

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

IBAGUÉ, AGOSTO DIECISÉIS DE DOS MIL VEINTICUATRO

APROBADO EN SALA DE DISCUSIÓN, SEGÚN ACTA 031 DE AGOSTO 16 DE 2024

DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

PROCESO: Ordinario de primera instancia
DEMANDANTE: Carlos Fernando Bolívar Ordóñez
DEMANDADAS: Colpensiones y otros
RADICADO: 73001-31-05-002-2022-00171-01

Vencido el traslado para alegaciones, establecido en el numeral primero del artículo 13 de la Ley 2213 de junio 13 de 2022, se procede a dictar sentencia, previa reseña de lo manifestado por las partes.

La llamada en garantía Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. como entidad aseguradora cubrió los riesgos que se le trasladaron en el tiempo de vigencia de las pólizas y las primas que recibió como elemento del contrato de seguro se causaron efectivamente con el paso del tiempo; Colfondos SA trasladó los riesgos de financiamiento de pensión de invalidez, sobrevivientes y auxilio funerario a esta aseguradora siendo cubiertos desde el 1º de enero de 2001 hasta el 31 de enero de 2004, luego en el evento que el riesgo asegurado se hubiere materializado la compañía hubiese dado cobertura del siniestro a Colfondos; reitera que Axa Colpatria cubrió los riesgos, otra cosa es que no se materializó, pero las primas fueron pagadas como elemento integrante del contrato de seguros; esta aseguradora no fue parte de la afiliación al RAIS que motivó el cambio de régimen pensional del actor, es por ello que en caso de declararse la ineficacia de dicha afiliación no se hace extensible al contrato de seguros dado que fue un negocio jurídico totalmente distinto que nació a la vida jurídica con sus propios elementos esenciales, se ejecutó en el transcurso del tiempo y se dio la cobertura a los riesgos amparados, que en otras palabras, el contrato de seguro reflejado en las

pólizas 006, 061, 1000002 y 1000003 tienen efectos de validez y eficacia jurídica, por lo que solicita confirmar la decisión de primer grado.

Colfondos S.A. refirió que es de suma importancia recalcar que el demandante ejerció su derecho de elección de régimen conforme el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 y tal selección se llevó a cabo de forma libre y sin ningún vicio que afectara la validez de la misma; que dicho Fondo le suministró toda la información requerida, el actor tuvo la oportunidad de estudiar y conocer las normas relacionadas con la seguridad social en pensiones, que son de acceso público y fácil comprensión, además tuvo la posibilidad de buscar asesoramiento si lo consideraba necesario; que es válidamente relevante considerar el marco legislativo que rodea este caso antes de la promulgación de la Ley 1758 de 2014 y el decreto 2071 de 2015, pues no existía obligación por parte de las AFP de hacer proyecciones al momento en que el afiliado optaba por realizar traslado de régimen; los cambios legislativos y judiciales posteriores no podían ser anticipados con certeza para ese momento; esto es relevante para garantizar la seguridad jurídica y respetar los principios de legalidad y no retroactividad que sustentan el sistema jurídico; que lo narrado en los hechos de la demanda difieren significativamente de lo expresado por el accionante en su interrogatorio, luego se presenta falta de coherencia lo cual invalida las pretensiones; aludió al fallo de esta Corporación en el radicado 2020-00265 que respalda su posición, fallo en el que se declararon infundadas las pretensiones y se absolvió al Fondo de pensiones debido a la falta de congruencia en los supuestos fácticos, por lo que solicita en virtud del artículo 280 del CGP se tenga en cuenta estos argumentos y se revoque el fallo de primer grado; que de otro lado en cuanto a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, señaló que ello contraviene el artículo 7º del decreto 3995 de 2008, norma que regula los rubros sujetos a traslado y que se resumen en los saldos en unidades de los aportes realizados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, pero no hace alusión a gastos de administración ni seguros previsionales; que en cuanto a la póliza previsional se contrata en beneficio de los afiliados, siendo la AFP simplemente la intermediaria en tal proceso, solo recauda las primas del seguro a nombre y por cuenta de la aseguradora y tales recursos nunca ingresan al patrimonio de la administrador, luego resulta improcedente ordenar su devolución; la aseguradora prestó el servicio contratado, es un contrato de ejecución sucesiva donde esta última asumió los riesgos de invalidez y muerte del afiliado, si estos riesgos se materializaron correspondería a la el pago de la suma adicional para financiar las correspondientes pensiones; que en este contexto, se deben considerar dos puntos: primero, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que ha establecido que la ineficacia no puede revertir actos y contratos con las aseguradoras que ya fueron efectivamente consumados, y segundo, obligar a la devolución de la prima de seguro previsional constituye un atentado contra el deber de la administración de la seguridad social, pues el seguro previsional tiene

una función precisa, financiar los riegos de invalidez y muerte, luego exigir su devolución equivale a negar o retrotraer las coberturas esenciales del sistema general de pensiones y conllevaría a un enriquecimiento sin causa justificada para Colpensiones a expensas del empobrecimiento correlativo de Colfondos; que en sentencia SL2929 de 2002 se indicó que solo en el caso de los pensionados del RAIS, ha defendido el criterio que no es posible darle efectos prácticos a la declaratoria de ineficacia -vuelta al statu quo ante, teniendo en cuenta que la calidad de pensionado en este régimen pensional da lugar a una situación jurídica consolidada o un hecho consumado que no se puede revertir, ni afectar (SL373 de 2021), por ende, solicita, no acceder a las pretensiones de la demanda.

Colpensiones, igualmente solicita revocar el fallo de primera instancia, aduciendo al efecto:

- El accionante se encuentra inmerso en la prohibición para traslado, consagrada en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, ratificada en sentencia C-1024 de 2004, a lo que agregó lo planteado como expedición de motivos para la expedición de la referida norma.
- Citó el salvamento de voto realizado por el Magistrado Jorge Luis Quiroz, dentro del radicado 68852, en el que expuso que si bien el acto del traslado de régimen, impone al fondo un deber de información suficiente, ello no exonera al afiliado del deber de concurrir, suficiente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional.
- Refirió a las diferentes etapas que se han presentado alrededor del deber de información, citando una primera etapa, ocurrida con el Decreto 663 de 1995, que consagra el estatuto orgánico del sistema financiero, que contiene en el numeral 1º, del artículo 97, de la obligación a cargo de las entidades, de suministrar a sus usuarios, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen.
- Una segunda etapa, con la Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010, que reglamentaron los derechos de los consumidores, y estableció el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones.
- Tercera etapa con la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y circular externa 016 de 2016 de la Superfinanciera, consagrándose el derecho de los usuarios del sistema pensional, a la doble asesoría como condición previa para el traslado de régimen.
- Por eso, la obligación del fondo demandado frente al deber de asesoría, debe analizarse bajo la normatividad vigente al momento de materializarse el traslado o cambio de régimen.
- Se presenta una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil al convertir en objetiva, la responsabilidad en cabeza del fondo demandado, cuando es deber del potencial pensionado, asesorarse en debida forma.

- Acorde con la sentencia SL 17595 de 2017, debe tenerse en cuenta la asimetría entre un administrador experto y un afiliado lego, pues entre más experto este último, menos información se exige.
- La carga dinámica de la prueba no puede aplicarse de manera genérica, pues conforme el artículo 167 del CGP, corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho de sus pretensiones, por lo que no es procedente como lo aplicó el A quo, invertir la carga de la prueba a cargo de la demandante para trasladarla al fondo demandado, quien debe demostrar el vicio en su consentimiento, lo cual no se logró.
- En el evento que se confirme el fallo de primer grado solicita hacer énfasis en la obligación que se genera respecto de Colpensiones debe estar sujeta a que la AFP normalice la afiliación de la actora en el SIAFP y realice la devolución de aportes con el traslado de los respectivos archivos de los mismos por el tiempo de permanencia de ésta en el RAIS.

La llamada en garantía Compañía de Seguros Bolívar S.A. refirió que no está obligada ni legal y mucho menos contractualmente a devolver a Colfondos S.A. los valores que canceló por concepto de primas del contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, pues se encuentran debidamente devengadas ya que durante la vigencia de las pólizas por la que se hizo el llamamiento se encontraban cubiertas las coberturas para cobijar el capital necesario para cubrir la suma adicional a la pensión de invalidez y de sobrevivencia, así como el auxilio funerario y subsidio de incapacidad temporal, en aquellos casos en los que se hubiera materializado cualquier siniestro de los afiliados al RAIS, vinculados al fondo llamante en garantía; que la relación contractual entre esta última y esta aseguradora se rige por las normas del derecho privado, es decir, por el Código de Comercio, luego existen obligaciones para las partes, en forma concreta para Colfondos el pago oportuno de la prima y para la aseguradora cubrir el riesgo asegurado; se refirió a los gastos de administración y citó y transcribió el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, luego indicó que en el presente proceso se declaró la ineficacia de la afiliación y al realizar el análisis del llamamiento en garantía el A quo determinó que la AFP está en la obligación de devolver los gastos de administración, los cuales serán asumidos por la AFP con cargo a su propio patrimonio e invocó el pronunciamiento contenido en la sentencia SL1421 de 2019, transcribiendo el aparte pertinente del mismo; solicita entonces confirmar la decisión de primer grado.

La llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. manifestó que en cumplimiento a lo previsto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, suscribió con Colfondos contrato de seguro previsional para cubrir, principalmente, los riesgos de invalidez y muerte de sus afiliados, entre ellos, el actor; que el seguro previsional configura una ausencia de cobertura, pues que no se cumplen los presupuestos legales y contractuales para que exista la afectación de las pólizas contractuales, porque: 1. Estuvo vigente hasta el 1º de enero de 2015, 2. Porque

el mismo se contrató para pagar las sumas adicionales para pensiones de invalidez y sobrevivientes, tal como se encuentra regulado en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993 y agrega que las pretensiones de la demanda no están encaminadas al reconocimiento pensional por invalidez o sobrevivientes en el RAIS que genere el pago de suma adicional alguna para tales contingencias; que el referido contrato de seguro previsional fue expedido el 18 de febrero de 2009, con vigencia desde el 1º de enero de dicho año hasta el 1º de enero de 2013 y con renovación del 1º de enero de 2014 y luego el 1º de enero de 2015; que resulta improcedente la afectación de los seguros previsionales expedidos por esta aseguradora para las pretensiones por concepto de devolución de todos los valores recibidos con motivo de afiliación del demandante, devolución de cotizaciones, de bonos pensionales, reconocimiento de frutos e intereses conforme el artículo 1746 del CC, pues estos conceptos están a cargo de las AFP del RAIS conforme el artículo 59 de la Ley 100 de 1993 o del ISS, hoy Colpensiones en el RPM conforme el artículo 52 de la misma ley, dado que son las administradoras del sistema general de pensiones; no hay lugar a devolución de primas pagadas ya que las consecuencias de la nulidad o ineficacia son frente al traslado o régimen y no frente al seguro previsional, sumado a que esa aseguradora ha actuado de buena fe y no debe soportar tal carga; la Jueza de primera instancia así lo hizo valer al declarar la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS y trasladar los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del accionante, por el período que se encontró afiliado allí, igualmente los aportes a Colpensiones y la entrega del archivo y detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS, por ende solicita confirmar el numeral quinto del fallo donde declaró probadas las excepciones propuestas por esta aseguradora, así como el numeral octavo donde se negaron las pretensiones de la demanda en lo que tiene que ver con el llamamiento en garantía.

Allianz Seguros de Vida SA inició sus alegaciones haciendo referencia al artículo 66 A del CPTSS el cual además transcribió y que refiere al principio de consonancia y agregó pronunciamiento sobre el tema de parte de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral para luego indicar que el superior se debe encargar de examinar la litis en lo que fue objeto de apelación y en este caso, esta Corporación no debe manifestarse por fuera de lo apelado por Colpensiones y Colfondos; que esa aseguradora devengó la prima proporcional al tiempo corrido del riesgo, asumió el eventual pago de la suma adicional que se requirió por la AFP para completar el capital necesario correspondiente al afiliado, en este caso, el demandante, que fuera declarado inválido por dictamen en firme o que falleció y generó pensión de sobrevivientes, sumado a que tales eventos hayan sido consecuencia del riesgo común y ocurridos dentro de la vigencia de la póliza, en este caso, del 2 de mayo de 1994 al 31 de diciembre de 2000 y que en ese período esa aseguradora asumió el riesgo, luego no existe obligación de restituir la prima, esto de conformidad con el artículo 1070 del Código de Comercio; que es importante precisar que el seguro previsional por invalidez y sobrevivencia reviste

el carácter de aleatorio en razón a que no es susceptible de saber si el siniestro va a ocurrir o no, tampoco cuándo se va a producir, y en tal sentido, la prestación de una de las partes se ejecuta bajo el cumplimiento de una condición, es decir, un hecho futuro e incierto y en virtud del amparo que otorga la aseguradora; que en este caso, Colfondos como tomador del seguro, pagó a esta aseguradora la prima como contraprestación por asumir el amparo de la suma adicional necesaria para financiar la pensión de invalidez y/o sobrevivencia desde el 2 de mayo de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2000, luego se hizo acreedora a dicha prima, sin importar si el riesgo se materializó o no; que por otro lado, en la póliza de seguro previsional 0209000001 se acordó el pago de la prima de manera sucesiva, contabilizándose el plazo de pago desde la fecha de vencimiento del período de pago inmediatamente anterior y que de existir un certificado o anexo a la póliza, el plazo se contabiliza a partir de la elaboración del documento, luego el pago de la prima goza de autonomía de las partes y el hecho de que se haya pactado de cierta forma es válido; enseguida citó y transcribió concepto de la Superfinanciera respecto del tema de las restituciones mutuas indicándose los conceptos que se deben trasladar ante la ineficacia del traslado, no encontrándose la prima del seguro previsional dado que ya fue pagada y la aseguradora cumplió con su obligación contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, no siendo viable el traslado de dichos recursos; que en este evento, el demandante solicitó la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, pero se debe precisar que en este caso es el fondo de pensiones y no la aseguradora quien debe asumir con cargo a su propio patrimonio el porcentaje destinado a pagar el seguro previsional por invalidez y/o sobrevivencia, por lo que existe falta de legitimación en la causa por pasiva; refirió sobre pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema último mencionado a saber: la SL2877 de 2020, SL3871 de 2021 y SL4297 de 2022; que la ineficacia del traslado no conlleva a la invalidez del contrato de seguro previsional emitido por un tercero como lo es la aseguradora, dado que se trata de contratos que deben ser analizados en sí, independientemente del contrato de afiliación que haya suscrito el actor con Colfondos y alude a pronunciamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil; agrega que la aseguradora es un tercero de buena fe en relación con el negocio jurídico de traslado y no tuvo injerencia en el perfeccionamiento del acto jurídico y el cumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP; solicita se tenga en cuenta que la obligación de esa aseguradora solo es exigible si se cumplen los presupuestos pactados entre las partes, en este caso, en la póliza 0209000001 en la que no se amparó, ni se obligó a la devolución de primas pagadas por los amparos efectivamente otorgados en vigencia de la misma, pues la prima no constituye un riesgo que se haya asegurado y tampoco se está pidiendo ello en esta demanda; el único riesgo amparado fue cubrir la suma adicional para completar el capital necesario para financiar el monto de la pensión de invalidez o sobrevivencia de los afiliados y/o beneficiarios de éstos, siempre y cuando se den los requisitos para ello, a saber: a) que exista una invalidez, b) que el afiliado fallecido deje causada la pensión de sobrevivientes y c) que los dos eventos

anteriores ocurran en vigencia de la póliza contratada; solicita entonces confirmar la decisión de primere grado y que en el eventual remoto que se profiera condena alguna en su contra, se rija a todas y cada una de las condiciones generales y particulares de la póliza, su vigencia, los amparos otorgados y los límites establecidos.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se procede a resolver el recurso formulado por la parte demandada y la consulta que se surte respecto de Colpensiones frente a la sentencia del 18 de abril de 2024.

PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Peticiones declarativas

- Se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Peticiones consecuenciales:

- Se ordene a Colfondos S.A. trasladar los aportes y rendimientos existentes en su cuenta individual, a Colpensiones.
- Se ordene a Colpensiones a recibir al accionante.
- Ultra y extra petita
- Costas del proceso.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LA DEMANDA

Indicó lo siguiente:

- Nació el 11 de marzo de 1955.
- Se afilió al ISS, hoy Colpensiones donde cotizó un total de 350.43 semanas.
- El 1º de agosto de 1994 suscribió formulario de afiliación con Colfondos S.A., trasladándose del RPM al RAIS.
- Dicho traslado se dio mientras laboraba para su último empleador y allí concurren asesores de Colfondos S.A. quienes le indicaron que le era más beneficioso estar en el RAIS para obtener mesada pensional superior, además pensionarse a cualquier edad, pero no le informaron los aspectos negativos que ello podría acarrear.
- No se le suministró información adicional, como edad mínima para pensión, saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, ingreso base de cotización con el que debía realizar sus aportes para obtener pensión anticipada o completar el capital para acceder a pensión de vejez.

- No le fue suministrada información clara y fehaciente respecto de las consecuencias legales y económicas que tendría el cambio de régimen pensional, pues no se le indicó que con el traslado perdería la posibilidad de pensionarse con el ISS, hoy Colpensiones, a los 62 años y con 1300 semanas de cotización, con una tasa de reemplazo que podía ascender al 80%.
- Solicitó a Colpensiones el traslado al RPM, pero no obtuvo respuesta alguna.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones; en cuanto a los hechos, aceptó el 1º y 7º, los demás no le constan; propuso las excepciones de ausencia de requisitos legales para efectuar el traslado de régimen pensional, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y buena fe. (archivo 06)

Colfondos S.A. también se opuso a las peticiones; con relación a los hechos no le consta el 2º y 13º, aceptó el 5º, parcialmente el 6º, los demás los negó; como excepciones propuso la de validez de la afiliación, prohibición de traslado de régimen del demandante, oportunidad para el traslado de conformidad con la legislación vigente, debida asesoría del fondo, prescripción, incumplimiento de la carga de la prueba y buena fe. (archivo 07, fls. 111 a 132)

Llamó en garantía a Axa Colpatria, Mapfre Seguros, Allianz Seguros de Vida SA y Seguros Bolívar, quienes se pronunciaron a términos de los escritos obrantes en los archivos 13, 14 y 17, 20 y 21, respectivamente.

ANTECEDENTES PROCESALES:

Audiencia de Conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio.

El 18 de julio de 2023 se agotó de manera fallida la etapa de conciliación, declaró no probada la excepción previa propuesta, luego se agotaron las demás etapas consagradas en el Art. 77 del C. de P. L., la cual finalizó con el decreto de pruebas.

Audiencia de trámite y juzgamiento

El 18 de abril de 2024 se dio inicio a la audiencia regulada por el artículo 80 del CTPSS, evacuándose las siguientes pruebas:

DOCUMENTALES

Las aportadas con la demanda (archivo 01, fls. 17 a 50) y su contestación. (archivo 06, archivo 07, fls. 132 a 214)

DECLARACIÓN DE PARTE

El demandante absolvió interrogatorio.

Suspendió la audiencia ante la falta de la prueba que decreto de oficio y que no había sido allegada.

El 4 de abril de 2024 se continuó la audiencia suspendida y en ella se escuchó en alegatos a los apoderados de las partes y se dictó la siguiente,

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Se declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad; ordenó a Colfondos SA trasladar la totalidad de los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del accionante, incluyendo los rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales, aportes al fondo de garantía mínima de pensión, bono pensional si existiere, todos debidamente indexados; a Colpensiones aceptar sin dilación alguna al actor y recibir los recursos provenientes del RAIS; igualmente dispuso que el Fondo demandado normalice la afiliación del actor en el SIAFP y devuelva los aportes a Colpensiones con el respectivo archivo y detalle de aportes durante la permanencia del mismo en el RAIS; declaró no probadas las excepciones propuestas y probadas las formuladas por los llamados en garantía a quienes absolvió; condenó en costas a Colfondos S.A. en favor del actor y de las llamadas en garantía; además dispuso la consulta de su decisión.

Consideró la A quo que el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios excluyentes y coexistentes como lo son, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad; que a su vez el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que la afiliación a cualquier de ellos debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifiesta su elección al momento de la vinculación o traslado; que en este caso se tiene que para el 1º de abril de 1994 el demandante no contaba con 35 años de edad ni más de 15 años de servicios, luego mal podría hablarse de que el engaño podría repercutir en algún tipo de derecho de carácter transicional; que sin embargo, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se ha pronunciado sobre la procedencia de la ineficacia de la afiliación e hizo la respectiva lectura de la parte pertinente del pronunciamiento jurisprudencial; que también dicha Corte ha señalado que las AFP hacen parte como elemento estructural del sistema,

mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones lo cual tiene asidero constitucional en el artículo 48 de la carta política que autoriza su existencia, desarrollado por los artículos 90 y siguientes de la Ley 100 de 1993, amén que la Ley atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación de ese servicio público, su dirección, coordinación y control, al igual que autoriza su prestación a través de particulares; que la doble condición de las AFP que prestan servicios financieros y entidades de servicio público de seguridad social está comprendida en la calificación de instituciones de carácter previsional que les atribuye el artículo 4º del decreto 656 de 1994 y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público; que por lo dicho es que la responsabilidad de las administradores de pensiones es de carácter profesional y le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente señalan en especial los artículos 14 y 15 del decreto 657 de 1994 cumplirlas con suma diligencia, prudencia, pericia, además de todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas como lo dispone el artículo 1603 del Código Civil; que esa reglamentación es válida para todas las obligaciones cualquiera que sea su fuente legal, reglamentaria o contractual, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como lo es las AFP que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información, encontrándose este último consagrado en el numeral 1º del artículo 97 del estatuto orgánico del sistema financiero, según el cual, las entidades vigiladas deben suministrar a sus usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia de las operaciones que realizan, de suerte, que les permita a través de elementos de juicio claros y efectivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas; hace énfasis en el deber de suministrar una información completa, veraz y detallada, esto debido a que en algunos de los alegatos se manifestó que no se puede exigir la aplicación de normas posteriores, sin embargo, reitera, ese deber de información está consagrado en el artículo 97 del estatuto orgánico del sistema financiero el cual data del año 19094, es decir, que para el momento en que se presentó el traslado de régimen pensional del actor ya existía esta norma y debía ser acatada por los asesores de las AFP; que la información debe comprender todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional pues tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, la libertad de escogencia no se ve garantizada solo con lo que se plasma en el formulario de afiliación, sino que esa libertad tiene fundamento en el consentimiento que se otorga; el usuario debe estar asistido de una completa e integral información antes de expresar su voluntad de afiliación y de falta esa información, bien porque fue o no fue rendida, o porque fue inexistente o existió un vicio en su producción así sea parcial, alterado, incompleto, ha lugar a decretar la ineficacia del acto; que se debe tener en cuenta lo indicado por la Corte Suprema de Justicia en cuanto que no hay un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad; que la consecuencia

jurídica siempre es la misma y es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás; que en materia probatoria sobre el consentimiento informado se genera la inversión de la carga de la prueba quedando en cabeza del fondo privado demostrar la existencia de una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos de traslado; que en sentencia SL19447 de 2017 se señaló este último aspecto y que de no ser cierto, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 71 de la Ley 100 de 1993; no basta la simple expresión genérica que se estipula en los formularios de afiliación sino que debe probarse que se informó al actor sobre las reales implicaciones de su traslado de régimen pensional, la forma cómo obtener una pensión, ventajas, desventajas, diferencias entre los regímenes, fecha límite para poderse regresar a Colpensiones; que en el presente asunto salta a la vista que no se demostró por la parte demandada el cumplimiento del deber de información en las condiciones antes anotadas, el deber de asesoría de las Leyes que le imponen a esos fondos privados y que no fue cumplida la carga de la prueba que se invirtió en favor del afiliado y contra de ellos, no se tiene prueba en el proceso que se suministró esa debida información para tomar una buena decisión; aludió a la sentencia de radicado 31989 de septiembre 9 de 2008 cuya lectura procedió a hacer; que en el caso del demandante procede la declaratoria de la ineficacia de la afiliación y su regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, ello siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL1452 de 2019, SL83863, SL194472 de 2017, SL19447 del mismo año, SL4964 de 2018, entre otras; que sobre las consecuencias de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS y su regreso al RPM, la Corte en sentencias como la SL14212 de 2019, ha reiterado que es no dar efectos al traslado, debiendo la AFP devolver al sistema todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, tal como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se causaron debiendo ser asumidos por la AFP; también los gastos de administración; frente a las excepciones las declaró no probadas y en especial frente a la prescripción señaló que se debe tener en cuenta que los derechos fundamentales de seguridad social no son objeto del fenómeno prescriptivo, dado que se pregonan derechos irrenunciables por ser derechos pensionales de tracto sucesivo y vitalicio; que frente a las llamadas en garantía Mapfre Colombia, Compañía de Seguros Bolívar y Axa Colpatria fueron llamadas por Colfondos en virtud de los contratos de seguros cuyos números allí mencionado, luego indicó que si bien hay lugar a ordenar la devolución de las primas pagadas por el seguro previsional, se debe establecer si tal devolución le corresponde a las llamadas en garantía; para responder tal interrogante inició citando y leyendo el artículo 64 del CGP que regula la figura del llamamiento en garantía y enseguida señaló que para el Despacho no había necesidad de convocar a dichas aseguradoras porque no hay sanción contra ellos, no hay ninguna condena en su contra, pues las contingencias que cubren son las de invalidez y muerte, más no la de vejez,

siendo procedente ordenar a Colfondos que devuelva lo correspondiente a los pagos que hizo por primas previsionales por cuanto incurrió en una indebida asesoría la cual no tiene relación alguna con el contrato de seguros por las que las convoca, por lo que las absolvió; condenó en costas a Colfondos S.A. en favor del actor y de las llamadas en garantía y absolvió de costas a Colpensiones (archivo 51, Min. 01:56:01 a 02:28:33)

EL RECURSO

Colpensiones refirió que no se aplicó por la falladora de instancia, los presupuestos del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, respecto de la posibilidad de los afiliados para trasladarse de régimen pensional cuando les faltara menos de 10 años para acceder al mismo; que sobre el particular, la oposición principal se encuentra enmarcada no solo en el objetivo perseguido en la disposición sino también en la sentencia C-1024 de 2004 y la nueva posición asumida por la Corte Constitucional donde procedió a modular la inversión de la carga de la prueba y en virtud a ello, se impone a la parte actora el deber de probar de manera fehaciente si es procedente acceder a lo peticionado, pues corresponde a esta parte demostrar el vicio en su consentimiento o la errada información por parte del fondo privado, y en tal virtud, considera importante resaltar lo indicado en la sentencia SU-107 de 2024 donde reitera, se realiza una modulación de dichas cargas probatorias; que una cantidad importante de personas se han trasladado al RPM, pasando por alto las reglas del traslado entre regímenes, establecidas en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 con lo que se afecta la sostenibilidad financiera de dicho régimen y lo más importante, afecta el objetivo perseguido por tal disposición, en tanto que los demandantes lo que pretenden con esta acción es beneficiarse de una mesada pensional que debe reconocer Colpensiones y agrega que el demandante de acuerdo con su documento de identidad se encuentra con una expectativa de pensión muy cercana; que Colpensiones es la única administradora del RPM, alberga mayor número de pensionados cuyas prestaciones se reconocen con subsidio de las arcas del Estado y en virtud a ello y en palabras de la Corte, se afecta la sostenibilidad financiera, pero además se estaría cubriendo con dichos rubros del Estado, el posible desmedro que llegase a ocasionar la AFP; que también estima importante mencionar lo dicho por la SU procediendo a dar lectura textual del aparte pertinente, precedente que solicita sea atendido por esta Corporación, al igual que los medios exceptivos formulados al contestarse la demanda; que recalca especialmente la aplicación de la sentencia SL413 de 2018 que refiere a los actos de relacionamiento, así como el pronunciamiento en la aclaración de voto del Magistrado Jorge Luis Quiroz dentro de la providencia emitida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral en el radicado 28852 cuyo aparte se permitió dar lectura; solicita se tenga en cuenta que de acuerdo con el interrogatorio de parte del demandante, se tiene que al momento de suscribir el formulario de afiliación al RAIS, era persona completamente capaz, conocía el valor y alcance jurídico del documento que

suscribía, además recibió más de una asesoría en virtud a que contó con afiliación en más de un fondo pensional vinculado al RAIS; que además, se avizora que el actor omitió los deberes de los consumidores financieros del sistema general de pensiones consagrados en el artículo 4º del Decreto 2241, pues pese a contar con canales de información por parte de las AFP, no accedieron a ello; por ende, solicita se revoque la decisión de primer grado y no se le condene en costas en esta instancia porque Colpensiones no ha sido la generadora de esta litis. (archivo 62, Min. 02:29:07 a 02:39:15)

Colfondos SA manifestó que es de suma importancia recalcar que el demandante ejerció el derecho de libre elección de régimen contenido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que su afiliación se llevó a cabo de manera completamente libre y sin vicios que afecten su validez, pero además conforme las disposiciones vigentes para ese momento; el actor tuvo la oportunidad de realizar preguntas, estudiar y conocer las normas relacionadas con la seguridad social en pensiones, y ha estado durante más de 20 años en dicha AFP; que en el formulario de afiliación quedó plasmado de forma explícita e inequívoca la voluntad libre y espontánea del actor al afiliarse, siendo ello ratificado con su firma en dicho formulario; que es importante recordar que el marco legislativo que rodeaba este caso era la vigente antes de la promulgación de la Ley 58 de 2014 sin que existiera obligación para el fondo de pensiones de hacer proyecciones al momento de la afiliación, pues los cambios legislativos y judiciales no pueden ser anticipados con certeza para ese momento; que aplicar normas no vigentes para el momento del traslado implicaría una retroactividad normativa expresamente prohibida por la legislación colombiana la cual señala que los efectos generales son inmediatos lo cual adquiere relevancia para garantizar la seguridad jurídica y respeto a los principios de legalidad que sustentan el sistema jurídico; que en cuanto a la condena de devolución de gastos de administración y seguros previsionales, indicó que ella contraviene el artículo 7º del decreto 3995 de 2008, norma que regula de manera taxativa los rubros sujetos al traslado, y que corresponde a los saldos en las unidades de aportes realizados a nombre del trabajador destinados a la respectiva cuenta individual y el fondo de garantía de pensión mínima del RAIS; que llama la atención sobre un aspecto esencial en la presente litis, y tiene que ver con la póliza previsional que se contrata en beneficio de los afiliados, siendo la AFP simplemente una intermediaria en dicho proceso, pero los recursos no ingresan a su patrimonio, pero además, se trata de un contrato de ejecución sucesiva donde la aseguradora asume los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados, riesgos que de haberse materializado correspondería a la aseguradora el pago de los recursos para financiar las correspondientes pensiones, contrato que fue ejecutado conforme a los términos pactados, los cuales no pueden retrotraerse ante la declaratoria de la ineficacia; que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido no es posible revertir los contratos con las aseguradoras cuando ya fueron consumados; que el seguro previsional tiene una función precisa y es financiar los riesgos de invalidez

y muerte, por lo que exigir su devolución puede conllevar a enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones a expensas del empobrecimiento de la AFP cuando esta última no está obligada a soportar tal carga; que de acuerdo con lo expuesto solicita se revoque la decisión de primer grado y se le absuelva de las pretensiones de la demanda, al igual que de condena en costas dado que actuó de buena fe. (archivo 62, Min. 02:40:01 a 02:44:59)

CONSIDERACIONES

Del recurso de apelación formulado por la parte demandada y la consulta que se surte respecto de Colpensiones surgen para la Sala de conformidad con el principio de consonancia (artículo 66A del CPLSS modificado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001), los siguientes problemas jurídicos a resolver:

- ¿La carga de la prueba respecto del vicio en el consentimiento está a cargo del accionante?
- ¿Debe declararse la ineficacia del traslado cuando no se dio dicho traslado?
- ¿Se encuentra el actor dentro de la prohibición de traslado establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993?
- ¿Debe disponerse la devolución de los gastos de administración?
- ¿La decisión de primer grado afecta la sostenibilidad del sistema financiero pensional?
- ¿Debe ordenarse la actualización del demandante en el aplicativo SIAFP?
- ¿Está prescrita la ineficacia del traslado invocada por el accionante?
- ¿Debe absolverse de condena en costas a Colfondos?

Argumentación:

Antes de desatar el recurso interpuesto se ha de señalar que se encuentra respaldado con la prueba documental allegada que el demandante perteneció al régimen de prima media con prestación definida desde el 10 de junio de 1980 hasta el mes de julio de 1994 (archivo 06, fl. 1) y se trasladó al régimen de ahorro individual, el 1º de agosto de 1994, tal como se observa en documento obrante a folio 132 del archivo 07.

El tema central objeto de la controversia sometida a consideración de esta Sala, tiene que ver con el vicio en su consentimiento que señala se presentó en razón a que el Fondo Colfondos S.A. al momento de invitarlo a afiliarse al mismo y por ende, trasladarse de régimen pensional, no suministró la debida información respecto de los pro y los contra que ello le generaría frente a su expectativa de pensión.

Entonces, lo que se debe examinar es si hay lugar o no a acceder a la ineficacia del traslado invocada, bajo la causal de vicio de consentimiento.

En un principio debe señalarse que la carga de la prueba en este caso, recaía sobre el fondo demandado, pues la manifestación realizada por el actor en los hechos de la demanda, respecto de no haber recibido la debida información al momento de darse su traslado de régimen, corresponde a una negación indefinida, que no exige ser probada, tal como lo prevé el inciso final del artículo 167 del CGP, trasladándose en consecuencia la carga probatoria al Fondo demandado, quien debe acreditar que si dio la información debida en este caso.

Ahora bien, sobre el tema de la ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, ante la falta de información debida por parte del fondo que administra el régimen de ahorro individual con solidaridad, y la obligación de tal información a cargo de éste, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, dentro del radicado 33083 y con ponencia de la Magistrada, Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, refirió:

“Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicales 31989 y 31314, dijo:

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, 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, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“ . . . ”

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se

realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.
...”

El anterior criterio ha sido ratificado en sentencias posteriores como la SL17595 y SL19447 de 2017, SL 1782, 4964, 4989 de 2018 y SL 1421, SL 1452, SL 688, SL 3464 de 2019 y 2611 de 2020 entre otras.

Así las cosas, examinado el expediente no obra una sola prueba que permita tener por acreditado que el Fondo Colfondos S.A. hubiera cumplido con la obligación a su cargo, como lo era, la de suministrar una información veraz, completa y comprensible al demandante, lo que permite afirmar que la decisión adoptada por la Juez de primer grado fue acertada.

Lo anterior es compatible con lo indicado el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia SU 107 de 2024, donde al referirse al deber del Juez como director del proceso judicial, en aplicación a la autonomía y la independencia que le son propios, señaló que éste para poder decidir lo que en derecho corresponde en estos asuntos frente a la falta al deber de información, puede:

“329...:

(i) Analizar si el afiliado conocía las consecuencias que tendría al trasladarse al RAIS, en el periodo 1993-2009. De manera más precisa, el juez debe identificar si, en los términos del artículo 13, literal b, de la Ley 100 de 1993 y del artículo 97 - numeral 1- del Decreto 663 de 1993, los asesores de las AFP comunicaron sobre: a) los riesgos que se reconocen en el RAIS; a) las posibilidades de efectuar cotizaciones adicionales; c) las consecuencias que tendría el no reunir el capital mínimo exigido para pensionarse por vejez; d) la garantía de la pensión mínima; o, e) la devolución de saldos, etc.”

Y son estos últimos aspectos, esto es, los señalados en los literales a) al e), los que no se probaron en este juicio.

Aduce Colpensiones que ante la vocación de permanencia que se pudo dar en la demandante, debido al tiempo que ha perdurado en condición de afiliada al RAIS, así como el incumplimiento a sus deberes como consumidora financiera, torna improcedente la ineficacia de traslado declarada.

A este respecto debe señalarse que las circunstancias que se analizan para efectos de accederse o no, a la ineficacia de traslado objeto de este debate, son las acontecidas al momento de producirse el cambio de régimen pensional y no el

comportamiento de la afiliada dentro del RAIS, luego de ello, pues el acto demandado, es precisamente el del cambio en comento.

De otro lado, en cuanto a que el accionante se encuentra en la prohibición legal para trasladarse, en virtud a lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, basta decir que tal tema no fue objeto de esta controversia, pero además, de haberlo sido, no requieren profundización en su estudio, debido que ante la ineficacia del traslado declarado, la prohibición legal a que alude el recurrente, quedan sin piso jurídico, pues ello equivale a señalar que no existió afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, de ahí que deba ser aceptada por Colpensiones en el régimen de prima media con prestación definida.

Ahora bien, ante la ineficacia del traslado, se debe disponer consecuentemente el traslado de los aportes que en la cuenta de ahorro individual se encuentran a nombre del actor, así como los rendimientos financieros que ellos hayan producido, pero también los gastos de administración, pues se reitera, ante tal ineficacia, desaparece toda razón para que tales dineros permanezcan en el fondo accionado.

Además, debe precisar la Sala que de conformidad con lo planteado entre otros pronunciamientos en la Sentencia SL1688 del 09 de mayo de 2019, con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, los gastos de administración ordenados devolver, deberán ser pagados debidamente indexados, tal como lo dispuso la A quo.

A este respecto debe hacerse un análisis adicional, en virtud a la sentencia SU 107, proferida en el presente año, dado que en este pronunciamiento la Corte Constitucional sobre la devolución de dineros por conceptos de gastos de administración, primas previsionales y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Al respecto esta Sala de Decisión en su mayoría, acogerá el precedente jurisprudencial del máximo órgano de cierre de esta Jurisdicción, que se ubica al menos desde el año 2019, esto es, hace más de cinco años de análisis de tal situación.

Sobre los gastos de administración, debe señalarse que como lo señalan las AFP en su defensa, están autorizados por la Ley 100 de 1993, pero lo que dichos fondos no manifiestan ni tienen en cuenta, es que está autorizada su deducción no solo para el RAIS, sino también para el RPM, así lo consagraba el artículo 20 de la citada Ley 100 de 1993, que reza:

“En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de

reservas para tal efecto. **El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.**

*En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y 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.***

Ha de señalarse que actualmente el aporte a pensión está fijado en el 16% sobre el salario, del cual el 3% sigue siendo autorizado descontar para gastos de administración en ambos regímenes, y en el RAIS, de ese 13% restante, el 11.5 va a la cuenta de ahorro individual del afiliado y el 1.5% para el aporte al Fondo de Garantía Mínima de Pensión de vejez.

Su finalidad en ambos regímenes es similar, vale decir, ese 3% deducible del aporte total del afiliado, va para gastos de administración y para financiar pensiones de invalidez y sobrevivientes.

Vale decir de acuerdo con lo anterior, que los referidos gastos de administración, de donde se toma el dinero para el cubrimiento del pago de las primas previsionales para los riesgos de invalidez y sobrevivientes, son uno solo para el sistema pensional colombiano, sin importar si se pertenece al régimen de ahorro individual con solidaridad o al régimen de prima media con prestación definida, por lo que resulta ser lógico, que quien tiene derecho a percibirlos es la entidad administradora del régimen pensional en el que se encuentre el afiliado.

Entonces, si bien el aquí demandante, hasta antes de la decisión judicial que se está adoptando en esta instancia, viene perteneciendo al RAIS, lo cierto es que la ineficacia de ese acto que lo trasladó a este régimen proveniente del RPM trae como consecuencia entre otras, tenerse al actor como afiliado que nunca salió del RPM, pues la decisión connota la orden a Colpensiones a recibirlo sin solución de continuidad desde aquella afiliación inicial al RPM, en el momento del traslado de régimen y con posterioridad al mismo hasta el día hoy.

Esto último tiene sustento en lo afirmado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su reiterada jurisprudencia, entre ella la sentencia SL3464 de 2019, donde indicó:

“Puesto que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle el efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo ficción de que el mismo nunca ocurrió. Esto quiere decir que “si una persona estaba afiliada al régimen de

prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones”

Por ende, si la ineficacia implica jurídicamente tener al actor como afiliado siempre del RPM, pues debe ser la administradora de este régimen, que no es otra que Colpensiones quien debe aprovechar el 3% de que trata el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 para financiar los gastos de administración que genera el régimen no respecto de un afiliado, sino de todos sus afiliados, dado que aquí no se distingue como si en el RAIS, una cuenta individual, sino que trata de fondos comunes.

Además, es Colpensiones, quien al recibir al actor de regreso, debe financiar la pensión de invalidez y sobrevivientes que éste pueda generar, siendo más que necesario que por el tiempo que lo va a tener como afiliado, administre ese 3% que la Ley le otorga para tales fines.

Sobre el tema, la Corte Suprema de justicia en la misma sentencia SL3464 de 2019, señaló:

“La tesis de la ineficacia del acto de traslado ha sido el fundamento para ordenar en numerosas ocasiones a las AFP no solo la devolución a Colpensiones de los saldos obrantes en las cuentas de ahorro individual de los afiliados, sino también de los porcentajes correspondientes a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Esto bajo el argumento lógico de que, si la ineficacia supone que el afiliado nunca abandonó el RPMPD, ha de entenderse que «esos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”

Ahora bien, resulta relevante la diferencia marcada que trae el citado artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues mientras para el RPM, se autoriza que del aporte que realiza el trabajador, el 13% se destine a financiar la pensión de vejez, en el RAIS el valor del aporte para tal financiación es apenas del 11.5%, suma que va a la cuenta de ahorro individual de su afiliado, es decir, que de ordenarse como lo indica la Corte Constitucional en su sentencia SU107 de 2024, que se traslade solo el valor del aporte en la cuenta de ahorro individual, implicaría un desequilibrio financiero pensional para el RPM, al dejar de recibir un 1.5% destinado a financiar la pensión de vejez.

Esto último, sirve de sustento igualmente, para indicar porque resulta razonable y equilibrado ordenar devolver junto a los ahorros de la cuenta de ahorro individual con solidaridad, el aporte al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, esto es, el

1.5% de diferencia entre lo dispuesto para el RPM y lo previsto para el RAIS para financiación de la pensión de vejez.

Es más, existe otro motivo jurídico para mantener la devolución del aporte al citado Fondo de Garantía de Pensión Mínima, y es el hecho de que este dinero va destinado a una pensión que en el RPM no está contemplada, luego, si el demandante deja de pertenecer o se tiene que nunca ha pertenecido al RAIS, producto de la ineficacia de su traslado, nunca va a adquirir tal derecho al tenerse como afiliado del RPM.

Ahora, si bien se trata de dineros cuya erogación ya se generó o se consolidó, es por ello, que corresponde al Fondo Privado que los descontó, realizar el traslado con dineros propios, pues fue dicho fondo el generador de la ineficacia del traslado de régimen, al no cumplir con el deber de información que desde el mismo momento de su creación le fue impuesto, luego, si se genera un detrimento en su patrimonio, es producto de su propia actuar poco diligente, cuidadoso y propio de un buen padre de familia para con su hijo.

En lo que tiene que ver con el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, con el debido respeto a la Corte Constitucional, pero con apego al precedente de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, esta Sala de Decisión en las múltiples decisiones adoptadas con anterioridad a la sentencia SU 107 de 2024, y en razón al recurso que en su momento interpuso Colpensiones señaló de manera reiterativa, que al declararse la ineficacia del traslado y disponerse el regreso del afiliado al RPM, como si nunca hubiere salido de dicho régimen, asumiendo Colpensiones la cobertura de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, no se veía afectada su sostenibilidad financiera, dado que dicho regreso está acompañado de la totalidad de los aportes realizados por el afiliado al RAIS, entendiéndose como aportes, no solo el 11.5% que en el RAIS se destina a la cuenta de ahorro individual, sino la totalidad incluyendo el 3% para gastos de administración que cubre a su vez las primas previsionales y el 1.5% del aporte al Fondo de Garantía Mínima de pensión, para que con ello en la proporción respectiva la única administradora del RPM, pueda disponer en ese fondo común, de los dineros destinados a la financiación de los riesgos amparados.

Por ende, disponer ahora, que los dineros a trasladarse del fondo privado perteneciente al RAIS, a Colpensiones administradora del RPM no incluyan la totalidad del aporte que el afiliado realizó durante el tiempo de permanencia en el RAIS, si afectaría esa sostenibilidad financiera, máxime cuando como lo advirtió la misma Corte Constitucional en su sentencia SU107 de 2024, en el numeral 305 de su decisión, ni siquiera incluyéndose además de los dineros de la cuenta de ahorro individual del afiliado y sus rendimientos, los gastos de administración, el pago de las primas previsionales y el aporte al fondo de garantía mínima de

pensión, resulta suficiente para financiar la prestación económica en el RPM, luego, se reitera, si ello es, así, más gravosa sería la afectación si no se dispone la devolución de todos estos conceptos.

El siguiente es el aparte textual de lo dicho por la Corte en ese numeral 305, donde se refirió a la posición de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en el tema de la sostenibilidad financiera:

305. Desde la perspectiva constitucional, derivada del Acto Legislativo 01 de 2005, sobre el anterior argumento habría que reiterar dos cuestiones. La primera, es que, como ya se ha sugerido, la afectación a la sostenibilidad financiera del RPM no está dada en el corto plazo, sino en el mediano y largo. En efecto, nunca el valor que la AFP traslada a Colpensiones por razón de la declaratoria de la ineficacia de un traslado (así se incluyan valores como el porcentaje destinado a gastos de administración, el pago de primas o los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, entre otros) será suficiente para financiar una prestación en el RPM. Y no lo será porque el RPM tendrá que financiar el subsidio a pensiones con altos ingresos en su base de cotización. Y la financiación será más elevada en la medida en que el monto de la mesada crezca." (negritas y subrayas fuera de texto)

Y recuérdese, que mientras la orden de traslado a cargo de las AFP del RAIS, son con cargo a su patrimonio, que es de carácter privado, las consecuencias de la insuficiencia de los dineros a trasladar, aun incluyendo los gastos de administración, primas previsionales y aportes al Fondo de Garantía Mínima de Pensión, entrar a ser suplidas con dineros del erario público.

Lo dijo la misma Corte Constitucional en su sentencia SU107 de 2024, es deber de la Rama Judicial, como Rama del Poder público, garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, así fue su pronunciamiento al respecto, al hacer referencia dentro de él, a la sentencia C-110 de 2019:

Ahora, en materia pensional, la Corte ha sido enfática en que la sostenibilidad financiera del sistema pensional no solo debe ser escrutada de acuerdo con las reglas del artículo 48, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, sino que también debe ser analizada en concordancia con lo previsto en el artículo 334 de la Constitución modificado por el Acto Legislativo 3 de 2011. Esta última norma constitucional prevé que "[l]a sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica." En la Sentencia C-110 de 2019, al estudiarse el impacto fiscal que tendría una subvención pensional, la Corte expuso que este criterio constitucional y herramienta debe ser utilizada por todas las Ramas del Poder Público para garantizar la efectividad de las garantías otorgadas por el Estado Social de Derecho. En especial, concluyó lo siguiente:

“76.1. La obligación de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional se refleja, primariamente, en las reglas especiales para el reconocimiento de pensiones establecidas en el propio artículo 48 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005. Tales reglas se encaminan a evitar los desequilibrios producidos por el otorgamiento de mesadas en cuantías excesivas, que no correspondan a lo efectivamente cotizado, que establezcan privilegios injustificados o que desconozcan el régimen legal bajo el que se causó el derecho.

“76.2. La sostenibilidad financiera del sistema pensional supone, en segundo lugar, la adecuada correspondencia entre los recursos que ingresan al sistema de seguridad social y los recursos que deben destinarse a la protección de las personas que han asegurado su contingencia de vejez. En esa dirección, es relevante a la luz de tal exigencia, el modo en que se arbitran recursos provenientes de aportes parafiscales para el financiamiento de prestaciones asistenciales, tal y como ocurre con aquellas que se cubren con cargo a la cuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional establecido en la Ley 797 de 2003 -supra num. 50.2 y 50.3-.

257. En el marco de lo anterior, es claro que la Rama Judicial al ser parte de la estructura del Estado e integrar el Poder Público debe acatar e involucrar en sus decisiones las reglas tanto de la sostenibilidad financiera como de la sostenibilidad fiscal. Esto no significa de ninguna manera que se esté soslayando el parágrafo del artículo 334 de la Constitución y, so pena de invocar la sostenibilidad fiscal, se menoscaben derechos fundamentales, se restrinja su alcance o se niegue su protección efectiva. La sostenibilidad fiscal no es un obstáculo para el goce de los derechos fundamentales; todo lo contrario; es un instrumento para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, y para garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución Política y la vigencia de un orden justo.^[276]

Y para indicar que al sentir de esta Sala, con apego al precedente del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción, se trae a continuación de nuevo un aparte de lo acabado de transcribir, más específicamente en el numeral 76.2 de la sentencia C-110 de 2019, que dice:

“76.2. La sostenibilidad financiera del sistema pensional supone, en segundo lugar, la adecuada correspondencia entre los recursos que ingresan al sistema de seguridad social y los recursos que deben destinarse a la protección de las personas que han asegurado su contingencia de vejez. En esa dirección, es relevante a la luz de tal exigencia, el modo en que se arbitran recursos provenientes de aportes parafiscales para el financiamiento de prestaciones asistenciales, tal y como ocurre con aquellas que se cubren con cargo a la cuenta

de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional establecido en la Ley 797 de 2003 -supra num. 50.2 y 50.3-.

Y es que, para poder afirmar que se presenta en este caso, una adecuada correspondencia entre los recursos que deben ingresar a Colpensiones como administradora del RPM, y los recursos que deben destinarse a la protección de las personas que aseguran su contingencia de vejez, se torna más que necesario que los dineros o recursos a trasladar de parte de la AFP del RAIS, a la AFP del RPM, debe comprender no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual del afiliado, sino también los rendimientos financieros, lo descontado por gastos de administración que incluyen primas previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima de Pensión, pues de no hacerlo, el déficit en el sistema pensional del RPM más a corto que a largo plazo se incrementará, pues como lo indicó la Corte Constitucional en su sentencia de unificación SU107 de 2024, ni siquiera con todos esos recursos resulta suficiente para cubrir la prestación que debe erogar en su momento Colpensiones frente a ese afiliado que recibirá de regreso, recordando, que ese déficit en esos recursos que ingresan, terminan siendo cubiertos con dineros del arca pública.

Sobre la insuficiencia de los recursos objeto de traslado del RAIS al RPM, ante la ineficacia del traslado de régimen, como la aquí ordenada, en la tantas veces citada sentencia SU-107 de 2024, se hizo referencia a la intervención al respecto de varias entidades que dejan en claro una vez más, que ni siquiera ordenado trasladar todos los conceptos que se están ordenado en esta sentencia, resultan suficientes para financiar la respectiva prestación a cargo del RPM, indicándose en tales intervenciones por las respectivas entidades, en cifras las erogaciones que tendría que hacer el Estado para cubrir tal déficit, luego, mucho más grande sería, sino de tales conceptos, solo se ordena devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos financieros, así como bonos pensionales si se han pagado, pues recuérdese que Colpensiones maneja un fondo común, que no cuentas individuales, luego la repercusión económica se extiende a todos sus afiliados y no solo a quien regresa en virtud de la ineficacia de su traslado.

Esta Sala de decisión se permitirá traer a esta decisión tales intervenciones, las que se extraen del contenido de la sentencia SU 107 de 2024, así:

Banco de la República:

*“271. ^[283] por ejemplo, resaltó que las personas que podrían pasar al RPM, por los cauces judiciales, para pensionarse en Colpensiones, serían 133.000. **El pago de esas prestaciones supondría, para el Estado, erogaciones que ascenderían a los 68.1 billones de pesos que, en términos reales, corresponderían a 7 puntos porcentuales del PIB. Y este egreso no se cubriría con el recibo de lo aportado por cada ciudadano, en su momento, al RAIS.** De manera que el costo real, de acuerdo con las cifras presentadas por el Banco de la Republica en*

esa audiencia, sería de 4 puntos porcentuales del PIB.” (negrillas y subrayas fuera de texto)

Ministerio de Hacienda y Crédito Público:

288. Con base en los datos antes expuestos y, se reitera, teniendo en consideración la alta tasa de pérdida que existe en estos procesos judiciales en razón de la amplitud de la regla establecida por la Corte Suprema de Justicia, ese Ministerio calculó un impacto fiscal, a futuro, del orden de los 35 billones de pesos. Valga recordar que, por la financiación de este tipo de pensiones, en el RPM, responde mayoritariamente el Estado. Pues, si bien la persona financia una parte con sus cotizaciones, aquellas siempre son insuficientes para garantizar el pago de toda la prestación.

294. De este modo, el eventual traslado por vía judicial, de esas 131.751 personas, implicaría: (i) que del RAIS al RPM se remitirían a) un promedio de 29,4 billones de pesos, correspondientes a lo contenido en las cuentas individuales, y b) un monto de 9,9 billones de pesos, relativos a la anulación de los bonos tipo A. Así, aunque estos valores aliviarían, en el corto plazo, las finanzas del RPM, en el largo plazo se vería la afectación. Esto porque el pasivo pensional que generaría el pago de quienes se pensionen dentro del grupo señalado (131.751 personas), sería de 71,8 billones de pesos. Ahora, no todas estas personas se pensionarían en el RPM, pues, algunas recibirían una indemnización sustitutiva de pensión de vejez. En relación con estos casos, el Ministerio calculó un valor de 2.5 billones de pesos, que se generaría por el reconocimiento de la referida prestación. Haciendo los cruces de cuentas respectivos, el valor total del impacto fiscal sería de 35 billones de pesos.” (resaltas y negrillas fuera de texto)

Y frente a tales informes, la Corte Constitucional en la mentada sentencia de unificación refirió en el numeral 289:

289. La Corte Constitucional es consciente del impacto fiscal relacionado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y aliviado por otros intervinientes, tales como el Banco de la República, la ANIF y Fedesarrollo. Todos los informes presentados constituyen una proyección y, en cuanto tal, no tienen por ahora las condiciones de exactitud, pero sí cuentan con un grado plausible de probabilidad en cuanto al desequilibrio en las finanzas pensionales administradas por el fondo público. De hecho, en la citada audiencia pública, las entidades disientían respecto del impacto real que la litigiosidad tuviera en la declaratoria de la ineficacia de los traslados, aspecto sobre el cual, la Contraloría General de la República centró su atención. Dicha entidad fiscalizadora hizo énfasis en que mientras el Ministerio de Hacienda y

Crédito Público aportaba unos datos sobre el número de demandas potenciales, Asofondos aportaba otros. Sin embargo, para ambos intervinientes, la afectación al erario sería cercana, pues, estaría entre los 34,1 billones de pesos (Asofondos) y los 35 billones de pesos (Ministerio de Hacienda y Crédito Público). La Contraloría añadió que estas diferencias en las proyecciones podían obedecer a que cada una de las AFP reportó a Asofondos información aparentemente incompleta.” (negritas y resalta fuera de texto)

Finalmente, otra razón por la que esta Sala de Decisión mayoritaria se aparta de lo indicado en la sentencia SU 107 de 2024, en lo que tiene que ver con los conceptos que se deben trasladar a Colpensiones con motivo de la ineficacia de traslado, corresponde a los salvamentos de voto presentados allí por los Magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Juan Carlos Cortés González y Vladimir Fernández Andrade, especialmente en los siguientes aspectos que se infieren de sus salvamentos:

1. Muchas personas en virtud a la ineficacia de su traslado pasan al RPM y ello por sí solo ya genera la afectación de la sostenibilidad financiera.
2. Se desconoce el papel de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como Juez de Casación y su función unificadora de jurisprudencia.
3. No hay certeza de que la afectación de la sostenibilidad financiera del sistema tenga como causa directa y efectiva el precedente de la Corte Suprema de Justicia

Y se agrega por la Sala frente a este tercer aspecto, que la afectación de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, especialmente en el RPM que desde ya presenta déficit en los recursos para pago de actuales pensionados, no es de ahora, de ahí, que en aras de evitar su agravación, se estima prudente y procedente, disponer el traslado al RPM de todos los conceptos que ordenó la Juez de primer grado, por lo que tal decisión se adicionará en los términos arriba señalados, advirtiendo que los conceptos ordenados trasladar se deberán hacer con cargo a los recursos propios del Fondo privado.

Respecto a la consulta concedida en primera instancia, debe señalar la Sala que se entiende respecto de Colpensiones.

En lo que tiene que ver con la ineficacia del traslado y las órdenes emitidas por el fallador de primero instancia, no existe condena alguna en perjuicio de esta entidad, dado que simple y llanamente la decisión de primer grado implica que a ella deba ser trasladados la totalidad de los aportes correspondientes al demandante con sus respectivos rendimientos, incluyendo los gastos de administración.

Pero, además, al declararse la ineficacia del traslado que en su momento hizo el accionante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, la consecuencia no es otra, que las cosas vuelvan a su estado natural, es decir, que el demandante se regrese del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida.

En lo que respecta al tema de la prescripción, ha de señalar la Sala que, en este evento a pesar de tratarse de petición de nulidad, no aplica el artículo 1750 del Código Civil, pues se trata de un asunto relacionado con la seguridad social y que involucra el eventual derecho pensional del demandante, lo que torna imprescriptible tal asunto, conforme lo prevé el artículo 48 de la Constitución Nacional.

La Honorable Corte Constitucional, en sentencia SU -567 de 2015 refirió sobre la imprescriptibilidad de la pensión, y aunque este asunto no es directamente relacionado con pensión, la ineficacia del traslado pretendida, si va ligada a tal derecho.

Finalmente, estima la Sala que se debe ordenar al fondo Colfondos S.A., para efectos de dar cumplimiento a lo ordenado en este proceso, proceda a actualizar la información del afiliado en el Sistema Aplicativo de las Administradoras de Pensiones "SIAFP", a efectos de que registre su desafiliación de dicho fondo, para que Colpensiones proceda a registrarlo como afiliado suyo; igualmente que junto con el traslado de aportes, haga entrega de los archivos soporte de los mismos durante el tiempo que permaneció el actor en el RAIS; como así lo dispuso la A quo, se confirmará su decisión.

Por último, solicita Colpensiones no ser condenado en costas en esta instancia, mientras que Colfondos solicita su exoneración frente a este concepto en las dos instancias.

Al respecto debe señalarse que lo peticionado no es posible atender, esto a voces del artículo 365 del CGP, que en su numeral 1º señala expresamente que habrá condena en costas en primera instancia a quien resulte vencido en juicio y Colfondos S.A. lo fue, y en segunda instancia cuando ser resuelva desfavorablemente entre otros, el recurso de apelación, tal como aconteció con Colpensiones y Colfondos en este caso.

Quedan así resueltos los recursos formulados, así como la consulta que se surtió respecto de Colpensiones.

Se habrá de condenar en costas a Colpensiones y Colfondos S.A. por no haber prosperado su recurso, fijándose como agencias en derecho a cargo de cada uno de ellos, la suma de \$1.300.000.00.

DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 18 de abril de 2024, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Ibagué – Tolima, en el proceso ordinario de **CARLOS FERNANDO BOLIVAR ORDOÑEZ** contra **COLPENSIONES y OTROS**, así:

En su numeral segundo: para disponer a cargo de COLFONDOS S.A., trasladar los conceptos señalados en primera instancia, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Colfondos S.A., fijándose como agencias en derecho para cada uno de ellos la suma de \$1.300.000.00.

Esta sentencia se notifica por edicto, de conformidad con lo establecido en el artículo 9° de la Ley 2213 de junio 13 de 2022.

SURTIDA LA ACTUACIÓN DE ESTA INSTANCIA, DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL JUZGADO DE ORÍGEN.

No siendo más el objeto de la presente audiencia, se declara terminada la misma.

AMPARO EMILIA PEÑA MEJIA
Magistrada

MÓNICA JIMENA REYES MARTÍNEZ
Magistrada

CARLOS ORLANDO VELÁSQUEZ MURCIA
Magistrado
(Ausencia justificada)

Firmado Por:

Amparo Emilia Peña Mejía
Magistrado
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Ibagué - Tolima

Monica Jimena Reyes Martinez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Laboral
Tribunal Superior De Ibagué - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1339dba79e77e9c60d928e9e419059285e62bf7977a36dbba08106fc2623c88f**

Documento generado en 16/08/2024 09:58:53 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>