es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de vejez en concordancia con el Decreto 758 de 1990, sumando tiempos públicos y privados, con imposición de condena en costas a las AFP codemandadas. Se revisará en Consulta en favor de COLPENSIONES las demás órdenes dadas.

Encontrando esta Colegiatura procedente modificar, aclarar y adicionar la Sentencia de Primera Instancia; por las siguientes razones:

1) Ineficacia de traslado de régimen pensional:

Se conoce en Consulta en favor de COLPENSIONES, al no haberse interpuesto recurso de Apelación contra esta decisión.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sido unánime en indicar que es deber de la Administradora de Fondo de Pensiones, en estos casos, informar en debida forma al afiliado, lo cual debe corresponder a una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales; siendo atribuida al Fondo de Pensiones, no al afiliado, la carga de la prueba, para demostrar que cumplió con dicho deber de información.

Es así como desde la Sentencia del 9 de septiembre de 2008 Radicado 31989, reiterada en Sentencia SL 3496 del 22 de agosto de 2018 Radicado 55013, se indicó que la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de

información, ya que la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, la posición anterior ha sido reiterada en las Sentencias SL 731 del 2 de marzo de 2020 Radicado 77535 y SL 1688 del 8 de marzo de 2019 Radicado 68838.

Por su parte, en Sentencia del 22 de noviembre de 2011 Radicado 33083, se reiteró por la Corte que es un deber de las AFP desde la perspectiva de los artículos 48 y 335 de la Constitución Política prestar de forma *eficiente, eficaz y oportuna* todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, además de que los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 les establecen obligaciones de carácter especial que las sitúan en el campo de la responsabilidad profesional, las que deben ser cumplidas “...*con suma diligencia, con prudencia y pericia...*”.

De igual forma, la Alta Corporación en **Sentencia SL 373 del 12 de febrero de 2020, en que se reitera lo indicado en la SL1688 del 8 de mayo de 2019 Radicado 68838**, indico en lo relativo al formulario de afiliación que “...*la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*”

En Sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014 Radicado 46292, se indicó que es eficaz cualquier determinación personal sobre traslado de régimen, **cuando existe un consentimiento informado y que dicha información comprende no solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, sino además las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión;** en la **SL 17595 del 18 de octubre de 2017 Radicado 46292**, se amplía el concepto hacia la libertad informada, precisando que para que se entienda que la afiliación fue hecha de manera libre y voluntaria, se debe verificar si la respectiva administradora puso en

conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen y a su vez los beneficios que obtendría, es decir, que se demuestre que la correspondiente entidad garantizó una decisión informada, que permita una manifestación de voluntad autónoma y consciente; en concreto indicó *“no es dable argüir 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.”* Y en **Sentencia SL782 del 14 de marzo de 2018 Radicado 58158**, indicó que no puede afirmarse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando la persona desconoce cómo puede incidir esa decisión en su derecho pensional, estando a cargo de la AFP, dar cuenta de que documentaron en forma clara y suficiente, las consecuencias del traslado.

Así las cosas, de la normatividad y jurisprudencia referidas, se tiene que las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, tienen la obligación de brindar toda la información requerida a los potenciales afiliados, respecto de las ventajas y desventajas de su traslado, realizando proyecciones de su posible mesada pensional y los requisitos que debía cumplir para acceder a la pensión de vejez, para con ello tomar una decisión debidamente informada en cuanto a su cambio de régimen; siendo carga de la prueba de dichas Administradoras, demostrar la debida información; ver Sentencias **de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia SL 731 del 2 de marzo de 2020 Radicado 77535; SL 373 del 12 de febrero de 2020 Radicado 71211; SL 1688 del 8 de mayo de 2019 Radicado 68838 y la SL4964 del 14 de noviembre de 2018 Radicado 54814**. Sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (Sentencias SL1452 de 2019 Radicado 68852, SL1688 de 2019).

En el asunto bajo estudio, **es preciso señalar que se presenta tanto una ineficacia de la afiliación inicial al RAIS a través de COLFONDOS S.A., como una**

ineficacia del posterior traslado, efectuado del RPMPD al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A., como se explica a continuación:

La demandante presenta afiliación inicial al RAIS a través de COLFONDOS S.A. el día 30 de junio de 1995 (Ver solicitud de vinculación y certificado expedido por la AFP folios 258 y 259). Posteriormente, **fue afiliada al RPMPD a partir del 1º de enero de 1996** (historia laboral de COLPENSIONES folio 59); luego, **se trasladó al RAIS administrado por PROTECCION S.A. con efectividad desde el 1º de mayo de 2001** (reporte expedido por ASOFONDOS folios 115 y 152).

Para la época en que se afilió al RAIS (el 30 de junio de 1995), se encontraba vinculada con la entidad pública Municipio de El Peñol, desde el 6 de septiembre de 1986, tiempo en el cual el empleador no realizó aportes al Sistema de Pensiones (folios 54 y 158); por tanto, antes de la afiliación al RAIS no tenía una afiliación previa al RPMPD y al no haberse demostrado por parte de COLFONDOS S.A. la debida información, la consecuencia es la ineficacia de la afiliación inicial al RAIS; ineficacia que se presenta igualmente, respecto del posterior traslado de régimen, efectuado del RPMD al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A., efectivo desde el 1º de mayo de 2001, al no haberse demostrado tampoco por parte de la AFP, el cumplimiento del deber de información a su cargo.

Aunque se trata de diferentes escenarios –afiliación inicial y luego un traslado, ambos al RAIS–, los efectos jurídicos son similares, ya que como fundamento de la demanda, se afirmó que al momento de diligenciamiento del formulario, el 30 de junio de 1995 y el 2 de abril de 2001, a través de COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A., respectivamente, ninguna las AFP codemandadas le brindaron la debida información; pretendiéndose se ordenara su afiliación en el RPMPD administrado por COLPENSIONES y no al RAIS, tal como fue declarado en Primera Instancia. Además, a partir del 1º de abril de 1994, es obligatoria la afiliación al Sistema General de Pensiones para todos los trabajadores y conforme a lo previsto en el artículo 4º del

Decreto 692 de 1994, los servidores públicos que al 1º de abril de 1994 estuvieren vinculados a un fondo del sector público –como en este caso-, si seleccionaban el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, quedaban vinculados al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES.

La declaración de la afiliación sin solución de continuidad al RPMPD, es también una consecuencia lógica y razonable, que se sigue de la declaración de ineficacia de la afiliación inicial al RAIS, teniendo en cuenta que conforme a lo establecido en el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Pensiones está compuesto por los dos regímenes: el RAIS y el RPMPD, que son excluyentes y coexisten; por tanto, si la afiliación al RAIS se declaró ineficaz y la demandante pretendía estar afiliada en el RPMPD, lo consecuente es declarar que su afiliación queda vigente en éste último, con la obligación a cargo de COLPENSIONES de aceptarla y recibir todos los recursos que las AFP del RAIS están obligadas a trasladar.

Por todo lo explicado, esta Sala de Decisión Laboral encuentra procedente, **aclarar** la Sentencia de Primera Instancia, indicándose que la declaración de ineficacia respecto a COLFONDOS S.A., recae sobre la afiliación inicial y no respecto de un traslado; **adicionándose en cuanto al tiempo con el que cuentan las AFP del RAIS, para entregar los dineros a COLPENSIONES**, esto es, dentro del término de **treinta (30) días** siguientes a la ejecutoria de la presente Sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 692 de 1994; confirmándose en lo demás.

2) Solicita el apoderado de la demandante se revoque la decisión recurrida, **en cuanto absolvió a PROTECCION S.A. de trasladar las cuotas de administración**. Por su parte, **el apoderado de COLFONDOS S.A. sostiene que no hay lugar a devolver los gastos de administración**, afirmando que fueron descontados conforme a la facultad legal, opera en ambos regímenes pensionales y generaron rendimientos financieros por la buena administración de la AFP; en caso de

confirmarse la decisión, **solicita se condene al traslado solo de las cuotas durante el tiempo de vinculación con COLFONDOS S.A. y se condene también a PROTECCION S.A. a devolver las respectivas cuotas de administración.** Frente a lo anterior tenemos que:

Una de las consecuencias al declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, es que la afiliación al RAIS no genera efectos jurídicos, conforme a la normatividad y jurisprudencia antes citadas; **quedando a cargo de la AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados, junto con los rendimientos financieros, sin descuento alguno, incluyendo los gastos de administración, cuotas destinadas a cubrir los seguros previsionales y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima,** no solo el valor de la cuenta de ahorro individual como lo dispuso el Juzgado de Primera Instancia; siendo ello necesario por cuanto COLPENSIONES es la entidad que en su momento, deberá asumir el reconocimiento de las prestaciones económicas inherentes al sistema de pensiones, para lo cual requiere los recursos correspondientes, conforme a la Ley, para su financiación (ver Sentencias SL1452 del 3 de abril de 2019 Radicación No 68852, SL1688 del 8 de mayo de 2019 Radicación No 68838, SL4964 de 2018 H. CSJ Sala de Casación Laboral).

Ahora bien, **sobre las consecuencias de la declaración de ineficacia la Alta Corporación en Sentencia SL3464 del 14 de agosto de 2019 Radicado 76284,** indicó que “...los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones **la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que **esta declaración obliga las entidades del régimen de Ahorro Individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades,** pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. **CSJ SL 31989, 9 SEPT 2008, CSJ 4964-2018, CSJ SL 1421-2019 Y CSJSL1688-2019...**” (Negrillas fuera de texto).

En forma más reciente, en Sentencia SL 2877 del 29 de julio de 2020, Radicado 78667, la H. Corte, luego de citar el artículo 1746 del Código Civil, reitera lo

anterior, señalando:

“...Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, **la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.**

(...)

En el sub lite, **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. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.**

(...)

Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima»...**” (Negrillas y subrayado, fuera del texto).

De otro lado, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, tiene señalado que la actuación viciada de traslado del RPMPD al RAIS, no se convalida por los traslados entre administradoras dentro del RAIS; pues escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen, que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales, por lo que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, deben asumirla todas las entidades administradoras del RAIS a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

En consecuencia, esta Sala de Decisión Laboral encuentra procedente **modificar** la Sentencia de Primera Instancia, **revocándose** en cuanto condenó a COLFONDOS S.A. a devolver las cuotas de administración y los seguros previsionales, descontadas durante el tiempo de afiliación de la demandante a PROTECCION S.A. y excepcionó de trasladar los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima; en su lugar, **se condenará a COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A. a trasladar a COLPENSIONES, las cuotas de administración, seguros**

previsionales y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, descontados por cada AFP durante el tiempo de vinculación de la demandante a cada una de ellas.

3) Reconocimiento de la pensión de vejez:

Sostiene el apoderado de la demandante, que la señora Zuluaga Usme **es beneficiaria del régimen de transición**, con derecho al reconocimiento de la pensión de vejez en aplicación del Decreto 758 de 1990, sumando tiempos públicos y privados; **estando en desacuerdo con el condicionamiento del disfrute a partir del retiro del Sistema de Pensiones y solicita que, en su lugar, debe proceder desde la última cotización**. Encontrando esta Sala de Decisión Laboral que **no le asiste la razón a la parte recurrente**, por lo siguiente:

Conforme a lo probado en el proceso, **antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandante no estuvo nunca afiliada al entonces Instituto de Seguros Sociales**; según la historia laboral expedida por COLPENSIONES, **la señora Martha Lucía se afilió al RPMPD administrado por el entonces I.S.S., solo el día 1º de enero de 1996 (folio 59)**, esto es, ya en vigencia del Sistema General de Pensiones; **por tanto, en su caso no hay lugar a la aplicación del Decreto 758 de 1990, por transición**.

Sobre este tema, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en **Sentencia SL8639 de 2015**, indicó que **la titularidad a un régimen pensional por vía de transición impone, como mínimo, que se haya estado afiliado a un régimen pensional durante su ordinaria vigencia** y que tenga relación con la pensión que se pretende, pues sólo puede accederse al derecho pensional si se cumplen los supuestos de hecho que la particular norma que lo regula exige, el primero de los cuales es, obviamente, que se hubiere tenido la condición de afiliado a dicho régimen, por cuanto no es dable derivar un derecho de una condición que nunca se tuvo.

Por lo anterior, **se confirmará la Sentencia de primera instancia, en cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez en aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993** modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003, al acreditarse el cumplimiento total de los requisitos allí dispuestos, esto es, 57 años de edad – cumplidos el 28 de abril de 2016 – y 1.300 semanas cotizadas – cuenta con 1.507 (folio 156) -; **con disfrute a partir del momento en que se acredite ante COLPENSIONES el retiro del sistema de pensiones o el cese de cotizaciones**, tal como lo indicó el Juzgado de Primera Instancia; pues si bien es cierto, en la parte resolutive de la Sentencia manifestó que se empezará a percibir la pensión a partir del momento en que se acredite el retiro o desafiliación, también lo es, que en la parte motiva explicó que lo sería desde el momento de la **última cotización al Sistema de Pensiones**, esto es, no necesariamente desde el retiro formal, se reitera, es posible desde cuando la afiliada cese en las cotizaciones, lo cual no está demostrado en el proceso y deberá acreditar ante la entidad de seguridad social; ya que según historia laboral expedida por PROTECCION S.A. **el 16 de octubre de 2018, la demandante era cotizante activa por lo menos hasta el periodo anterior, septiembre de 2018** (folio 169).

Sobre el disfrute de la pensión de vejez y el requisito de desafiliación del sistema de pensiones, tenemos que si bien el reconocimiento de la pensión de vejez se encuentra supeditado al hecho de la desafiliación definitiva al Sistema, como situación previa para su pago, también lo es que se presentan dos momentos que no deben confundirse, uno es la **causación** de la pensión el cual se produce desde el momento en que se reúnen los requisitos para su reconocimiento, esto es, edad y densidad de cotizaciones, y el otro, el **disfrute** de la misma, que se configura a partir del instante en que lo solicite el afiliado y se acredite su desafiliación del Sistema.

Al respecto, **esta Magistratura** ha considerado que **no se requiere necesariamente la desafiliación expresa del trabajador**, ya que el **hecho de no seguir cotizando a la entidad, aunado a la manifestación expresa del afiliado de quererse pensionar, indican la intención real implícita, pero contundente, de desafiliarse del sistema** para entrar a gozar de la pensión pretendida; tal como lo ha

indicado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en **Sentencia SL4073 de 2020** Radicado 59539, reiterando CSJ **SL5541-2019** Radicado 79370.

4) En lo referente a la absolución de Costas procesales a COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A., encuentra esta Sala de Decisión Laboral que:

El Juzgado decidió no condenar en Costas a las AFP codemandadas, por considerar que la demandante incurrió en una actitud negligente, al haber recibido asesoría de manera oportuna por parte de la AFP, para que regresara al RPMPD antes del límite de edad, para lo cual se le envió un correo electrónico, lo cual reconoció, pero no lo leyó.

Sobre este tema, la **Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia** en Sentencia **SL1688 de 2019** Radicado 68838, señaló que el **servicio de reasesoría, no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento de la afiliación, pues la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad;** anotando que un dato solo será relevante si es oportuno, por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información; así mismo, ha indicado que **el deber de información** que imperativamente le corresponde a la AFP, **se debe acreditar “...al momento del acto jurídico (...) no con posterioridad...”**, ver Sentencia **SL2817 de 2019** Radicado 64876.

Según el **artículo 365 del Código General del Proceso**, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, **se condenará en costas a la parte vencida en el proceso**, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja o súplica. A su

vez, la **Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4690 de 2019**, reiterando lo indicado en **Auto AL4123 de 2019**, señaló que las Costas procesales no son consecuencia de un actuar determinado de las partes y por tanto, no tiene interés que se haya actuado de buena o mala fe, en forma diligente o negligente, pues es deber de las partes actuar en el proceso con lealtad; recordando que la condena en Costas obedece a un criterio objetivo dependiendo del resultado del proceso o del recurso formulado y se imponen a la parte vencida; que en este caso, son las AFP COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A.; por tanto, hay lugar condenar en Costas a dichos Fondos, en favor de la parte demandante, por lo cual, se **revocará** la Sentencia de Primera Instancia **en cuanto absolvió de Costas a COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A.**, para en su lugar, **imponer condena en Costas en su contra**, como parte vencida en el proceso. Las agencias en derecho serán fijadas por el Juzgado de Primera Instancia, conforme a los parámetros indicados en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso y Acuerdo 10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

COSTAS:

No se condena en Costas en esta Segunda Instancia al haber prosperado parcialmente los recursos de Apelación formulados; de conformidad con lo establecido en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso y el Acuerdo 10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO: Se **MODIFICA** la Sentencia de Primera Instancia, de la fecha y procedencia conocidas, que por vía de **Apelación** se revisa y en el grado jurisdiccional de **Consulta** en favor de COLPENSIONES; en los siguientes aspectos:

a) Se **ACLARA**, indicándose que la declaración de ineficacia respecto a COLFONDOS S.A., recae sobre la afiliación inicial y no respecto de un traslado;

b) Se **REVOCA** en cuanto condenó a COLFONDOS S.A. a devolver las cuotas de administración y los seguros previsionales, descontadas durante el tiempo de afiliación de la demandante a PROTECCION S.A. y excepcionó de trasladar los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima; en su lugar, **se CONDENA a COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A. a trasladar a COLPENSIONES**, las **cuotas de administración, seguros previsionales y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, descontados por cada AFP, durante el tiempo de vinculación de la demandante, a cada una de ellas.

c) Se **ADICIONA**, en cuanto al tiempo con el que cuentan COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A. para entregar los dineros ordenados, esto es, dentro del término de **treinta (30) días** siguientes a la ejecutoria de la presente Sentencia;

d) Se **REVOCA**, en cuanto absolvió de Costas a COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A., para en su lugar, **imponer condena en Costas en su contra y en favor de la demandante MARTHA LUCÍA ZULUAGA USME**; las agencias en derecho serán fijadas por el Juzgado de Primera Instancia.


Todo lo anterior, de conformidad con lo explicado en la parte considerativa de esta Sentencia.

SEGUNDO: Se **CONFIRMA** la Sentencia de Primera Instancia en todo lo demás, de acuerdo a los considerandos.

TERCERO: No se **CONDENA** en Costas en esta Segunda Instancia; según lo indicado en la parte motiva.

CUARTO: Lo resuelto se notifica en **ESTADOS** (electrónicos de que trata el artículo 9º del Decreto Legislativo 806 de 2020), se ordena devolver el proceso al Despacho de origen. En constancia se firma el Acta por quienes en ella intervinieron.

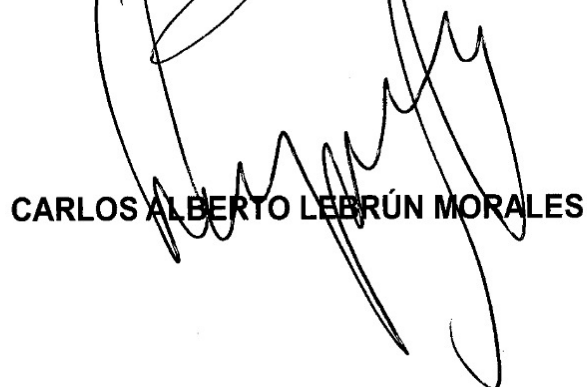
Los Magistrados,



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ



NANCY GUTIÉRREZ SALAZAR



CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES

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

Que la presente providencia se notificó por
Estados No. **69** del **26 de abril de 2021**.

consultable aquí:

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