

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	: RUBY DEL PILAR CASTILLO LANZZIANO
DEMANDADO :	: COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-001-2020-00398-01
RADICADO INTERNO	: 354-22
DECISIÓN	:ADICIONA, ORDENA, ACLARA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 375

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 el recurso 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 lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE la nulidad y/o ineficacia del traslado y afiliación del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual administrado por COLFONDOS S.A. Se ORDENE el retorno de la demandante al Régimen de Prima Media. Se le ORDENE a COLFONDOS S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la afiliada y demandante. se condene a las demandadas en costas procesales.

Como supuestos fácticos con que sustenta sus pretensiones, narra que nació el 31 de julio de 1964; a la fecha de la presentación de la demanda, cuenta con 1.140 semanas de cotización; cotizó al ISS desde el mes de julio de 1994; en marzo de 1997 le solicitaron afiliarse a COLFONDOS S.A., el empleador permitió el ingreso de una asesora comercial de dicha AFP para que tomara su firma; la demandante firmó el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. sin ningún tipo de asesoría pensional; la AFP COLFONDOS S.A. no le informó la restricción para retornar al Régimen de Prima Media cuando le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad pensional ni le hizo advertencia cuando estaba próxima a cumplir la fecha máxima de traslado del régimen pensional.

El 21 de octubre de 2020 la demandante solicitó a Colpensiones el traslado del régimen pensional, el cual fue negado en comunicación del 21 de octubre de la misma anualidad; el 4 de octubre de 2019 solicitó a COLFONDOS S.A. información y aclaración sobre aspectos del traslado de régimen pensional, a lo cual, la AFP dio respuesta parcial el 17 de octubre de 2019.

RESPUESTA A LA DEMANDA

Colpensiones en la contestación aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; que realizó cotizaciones al ISS desde julio de 1994; la creación de los fondos privados con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. No le constan los demás hechos de la demanda. Y se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda (expediente digitalizado 09).

Al dar respuesta a la demanda la sociedad COLFONDOS S.A. acepta la fecha de nacimiento de la demandante; la creación de los fondos privados con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; la restricción a trasladarse se régimen pensional faltando 10 años o menos para cumplir la edad pensional; que COLFONDOS S.A. alerta a sus afiliados cuando están próximos a cumplir la fecha máxima del traslado de régimen; la solicitud radicada ante COLFONDOS S.A. y la respuesta dada por la entidad. No le consta las semanas cotizadas por la demandante; que haya cotizado al ISS desde julio de 1994; el lugar de trabajo de la demandante para el año 1997; que su empleador haya permitido el ingreso de la asesora comercial de COLFONDOS

S.A. para tomar su firma; que en el año 2010 haya cumplido 46 años de edad; la solicitud elevada a Colpensiones y la respuesta dada por dicha entidad. En relación a los demás hechos., indica que no son ciertos. Y se opuso a la prosperidad de las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda, que involucren a la sociedad COLFONDOS S.A. (expediente digitalizado 11).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 29 de noviembre de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual solicitada por la accionante, el 31 de marzo de 1997, a la AFP COLFONDOS S.A., por falta al deber de información y por haber incurrido en una multivinculación.

Le ORDENÓ a Colpensiones, tener a la demandante válidamente afiliada al Régimen de Prima Media, y homologar las semanas cotizadas por ésta al Régimen de Ahorro Individual, previo el recibo del correspondiente saldo de la cuenta de ahorro individual.

Le ORDENÓ a COLFONDOS S.A. a trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales, estos porcentajes deberán ser indexados desde la fecha en que se descontaron. CONDENÓ a COLFONDOS al pago de las costas a favor de la demandante. Se abstuvo de condenar en costas a Colpensiones.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de Colpensiones apela la sentencia de primera instancia, exponiendo que la demandante en forma voluntaria, suscribió afiliación al Régimen de Ahorro Individual y al momento que solicitó retornar al Régimen de Prima Media se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad mínima pensional, conforme el art. 2 de la Ley 797 de 2003.

En relación a lo manifestado por la A Quo, respecto a la multivinculación al registrar en los aportes de Colpensiones cotizaciones a partir del 19 de julio de 1994 y teniendo en cuenta que la misma suscribió su vinculación el 31 de marzo de 1997, señala que no cumplió el término para dicho tasando y en consonancia con el Decreto 3995 de 2008 y lo relativo para dirimir la multivinculación, debe tener como validez la vinculación al RAIS que era donde la demandante tenía el mayor número de cotizaciones entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2007; que en este evento no se da un error de derecho que produzca la nulidad y advierte que la motivación de la demandante es netamente económica; aunado a ello, señala que la demandante contaba con diferentes medios sin que hubiera hecho uso de ellos y como el legislador dio potestad de elegir el régimen más favorable, la demandante optó por vincularse al Régimen de Ahorro Individual y dado que en los últimos 10 años, la situación socioeconómica de la demandante ha variado ello genera que la construcción de su pensión en ambos regímenes también, sin que se pueda predicar un error en la información. Solicita sea tenido en cuenta que los dineros devueltos por COLFONDOS S.A. no son suficientes para el financiar la pensión de vejez con lo que se desconoce la sostenibilidad financiera del sistema y se genera la descapitalización de Colpensiones.

En caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, solicita se mantenga la orden de trasladar los aportes indexados, ello es, el porcentaje del seguro previsional, cuota de administración y el porcentaje de garantía de pensión mínima, para que Colpensiones no entre a asumir disparidad de cifras entre los cotizado en el RAIS y en el RPM. Y solicita se mantenga la absolución en costas, dado que Colpensiones es un tercero de buena y no tuvo injerencia de la vinculación al fondo privado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte demandante solicita sea confirmada la sentencia favorable a los intereses de su representada invocando: la aplicación del principio de favorabilidad, en las decisiones de los jueces laborales; la jerarquía en la aplicación de instrumentos de derecho, entendiéndose que una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, está por encima de cualquier

salvamento de voto emitido por la misma corporación; la diferencia entre precedente judicial y doctrina probable, para ello remite a las sentencias C 621 y C 625 de 2015, SU 354 de 2017, STL 3430 de 2020.

Para el caso concreto sostiene, que por doctrina probable se tiene, para la carga de la prueba, que la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en establecer que la carga de la prueba está en cabeza de los Fondos Privados, y el formulario de afiliación no es el documento válido para demostrar el cumplimiento del deber de información; y frente al régimen de transición, se ha reseñado que no requiere tener un beneficio tradicional para que proceda la ineficacia del traslado de régimen de pensiones, pues el deber de información aplica para todos.

Aunado a ello, señala la parte demandante, que los Fondos Privados no lograron demostrar, haber suministrado la información al momento del traslado de régimen de pensiones y tampoco antes de que la demandante cumpliera los 47 años de edad; del interrogatorio de parte se extrae que la accionante fue engañada por los asesores. Y afirma que la sentencia STP 12082 de 2019, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, reitera la posición sentada por la Sala Laboral.

La apoderada de Colpensiones solicita la revocatoria de la sentencia al señalar que los Fondos Privados, se encuentran en una situación probatoria compleja para esclarecer los hechos que la demandante alega; la afiliación a la sociedad COLFONDOS S.A. se realizó en forma libre, voluntaria espontánea, sin coacción, firmó el formulario de afiliación el cual era el único documento exigible para el traslado de régimen, sin que se pudiera configurar ningún vicio en el consentimiento de la actora, y en caso de declararse la ineficacia de la afiliación y se ordene el traslado de los dineros ahorrados, se estaría generando un detrimento al Sistema General de Pensiones, pues los recursos trasladados resultan insuficientes para sostener una pensión, generando pánico económico y atentando contra el principio de sostenibilidad Financiera, dado que se requiere que, por cada pensionado, que haya mínimo 7 aportantes, en tal caso la pensión que tendría que sobrellevar la Entidad que represento, no tendría un piso financiero estable, afirmación que sustenta con lo señalado en las sentencias C 1024 de 2004, SU 062 de 2010 y T 073 de

2019. En relación al traslado de régimen pensional cuando falten 10 años o menos, retoma apartes de las sentencias C 1024 de 2004 y T 184 de 2009.

Asegura que la demandante, eligió libremente sin coacción alguna, vincularse en un principio con la AFP COLFONDOS S.A., es por ello que el objeto del contrato no puede ser acusado de ilícito y no puede predicarse que sufrió daño alguno, por cuanto al momento de su vinculación no tenía un derecho pensional consolidado en el RPM; no se le ha vulnerado el derecho al acceso de la seguridad social en pensiones, y por ello debió existir un principio de responsabilidad compartida.

En caso de ser confirmada la sentencia, solicita se mantenga la condena impuesta a COLFONDOS S.A., de reintegrar la totalidad de la cotización, tales como los recursos de la cuenta de ahorro individual; las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración, debidamente indexados; y dichos conceptos deben ser debidamente discriminados.

Finalmente solicita que no se le imponga a Colpensiones condena en costas, pues sus actuaciones estuvieron sujetas a derecho y en ningún momento ha desconocido derechos a la demandante, pues se trata de un tercero en el presente proceso y no tuvo injerencia en la decisión.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud **del recurso de apelación**: i) Si en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia del traslado.

Y en el **grado jurisdiccional de consulta**, se deberá analizar: i) Si hay lugar a adicionar la sentencia, ordenándole a COLFONDOS S.A. el traslado de los dineros de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros generados; ii) Si hay lugar a aclarar la sentencia, de la orden dada a COLFONDOS S.A. de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, estos se encuentran conformados por *“... el 3% restante se destinará a*

financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”, debidamente indexados.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía más de 35 años de edad al haber nacido el 31 de julio de 1964 (fl. 19 del expediente digital 03); cotizó al ISS desde el 19 de julio de 1994 al 31 de marzo de 1997 (expediente administrativo 09); se trasladó a COLFONDOS S.A. el 31 de marzo de 1997 (fl. 17 del expediente digital 11).

Descendiendo al caso particular, se tiene que en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, al haber indicado que su afiliación a COLFONDOS S.A. se dio porque entró a trabajar a CAFAM y le informaron que en los días próximos pasaría una persona de COLFONDOS S.A. para que firmara el documento para afiliarse a esa entidad; no informó que tenía afiliación previa con el ISS, por lo que considera que el empleador tuvo injerencia en ese traslado; acepta haber firmado el formulario de afiliación exhibido; antes de suscribir el formulario no le informaron que los aportes realizados iba a estar en una cuenta de ahorro individual; no conoció las diferencias entre los regímenes pensionales; no le dijeron que iba a pasar con las semanas que tenía cotizadas en el ISS y no sabía el tiempo que tenía cotizado en el ISS; no le informaron porqué era importante anotar beneficiarios; antes de cumplir 47 años no recibió reasesoría de COLFONDOS S.A.; no leyó el formulario; su motivación para trasladarse a Colpensiones es que su abogado le informó que al trasladarse a iba a tener una mejor pensión que estando con el fondo privado. No se sintió obligada a firmar la vinculación con COLFONDOS S.A.

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 aun 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, 4811 de 2020, SL 1217 y 782 de 2021, 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 COLFONDOS 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 a dicho fondo de pensiones, 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 violenta 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 tuvo 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** (sentencia SL 3202 de 2021 que remite a las sentencias SL 1688 de 2019, SL 12715 de 2014, 28.479 de 2008, 39.347 de 2012 y 8397 de 1996) 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 la sociedad COLFONDOS S.A. aporte formulario de afiliación; vinculaciones eliminadas, comunicado de prensa (expediente digital 11), lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse de ISS al Régimen de Ahorro Individual, **no les dieron una información completa y suficiente.**

Y frente a la oposición presentada por Colpensiones en relación a la declaración de ineficacia de la afiliación, con fundamento en el art. 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el art. 13 de la Ley 100 de 1993, la Sala no lo acogerá, toda vez que no se puede olvidar, que el análisis que se realiza en

los eventos donde se solicita la ineficacia del traslado o de la afiliación, versan exclusivamente en la falta de información suficiente, amplia y oportuna por parte de los fondos de pensiones, al momento de realizarse la afiliación o el traslado de régimen, dado que esto tiene una relación directa con la validez o no del acto jurídico celebrado. Al respecto, la sentencia SL 2621 de 2021 señaló:

*“Así pues, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar, se itera, si se tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o si se está próximo 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** (SL1688-2019).” (Negrilla de la Sala)*

Adicionalmente no se acoge el argumento Colpensiones, porque la ineficacia del traslado puede ser declarada, aún en los eventos, en que el afiliado cuente con menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, en vista que con esta declaratoria lo que se busca es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la afiliación o traslado al Régimen de Ahorro Individual.

Y la sentencia 3034 de 2021 señaló al respecto *“Así mismo, es un desaguizado centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a la AFP Porvenir SA en el año 2000, con lo cual, se desdibujó por parte del Colegiado de instancia el pedimento efectuado desde el escrito inaugural (CSJ SL1475-2021).”*

Y en lo que respecta a la multivinculación, se indicó en primera instancia que la demandante se afilió al ISS el 19 de julio de 1994, que la demandante suscribió el formulario de afiliación con COLFONDOS S.A. el 31 de marzo de 1997 y a la fecha se encontraba afiliada en dicho fondo de pensiones; que según el art. 13 de la Ley 797 de 2003 el afiliado solo se podría trasladar de régimen después de 3 años y en este caso, el traslado fue realizado a los 3 años 8 meses y 12 días, lo que hace que haya tenido una multivinculación al no haber esperado los 3 años, y la consecuencia de ellos a la luz del art. 17

del Decreto 692 de 1994 es tener ineficaz ese acto. Decisión que no comparte la apoderada de Colpensiones, al señalar que lo aplicable es el Decreto 3995 de 2008 debiéndose tener como válida la vinculación al RAIS por ser allí donde contaba con el mayor número de cotizaciones entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2007.

La anterior decisión se CONFIRMARÁ en primer lugar, porque la norma aplicable para analizar la multiple vinculación en este evento, corresponde al Decreto 692 de 1994 toda vez que la afiliación al ISS y sus cotizaciones tuvieron lugar desde el 19 de julio de 1994 y la solicitud de traslado a COLFONDOS S.A. se dio en vigencia de la normatividad señalada, el 31 de marzo de 1997, siendo posterior el Decreto 3995 de 2008 que pretende Colpensiones sea analizado. y en segundo lugar, porque el Decreto 692 de 1994 respecto al traslado de régimen y multiple vinculación consagra lo siguiente:

*“ARTICULO 15. TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL. Una vez efectuada la selección de uno de cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, **los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior.** (...)”*
Resalto de la Sala)

*“ARTICULO 17. MULTIPLES VINCULACIONES. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, **cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas** y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.”*

En ese sentido, como el traslado a COLFONDOS S.A. es la única vinculación anterior al cumplimiento del requisito de los 3 años establecidos por la norma, se entendería que es inválida.

Aunado a lo anterior, en el caso hipotético que se diera aplicación al Decreto 3995 de 2008, solicitado por Colpensiones y se determinara que la mayoría de los aportes habían sido realizados a COLFONDOS S.A. siendo valida dicha afiliación, en igual sentido se declararía la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual por falta al deber de información.

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a declaración de ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual a COLFONDOS S.A., y la orden dada a COLFONDOS S.A. de trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual, los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales indexados.

2. De los efectos de la ineficacia

Esta Sala ha sido de la posición, que los conceptos que deben ser trasladados a Colpensiones en los eventos en que se declare la ineficacia del traslado corresponde a los siguientes¹:

1º. Capital ahorrado: Conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y con fundamento en las sentencias SL 31.989 de 2008, SL 4964, SL 4989 de 2018, SL 1421, SL 1688, SL 1689 y SL 4360 de 2019.

2º. Rendimientos: En igual sentido este concepto se traslada de conformidad con el art. 113 ídem que señala *“Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos ...”*, y tiene como sustento jurisprudencial las sentencias enunciadas en el numeral anterior.

3º. Los gastos de administración, encuentra su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: *“... el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y*

¹ Sentencia SL 3051 del 7 de julio de 2021, engloba la obligación de trasladar todos los conceptos, al señalar: “Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJSL373-2021). Criterio que igualmente aplica en relación con los montos destinados a seguros previsionales y el porcentaje destinado a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).”

las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”, traslado que tiene sustento en lo siguiente:

En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 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 Régimen de Ahorro Individual, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver *“los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”*; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este concepto; 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.

La orden que las cuotas de administración se trasladen debidamente indexadas se extrae de la sentencia SL 1688 de 2019, que dijo expresamente:

*“Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a **gastos de administración**, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.*

*En tal sentido, **se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.**” (Resalto fuera del texto)*

Y la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, deberán devolverse **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3571 de 2021 se expuso en lo que nos interesa: *“... se adiciona el ordinal segundo en el sentido de condenar a Colfondos SA a trasladar, también, ... y los valores utilizados en seguros previsionales, con destino a Colpensiones, debidamente indexados, por cuanto la restitución de las cosas a su estado anterior debe ser plena o completa (CSJ SL2877-2020)”*

Conceptos que no prescriben teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar. En igual sentido, se ha pronunciado las sentencias SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021.

4º. Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima: el traslado de estos aportes se encuentra igualmente consagrado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 porque al tratarse de un aporte propio del Régimen de Ahorro Individual, no encuentra un equivalente en el Régimen de Prima Media, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

Y no sobra manifestar, que esta Corporación considera que el **principio de sostenibilidad financiera** no se violenta con la declaración de la ineficacia del traslado, porque si los efectos del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban y entre ellos, se integra la devolución en forma plena y retroactiva, con esta decisión se está protegiendo la sostenibilidad de Régimen de Prima Medía. Aunado a ello, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 de 2020 se pronunció al respecto, señalando:

“Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Teniendo claro lo anterior, considera la Sala que la sentencia de primera instancia debe ser:

- ADICIONADA, ordenándole a COLFONDOS S.A. a trasladar a Colpensiones junto con el saldo total, existente en la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos financieros generados.
- ACLARADA, en el sentido que la orden dada a COLFONDOS S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, los mismos se encuentran constituidos como anteriormente se explicó por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* debidamente indexados.

De conformidad con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL 896 del 23 de marzo de 2022, se ADICIONARÁ la sentencia de primera instancia en el entendido de que, al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que se hubiesen producido, y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, con las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, primas para seguros previsionales o cualquier otra causa, debidamente indexados, **los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con**

el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Costas en esta instancia en la suma de \$1.000.000 a cargo de Colpensiones, por no prosperar el recurso de apelación.

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, ORDENÁNDOLE COLFONDOS S.A. a trasladar a Colpensiones junto con el saldo total, existente en la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos financieros generados.

SEGUNDO: ACLARAR la sentencia de primera instancia, en el sentido que la orden dada a COLFONDOS S.A., para que traslade a Colpensiones los gastos de administración, los mismos se encuentran constituidos como anteriormente se explicó por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”*, debidamente indexados, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el entendido de que, al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que se hubiesen producido, y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, con las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, primas para seguros previsionales o cualquier otra causa, debidamente indexados, los conceptos deberán aparecer discriminados con

sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín.

QUINTO: Costas en esta instancia en la suma de \$1.000.000 a cargo de Colpensiones, por no prosperar el recurso de apelación.

SEXTO: 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

Sin firma por ausencia justificada

CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

DEMANDANTE	: RUBY DEL PILAR CASTILLO LANZZIANO
DEMANDADO :	: COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-001-2020-00398-01
RADICADO INTERNO	: 354-22
DECISIÓN	:ADICIONA, ORDENA, ACLARA Y CONFIRMA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/126> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 11 de enero de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 11 de enero de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO