

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



Departamento del Tolima
TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ
Sala Quinta de Decisión Laboral

Magistrado Ponente: **CARLOS ORLANDO VELÁSQUEZ MURCIA**

TIPO DE ACTUACIÓN: Apelación y Consulta Sentencia
DEMANDANTE(S): Gloria Patricia Pinto Roncancio
DEMANDADO(S): Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,
Protección S.A. y Colfondos S.A.
LLAMADA EN
GARANTÍA: Allianz Seguros de vida S.A.
No. RADICACIÓN: 73001310500420230024801
FECHA DECISIÓN: Veintiocho (28) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024)
ACTA APROBACIÓN: Acta N° 51 de 28 de noviembre de 2024.

I. OBJETO DE DECISIÓN

Resolver los recursos de apelación interpuestos por Protección S.A., Colfondos S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia de 1° de octubre de 2024 proferida por el Juzgado 4 ° Laboral del Circuito de Ibagué, recursos que tienen como motivos de inconformidad los siguientes:

Colfondos S.A.

- Sostiene que la selección de régimen efectuada por la demandante fue libre y voluntaria, firmando el formulario de afiliación sin ningún tipo de presión; además resalta que la sentencia se aparta de la sentencia SU 107 de 2024, razón por la cual solicita se revoque la sentencia en la que no se debió ordenar la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales.

Protección S.A.

- Recurre el numeral segundo de la sentencia, para solicitar que se aplique el precedente de la sentencia SU 107 de 2024, que señala la imposibilidad de retrotraer al afiliado al día anterior al traslado, toda vez que se han generado situaciones imposibles de retrotraer como son los gastos de administración y las primas de seguro previsional los cuales se ocasionaron dentro de la vigencia de la afiliación y permitieron que se generaran los rendimientos que se incorporan a la cuenta de ahorro individual, siendo únicamente procedente la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y bonos pensionales si a ellos hubiera lugar.

Colpensiones

- Sostiene que la sentencia de primera instancia da valor a la supuesta ignorancia de la demandante, sin tener en cuenta que el error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos y menos en casos como este en el que se pretende alcanzar un aprovechamiento pensional, además de que no le estaba dado a Colpensiones retener a sus afiliados. Falta la demandante al deber del consumidor financiero y no hizo uso de las oportunidades legales para realizar el traslado válidamente. Adicionalmente señala que se quebranta el principio de sostenibilidad financiera, al desconocer la debida planeación de los recursos.

Decisión de primera instancia frente a los puntos objeto del recurso

- Resaltando que con anterioridad a la sentencia SU 107 de 2024 ya el despacho analizaba todos los elementos probatorios que se allegaran al proceso, con el fin de establecer el cumplimiento del deber de información. Indicó entonces que de la prueba decretada y practicada no se evidencia el cumplimiento por parte de Protección S.A. al deber de información, pues la prueba testimonial no da cuenta de que se le hubiera brindado a la actora información debidamente ilustrada en relación a los regímenes pensionales, sus características, ventajas y desventajas de los mismos.

- Resaltó que si bien la demandante no estuvo afiliado al ISS, si estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, antes de efectuar el traslado al RAIS, pues estuvo afiliado a Cajanal, concluyendo por ello que se trata de un traslado y no de una afiliación inicial, debiendo regresar la demandante a Colpensiones por ser actualmente la única administradora del régimen de prima media.

- Se aparta de la sentencia SU 107 de 2024 en la medida en que el órgano de cierre y varias Salas del Tribunal Superior de Ibagué mantienen la postura reiterada en torno a los recursos que deben reintegrarse, en la medida en que no ordenarlos afecta gravemente el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema, consecuentemente ordena que se reintegren los dineros de la cuenta de ahorro individual, con sus rendimientos y bonos pensionales si a ello hubiera lugar, así como la devolución de los gastos de administración,

primas previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos debidamente indexados.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

Determinar si se debe declarar ineficaz el traslado que efectuó la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad. De ser ineficaz el traslado, establecer las consecuencias y si se configura la prescripción de la acción para declararla; y si no hay lugar a traslado entre régimen cuando la afiliada se encuentre en la prohibición establecida por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, o porque no realizó uso del derecho de retractación consagrado en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994.

Dentro del término concedido para que las parte presentaran las alegaciones. La parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia en la medida en que las demandadas no cumplieron con su carga de demostrar el cumplimiento al deber de información. (archivo 06 PDF del expediente digital de segunda instancia).

Por su parte Colfondos S.A., amplió los argumentos del recurso de apelación, haciendo énfasis en la libertad de la demandante a la hora de hacer la escogencia de régimen; así como en los efectos de la sentencia SU 107 de 2024, en torno a los conceptos objeto de devolución. (archivo 07 PDF del expediente digital de segunda instancia).

A su turno la Allianz Seguros de Vida S.A., solicito se confirme la sentencia de primera instancia en la medida que se probó la ausencia de responsabilidad de su parte, sin que puedan ser afectados sus recursos al haber sido un tercero de buena fe y pesé a no ser objeto de recurso de apelación, solicitó se condene en cotas a Colfondos S.A, y en su favor. (archivo 08 PDF del expediente digital de segunda instancia).

III. TESIS QUE SOSTENDRÁ LA SALA EN SU DECISIÓN

Se confirmará la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que el traslado que realizó la demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, resulta ineficaz, por cuanto existió vicio en el consentimiento en la persona de la afiliada, al no haberle suministrado por parte de la administradora de pensiones la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado. Atendiendo al cambio de postura en torno a la devolución de las comisiones cobradas por administración, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y primas previsionales, se modificará el fallo recurrido en apelación, respecto de los rubros que fueron objeto de apelación. Así mismo, se declarará no probada la excepción de prescripción, por cuanto lo pretendido se encuentra ligado al derecho a la seguridad social que es imprescriptible,

sin que la ineficacia del traslado ordenada se afecte, por el hecho de que el afiliado se encuentre en la prohibición establecida por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, o porque no realizó uso del derecho de retractación consagrado en el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Como de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º, numeral 4º y artículo 15 numeral 1º y 3º literal B) del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esta Corporación es competente para conocer del asunto; se encuentran acreditados los presupuestos de demanda y procesales y no se observa causa alguna que invalide lo hasta ahora actuado en las instancias, habiéndose corrido el traslado de ley para alegar en el estado electrónico de la página web de la Secretaría de la Sala Laboral de esta Corporación, por lo que es procedente entrar a resolver el caso.

V. ARGUMENTOS DE ORDEN CONSTITUCIONAL

El inciso 1º del artículo 48 de la Constitución Política, dispone que: *“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”*.

En virtud al derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la constitución política y al mínimo vital establecido en el artículo 53 ibidem, la demandante puede tener derecho a obtener la ineficacia de traslado que efectuó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, si se demuestra algún vicio de consentimiento por parte de la misma en el proceso de traslado.

VI. SUBARGUMENTOS DE ORDEN LEGAL

Artículos 12, 13 y 271 de la Ley 100 de 1993; artículo 11 del Decreto 692 de 1994; artículo 47 del Decreto 663 de 1993, Ley 795 de 2003; Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y Circular externa 016 de la Superintendencia Financiera; artículos 1496 y 1604 del Código Civil.

VII. PRECEDENTES SOBRE EL CASO OBJETO DE ESTUDIO

Sentencias SL 31989 y 31714 de septiembre de 2008, radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 de 3 de septiembre de 2014, SL19447 de 27 de septiembre de 2017, SL17595 de 18 de octubre de 2017, SL1782 de 14 de mayo de 2018, SL 2877 de 2020, SL 2932 de 2022 y sentencia SU-107 de 2024.

VIII. CASO EN CONCRETO Y ASPECTOS PROBATORIOS

Para resolver el recurso y el grado jurisdiccional de consulta, en lo probatorio el expediente brinda la siguiente información:

DOCUMENTAL: sobre los puntos o materia del recurso se hace necesario hacer mención a los siguientes:

Solitud de Vinculación a Colfondos S.A., de 13 de julio de 1995 (*folio 12 archivo 19 del expediente de primera instancia*); solitud de Vinculación a Protección S.A., de 01 de marzo de 2002 (*folio 79 archivo 04 del expediente de primera instancia*); historial de vinculaciones expedido por Asofondos (folio 64 archivo 16 del expediente de primera instancia); historia laboral de Protección S.A., (*folio 46 a 63 archivo 16 del expediente de primera instancia*).

Se escuchó el testimonio de Felio Rodríguez Monge, señaló que Trabajó con la demandante en un Juzgado Promiscuo Municipal de Tolima en el que la demandante era la titular; para el año 95 él era el secretario de ella y al juzgado llegaron del fondo privado a ofrecerles que realizaran el traslado porque el fondo público se iba a terminar y con fundamento en ello tomaron la decisión de efectuar el traslado; solo recuerda que fueron una o dos personas y se identificaron como asesores del fondo privado, que les brindaron una charla grupal a los empleados del despacho. Solo recuerda que les indicaron que el fondo privado les permitiría pensionarse a una edad más temprana y con una pensión mucho mejor. (minuto 59:56 archivo 42 mp4 del expediente de primera instancia)

Habiéndose practicado interrogatorio de parte a Gloria Patricia Pinto Roncancio no se logró obtener prueba de confesión en la medida en que la demandante negó haber recibido información al momento de realizar el traslado, señalando que a los juzgados se presentaron dos chicos jóvenes y les indicaron que estaban haciendo las afiliaciones por el cambio de sistema.

En cuanto al interrogatorio de parte practicado al doctor Néstor Eduardo Patoja Gómez en calidad de representante legal de Colfondos S.A., y el practicado a la doctora Carolina Bustamante García en calidad de representante legal de Protección S.A. debe señalarse que respecto de estos tampoco se logró prueba de confesión.

De la anterior prueba documental se colige que, la demandante estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través de Cajanal y el ISS hoy Colpensiones, y que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a Colfondos S.A de 13 de julio de 1995, lo que hace que el caso esté dentro del rango de traslados que se dieron entre 1993 y 2009.

Según lo previsto en los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993, el primero señala que: *“El Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber: a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad”, y el segundo expresa en su literal b) que “el Sistema General de Pensiones tendrá como característica que “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”. Así también lo dispone el literal c) de la precitada normativa al señalar que “los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran”*

De lo expuesto, los afiliados al sistema general de pensiones cuentan con el derecho de escoger libremente a que régimen quieren pertenecer. En esa libertad de escogencia es fundamental el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario y en caso de que se vea truncado, bien sea por la inexistencia del mismo o por la existencia de un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, será susceptible de ineficacia tal escogencia.

Nuestro máximo Tribunal en materia de seguridad social ha entendido que la expresión *“libre y voluntaria”* prevista en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, presupone conocimiento (Sentencia SL-1452/19). En la misma providencia se dice que esta obligación se hizo más vinculante con lo dicho por el artículo 97 numeral 1 del decreto 663 de 1993, de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas, lo cual implica para la Corte Suprema, *“dar a conocer al usuario en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de prima media con prestación definida, RPMPD y de ahorro con solidaridad, RAIS, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios”*.

En cuanto a la carga de la prueba para demostrar que se dio la información en las condiciones antes indicadas, la tesis de nuestro Tribunal de cierre es que recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información y no en el afiliado, pues la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”* tal como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil y artículo 167 del CGP (Sentencias radicales 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008 y 33083 de 22 de noviembre de 2011).

Sin embargo, en el rol de intérprete y guardiana de la Constitución Política, la Corte Constitucional recientemente en sentencia SU-107/24, precisó estudiar la posibilidad de modular el anterior precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, en el sentido de señalar que *“las partes tienen la carga de aportar al proceso las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, que le permitan al Juez independiente e imparcial,*

reconstruir los hechos pasados y tomar una decisión". Esa nueva mirada de estas problemáticas planteadas a la justicia de la seguridad social, desde lo probatorio, implica que el juez deba *"acudir a los poderes de instrucción para esclarecer las dudas que afectan la decisión. Para esto podrá decretar y practicar pruebas de manera oficiosa"*. (SU-129/21). Otra herramienta con la cual cuenta el Juez laboral, dice la Corte, *"para conocer y valorar los hechos, es el principio de la carga dinámica – no estática – de la prueba y con ella la inversión de la carga probatoria"* (Art. 167 inciso 2 CGP y SL-11325/16).

La Sala es consciente de que la aplicación del precedente anterior es aplicable desde el mismo momento de la publicación de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, el 8 de mayo de 2024, en el entendido de que *"la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe considerarse necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo"*. (SU-354/17). Sin embargo, para el caso presente y en la instancia en que se encuentra, la Sala no encuentra posibilidades de aplicarlo en lo que a la regla de valoración probatoria, a raíz de que las pruebas que fueron decretadas, practicadas y tenidas en cuenta son las ya referida al inicio de este proveído, y lo actuado no reporta datos de nombres de personas adicionales a las cuales les conste total o parcialmente los hechos de la demanda o de las excepciones, como para proceder a decretar pruebas de oficio. Además, el artículo 83 del CPL y SS comporta una limitante para nuestra labor probatoria, pues solo permite el decreto y práctica de pruebas en la medida de que se pruebe que en primera instancia fueron solicitadas y no practicadas por culpa no imputable a la parte que las solicitó.

A propósito de esa prueba documental, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 señala que la selección de determinado régimen pensional se realiza mediante la suscripción de un formulario con el que se aceptan *"las condiciones propias de éste para acceder a las pensiones de vejez, invalidez, sobrevivientes y demás prestaciones a que haya lugar"*. A reglón seguido dice que *"la selección es libre y voluntaria por parte del afiliado"*. Luego recalca la norma, que al afiliado trasladarse por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad deberá consignarse que la decisión fue sin presión en el formulario respectivo.

A su vez el Decreto 663 de 1993 - Estatuto Financiero, que tiene aplicación para los fondos privados de pensiones en su redacción original, estipulaba en el artículo 47 que es deber de las entidades vigiladas por la Superintendencia *"suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger la mejor opción del mercado"*.

Posteriormente, con la modificación que introdujo la Ley 795 de 2003, las normas sobre el deber de informar fueron más precisas, prohibiendo en el artículo 12 la actitud de no transmitir la información razonable y adecuada que a juicio de la Superintendencia deba entregarse a los usuarios o clientes de las entidades vigiladas para que *“éstos pueda tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”*.

Esa omisión del deber de informar tratándose de afiliación o traslado entre regímenes de sistema de pensiones, al decir de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, acogida por la Corte Constitucional en la reciente sentencia de unificación, no acarrea la nulidad del traslado entre regímenes pensionales, sino la ineficacia de la selección conforme al artículo 271 de la ley 100 de 1993. (Sentencias 31989 y 31714 de *septiembre de 2008*, reiteradas en la de 22 de *noviembre de 2011*, radicado 33083; SL-12136 de 3 de *septiembre de 2014*, radicado 46292 y más recientemente en las sentencias SL-19447 de 27 de *septiembre de 2017*, SL-17595 de 18 de *octubre de 2017* y SL-1782 de 14 de *mayo de 2018*), explicando la línea que, para entenderse hecha la afiliación de manera libre y voluntaria, se requiere **(i)** que se haya proporcionado 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; **(ii)** cumplir el deber del buen consejo que compromete a la AFP a un ejercicio más activo al proporcionar la información de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, llegando, si fuere el caso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente lo perjudica.

En la sentencia SL-19447 de 2017, precisa la Corte que existe ineficacia cuando *(i)* la insuficiencia de información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, imponiéndole su acceso al derecho; *(ii)* no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo de la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad.

Al revisar el expediente encuentra la Sala que no se allegó ningún elemento probatorio que demuestre que en su momento se suministró a la demandante la información necesaria y relevante que llevara consigo la migración de régimen pensional, pues el formulario de afiliación mediante el cual se efectuó el traslado no da cuenta de la información brindada en ese momento; echándose de menos la información veraz y suficiente por parte de dicha administradora al momento en el que ocurrió el traslado, para que esa decisión tuviera tal carácter, pues fue adoptada por la accionante sin el pleno conocimiento de lo que implicaba. Es decir, la decisión de la afiliada no la adoptó de manera informada, autónoma y consciente, pues se itera, no conocía de las implicaciones que le generaba la afiliación, y si la escogencia del régimen de ahorro individual con solidaridad le reportaba o no beneficios a sus intereses pensionales, información que debió suministrarse al momento de surtirse la afiliación y no con posterioridad a la misma, toda vez que la información técnica, clara y precisa que se le exige a tal entidad resulta necesaria e indispensable para la toma de la decisión de la afiliación, pues

con base en ella es que la posible afiliada realiza la escogencia del régimen pensional al cual desea pertenecer.

Por el hecho de que la demandante no hizo uso del derecho de retractación consagrado en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, ni buscó la forma de devolverse al régimen de prima media con prestación definida, en la oportunidad que legalmente lo podía haber realizado, no se puede llegar a la conclusión que convalidó el traslado de régimen pensional que realizó y que no se puede dar la ineficacia del mismo, pues aquí se hace necesario distinguir entre los fenómenos de nulidad e ineficacia del acto jurídico, pues su declaración no produce los mismos efectos, ya que la primera daría para que pueda sanearse en el tiempo, mientras que la segunda no admite ese saneamiento por existir carencia de efectos en el traslado que se realiza por haberse omitido un requisito de existencia o validez en su celebración como es el deber de información.

En cuanto a que la demandante se encuentra en la prohibición de traslado en el tiempo establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, se aclara que el regreso de la accionante al régimen de prima media con prestación definida que tenía al momento del traslado al de ahorro individual con solidaridad, no se hace en virtud de un traslado emanado de la voluntad de la afiliada, sino en cumplimiento de una decisión judicial que decreta la ineficacia del traslado que la demandante años anteriores realizó y cuya consecuencia es que se tiene como inexistente o no hecho.

La permanencia de la accionante en el RAIS o sus traslados horizontales, no se pueden considerarse como actos de relacionamiento que permita inferir un interés de permanecer en este régimen, pues la ineficacia se da desde su origen, que fue el momento del traslado inicial y se prolonga mientras la afiliada esté en el respectivo régimen pensional, independientemente de las administradoras de pensiones a las cuales se halle vinculado.

En relación con la orden que se dio en el fallo que se revisa, de que se debe incluir dentro de los dineros que Protección S.A. y Colfondos S.A. deben devolver a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, la tesis que hasta el momento venía sosteniendo esta Sala era que, como al decretarse la ineficacia del traslado debía entenderse como no hecho y sin efectos jurídicos (*ver sentencia SL CSJ SL 1689 de 2019*), era viable esa devolución en forma integral. Sin embargo, desde la mirada de la Corte Constitucional en la sentencia SU-107/24, a partir de una lectura del tema de la sostenibilidad financiera y fiscal, la Sala en respeto al precedente que tal pronunciamiento implica, requiere hacer las siguientes precisiones:

Según lo refiere la Corte Constitucional en sentencia SU-313 de 2020, la distribución del 16% de la cotización obligatoria que se hace por parte de los afiliados al RAIS, solo el 11.5% van a la cuenta individual del afiliado. El resto de descuentos son de tipo solidario, que no tienen como destino la cuenta del afiliado sino, un 1.5% con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% que se destina, en parte al pago de la comisión que la ley autoriza a las AFP privadas como remuneración por la administración de los fondos compuestos por las cuentas individuales de sus afiliados, y otra parte al pago de las primas previsionales de los seguros que se contraten para amparar los riesgos del pago de pensiones de invalidez y sobrevivientes.

En lo referente al 1.5% del Fondo de Garantía de Pensión Mínima ha de decirse que este tipo de garantía no existe en el régimen de prestación media con prestación definida, pues le es propio solo del RAIS para el pago de aquellas pensiones cuando el afiliado, a pesar de haber acumulado el tiempo mínimo necesario de cotizaciones y cumplir una edad determinada, el capital acumulado no le alcanza para cubrir el pago a futuro de sus mesadas con un salario mínimo legal vigente. Es ahí donde entra en funcionamiento el pago por parte de ese Fondo de Garantía para cubrir el faltante para el pago de la pensión. En este orden de ideas, al tener ese porcentaje un componente solidario, no es correcto que se incluya tal rubro se incorpore a las cuentas individuales de los afiliados por parte de las sumas que las AFP privadas deban devolver al RPM por virtud de decisiones judiciales. En este orden de ideas, al tener ese porcentaje un componente solidario, no es posible ni correcto, contablemente hablando, que se incorpore tal rubro a las cuentas individuales de los afiliados por parte de las sumas que las AFP privadas deban devolver al RPM por virtud de decisiones judiciales. Esto porque según el Acuerdo 106 de 2017, que define la naturaleza y estructura jurídica de Colpensiones, estas sumas deben ir al patrimonio de la entidad como otro ingreso, a título de aprovechamiento por actividad que no hace parte de su objeto social o actividades inscritas, debiendo Colpensiones llevar contabilidades separadas de esos ingresos frente a los fondos y cuentas destinados al pago de pensiones (Artículo 6 y parágrafo 1º del citado acuerdo).

En cuanto a las primas previsionales de seguros, los riesgos que éstos cubren son para amparar las pensiones de invalidez y de sobrevivientes que deban pagar las AFP del sector privado. Según la sentencia SU-107/24 este seguro es de carácter colectivo y los riesgos que amparan, sus primas deben pagarse mes a mes. Los amparados con dichos seguros son todo el conjunto de los afiliados del RAIS. El tomador de la póliza colectiva es la respectiva AFP ante una entidad aseguradora seleccionada en convocatoria pública, que deberá responder ante la ocurrencia del siniestro por la suma adicional que haga falta para completar el capital suficiente a fin de financiar las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, cuando ocurrido el riesgo amparado, el capital de la cuenta del afiliado no alcance para el pago de la prestación.

Como quedó atrás dicho, el pago de las primas de estos seguros previsionales se hace con cargo al 3% descontado de la cotización del afiliado. Según datos suministrados por Asofondos para la sección económica de El Espectador (edición domingo 2 de junio de 2024, pag. 15) el promedio que se destina por parte de las AFP para el pago de estas primas es del 2.38%, destacando que existen algunas de ellas que destinan un mayor porcentaje que otras para cubrir el pago de estas primas. Dichos pagos, al hacerse mes a mes, se entiende que ya fueron fungidos, aclarando que los mismos no se hicieron con cargo a las cuentas individuales de los afiliados, entre ellos el aquí demandante, sino con cargo a un descuento autorizado por el sistema, con destinación solidaria y no de carácter individual. En tal sentido, se recoge el criterio de que las AFP tengan que responder con su patrimonio, integrando esos descuentos a las cuentas individuales del afiliado que se devuelve al RPM.

En lo relacionado con el porcentaje cobrado por comisiones o gastos de administración, lo primero que debe precisarse es que, del 3% que el legislador autorizó descontar de la cotización hecha de los afiliados al RAIS, el promedio que en la práctica cobran las AFP privadas cobran por comisiones de administración es del 0.62%, según el dato periodístico ya citado, todo en función de la rentabilidad mínima que están obligados a reconocer por ley y la eficacia en el cumplimiento del portafolio de servicios que les está permitido. La totalidad de esos rendimientos obtenidos en el manejo de los fondos de pensiones, una vez aplicadas las comisiones por mejor desempeño a que haya lugar, son abonadas a las cuentas individuales de los afiliados, a prorrata de las sumas acumuladas en cada una de ellas y teniendo en cuenta la permanencia de las mismas durante el respectivo periodo (art. 101 ley 100/93).

Lo anterior quiere decir que la actividad que desarrollan las AFP es esencialmente de resultado, pero también de riesgo, pues, en el evento de que los recursos habidos en los fondos de pensiones no generen la rentabilidad mínima exigida por la normatividad, deben responder con sus propios recursos hasta llegar al tope de esa rentabilidad. Y claro, al ser una actividad lícita, autorizado el cobro de la gestión por la misma ley, la lógica es que la misma sea remunerada, por lo que constituiría una sanción no prevista en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 para las AFP, perder los esfuerzos financieros realizados durante el tiempo en que administró los recursos de sus afiliados, máxime cuando esos recursos por comisiones cobradas, no hacen parte de las cuentas individuales de cada uno de ellos.

Para la Sala, no se acredita prueba de, en qué forma se afecta la sostenibilidad del sistema pensional si, en cumplimiento del precedente constitucional ya mencionado, no se ordena la devolución de los rubros de administración, recursos del fondo de pensión mínima y primas previsionales a Colpensiones con cargo a los recursos de las administradoras privadas demandadas. Esto en atención a que, sin haber de por medio una relación contractual o comercial entre las AFP demandadas y la Administradora de Pensiones Colpensiones, no es correcto hablar de devolución del importe de dichas sumas; segundo, porque dentro de las

sanciones que se establecen en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, conforme a los artículos 12 y 13 de la misma normatividad, no está prevista la sanción de tener que responder con sus propios recursos de sumas que tienen ingrediente solidario y de la remuneración a que tiene derecho por haber administrado la cuenta individual de la parte actora, produciendo unos rendimientos financieros; y finalmente, porque no hay probanza de que esos recursos, que no hacen parte de las cuentas individuales de los afiliados al RAIS, Colpensiones los ingrese al fondo común pensional que esta entidad maneja, algo discutible porque los recursos que recibiría, ni son producto del porcentaje de cotización que se descuenta mensualmente al afiliado de su salario y del aporte que hace su empleador, ni son producto de su actividad u objeto social. En tal coyuntura, y al no poderse manejar el ingreso como unidad de caja, el ingreso es un aprovechamiento a favor de Colpensiones por un ingreso no contemplado dentro de las actividades normales de su objeto social y, en tal sentido, la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema no tiene un sustento válido y razonable.

Es que, para la Sala, así como la afiliación al sistema es una sola, el sistema pensional es también uno solo, a pesar de que su manejo se le haya permitido por la Constitución Política y la ley, de un lado a las administradoras de fondos de pensiones y del otro a la administradora de pensiones Colpensiones. En tal sentido, si el propósito del legislador de 1993 era utilizar los descuentos administrados en el RAIS para pago de primas previsionales y del fondo de garantía de pensión mínima con criterio solidario, ese objetivo ya se cumplió durante el tiempo en que las AFP administraron los recursos, por lo que no se acepta como razonable que Colpensiones reciba unos recursos por conceptos que ya fueron fungidos, lo que implica que al recibirlos no pueda utilizarlos con el mismo propósito.

Sirvan los anteriores razonamientos para acoger en adelante la regla de decisión fijada por la Corte Constitucional en la sentencia unificadora ya mencionada en el sentido de que

*“(iii) en los casos en los que se declare la ineficacia del traslado solo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, **sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni menos dichos valores de forma indexada**”.*

Sin embargo, en estrictez con el principio de consonancia frente a los puntos de apelación, el precedente referido de la Corte Constitucional no puede ser aplicado en relación a los aportes al fondo de garantía de pensión mínima en relación con Colfondos S.A., quien no apeló la orden respecto de tal concepto.

Ahora bien. Como quiera que una de las consecuencias de la ineficacia que se declare en materia de pensiones conforme al artículo 271 de la ley 100 de 1993 es que la persona jurídica que impidió o atentó contra la libre selección de régimen pensional de un afiliado al sistema, se hace acreedor a una multa impuesta en cada caso y por cada afiliado, por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la cual no podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente ni exceder de 5º veces dicho salario, multas que se deberán destinar al Fondo de Solidaridad Pensional, se ordenará el envío de copia de la presente providencia a dicho Ministerio para lo de su competencia. La anterior determinación no implica poner en una situación más gravosa al apelante, pues se trata simplemente de la consecuencia que conlleva la declaratoria de una ineficacia de afiliación o de traslado de régimen, como ocurre en el presente caso. Además, tal decisión no implica la imposición de sanción alguna por parte de este Tribunal, pues ella queda a discreción del Ministerio del ramo; sino más bien el cumplimiento del deber que compete a la Rama Judicial, por la búsqueda de la sostenibilidad fiscal que debe orientar a las distintas ramas del poder público, todo ello dentro de un marco de colaboración armónica (art. 334 CP, modificado por el inciso 3º del artículo 1 del Acto Legislativo 03/2011), concretamente orientado al fortalecimiento del Fondo de Solidaridad Pensional.

Así mismo, resulta procedente la determinación que tomó la A Quo, respecto de la obligación que le asiste a Colpensiones como administradora del régimen de prima media con prestación definida al cual regresa el actor en virtud esta actualmente es la única administradora del régimen de prima media; de aceptar las sumas de dinero que le sean trasladadas del régimen de ahorro individual con solidaridad por parte del fondo de pensiones privado, debiendo reactivar su afiliación y convalidar el tiempo en la historia laboral respectiva. Igualmente deberá realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la accionante en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP (anulación a través de MANTIS) y que devuelva los aportes a Colpensiones con la entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, para permitir la aceptación y posterior actualización de la historia laboral de manera diligente y sin inconvenientes para el demandante, al régimen de prima media con prestación definida.

En relación con la excepción de prescripción, aunque el demandante presentó la solicitud de nulidad del traslado de régimen vencidos los cuatro años que dispone el artículo 1750 del Código Civil Colombiano, para pedir la rescisión, dicha norma resulta inaplicable por tratarse de un derecho que se encuentra ligado al de la seguridad social y el mismo se torna imprescriptible e irrenunciable de conformidad con el artículo 48 del ordenamiento superior. Además, mientras que éste se encuentra en formación, como sucede en el presente caso, que el derecho a la pensión no se ha consolidado, no procede la prescripción de ningún derecho, como acertadamente concluyó la falladora de primera instancia. (*Ver sentencias SU-567 de 2015 y SL CSJ SL 1688 de 2019*).

Costas

Ante la no prosperidad de los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones, habrá de condenársele en costas en esta instancia y a favor del demandante Gloria Patricia Pinto Roncancio. Se fijan como agencias en derecho la suma de un millón trescientos mil pesos M/Cte. (\$1.300.000). sin costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A. y Protección S.A., dada la prosperidad de sus recursos.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REFORMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Ibagué, en el proceso ordinario laboral promovido por Gloria Patricia Pinto Roncancio contra Colfondos S.A., Protección S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en el sentido de ordenar que el traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual de Gloria Patricia Pinto Roncancio, sus rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, no incluya los valores pagados por gastos de administración, ni por primas previsionales, y menos dichos valores de forma indexada; así como tampoco los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, este último concepto respecto de Protección S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia antes referida, en el sentido de enviar copia de la misma al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para lo de su competencia, conforme a lo dicho en la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en las costas de esta instancia a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, ante la no prosperidad de su recurso fijando como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$1.300.000.

CUARTO: DEVOLVER oportunamente el expediente al Juzgado de origen.

Firmado Por:

Carlos Orlando Velasquez Murcia
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Ibague - Tolima

Rafael Moreno Vargas
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Ibague - Tolima

Firma Con Salvamento Parcial De Voto

Jair Enrique Murillo Minotta
Magistrado
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Ibague - 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: 883907fe95fd6b8b7b8f220be721010a7c886a450fbd10acbe7d57aa25d881dd
Documento generado en 28/11/2024 11:33:48 AM
Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>