

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

IBAGUÉ, AGOSTO VEINTIDÓS DE DOS MIL VEINTICUATRO

APROBADO EN SALA DE DISCUSIÓN, SEGÚN ACTA 032 DE AGOSTO 22 DE 2024

DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

PROCESO: Ordinario de primera instancia
DEMANDANTE: Martha Ligia Delgado Sánchez
DEMANDADAS: Colpensiones y otro
RADICADO: 73001-31-05-005-2023-00246-01

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.

Colfondos S.A. señaló que la demandante ejerció su derecho de elección de régimen conforme el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993, selección que se llevó a cabo de manera libre y sin ningún vicio que afecte su validez; que dicho fondo suministró a la actora toda la información requerida, y ésta tuvo la oportunidad de estudiar y conocer las normas legales relacionadas con la seguridad social en pensiones, y buscar asesoramiento si así lo consideraba necesario; que antes de la promulgación de la Ley 1758 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, no existía obligación de parte de los fondos de pensiones, hacer proyecciones en el momento que un afiliado optara por realizar su traslado de régimen, dichos cambios legislativos y judiciales ocurrieron con posterioridad y no podían ser anticipados con certeza para dicho momento; estima necesario traer a colación la sentencia SL1452 de 2019 que refiere a las subreglas para definir las tres etapas normativas que rigen el deber de información y asesoría de los fondos privados y transcribe el aparte pertinente, al igual que el recuento de cada una de dichas etapas; que se pretende reprochar a Colfondos porque el afiliado tomó una decisión que se presume no fue adoptada bajo un juicio claro y objetivo al momento de escoger la mejor opción del mercado, cuando en el momento de la afiliación se le informaron las ventajas de pertenecer al RAIS y diferencias con el RPM; que no es posible conocer la vida laboral de cada usuario y así poder determinar qué régimen le era más favorable al momento de su afiliación; con

relación a la condena de devolución de gastos de administración indicó que contraviene el artículo 7º del decreto 3995 de 2008, norma que regula de manera taxativa los rubros sujetos a traslado y que corresponde únicamente a los aportes del trabajador y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sin que se incluya ni los gastos de administración, ni los seguros previsionales; que dichos gastos de administración se causan en cualquier de los dos regímenes y se cobra la comisión de hasta el 3%, porcentaje que en ningún caso corresponde a un capital destinado a financiar la pensión, pues es el pago que se realiza a la administradora por el manejo de los recursos acumulados, por lo que su devolución no solo es indiferente para el accionante respecto de su capital acumulado, sino que niega la gestión de la administradora; al devolverse tales gastos de administración, no llegan al fondo común del RPM, sino que ingresan al patrimonio de Colpensiones y se genera enriquecimiento sin justa causa; que es errado argumentar que el efecto de la nulidad de la afiliación es la sanción y devolución de la comisión de administración a Colpensiones, pues no se habría generado la misma de haber permanecido la accionante en el RPM; que si lo que consigo trae la nulidad es que las cosas vuelvan a su estado anterior, entonces, no debería retornarse los rendimientos financieros por ser regímenes pensionales excluyentes e indivisibles, luego se vulnera el principio de inescindibilidad de la norma al ordenar trasladar lo que más conviene a la accionante, como lo son los rendimientos financieros; que la póliza previsional se contrata en beneficio de los afiliados, siendo la AFP simplemente intermediaria en este proceso, es quien recauda las primas de seguro en nombre y por cuenta de la aseguradora y tales recursos nunca ingresan al patrimonio de la administrador, luego resulta improcedente ordenarse a la AFP su devolución; retomando el tema de la condena por devolución de gastos de administración y primas de seguros previsionales, solicita tener en cuenta la sentencia SU107 de 2024, procediendo a transcribir apartes de la misma; que el efecto de tal sentencia debe ser extendida con efectos inter partes y de inmediato cumplimiento en todos los casos de la jurisdicción ordinaria laboral que estén en curso y los futuros que se presenten.

Colpensiones refirió que la actora se encuentra dentro de la prohibición para traslado y que está consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues para movilizarse dentro del sistema pensional se estableció allí una serie de limitaciones tal como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004, limitación que corresponden a no realizar traslado antes de cinco años de permanencia en el régimen respectivo y cuando le faltaren menos de diez años para cumplir la edad mínima; que el objetivo con ello perseguido es evitar la descapitalización del fondo común del RPM y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del RAIS, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una rentabilidad en los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros; el objetivo de la norma se adecúa al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes; que de acuerdo con la Ley y la jurisprudencia constitucional, solo quienes tienen 15

años o más de servicios cotizados al 1º de abril de 1994 se pueden trasladar en cualquier tiempo de régimen pensional, con el fin de hacer efectivos los beneficios del régimen de transición y enseguida aludió a sentencias como la C-596 de 1997, C-789 de 2002, SU130 de 2013, permitiéndose transcribir apartes de cada una de ellas; que estima importante hacer hincapié en el agravio injustificado que padecería el equilibrio financiero del sistema pensional ante la ineficacia declarada y la obligatoriedad para Colpensiones, de recibir al accionante y sus aportes, afirmación que tiene soporte en la jurisprudencia como lo es la sentencia dictada en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el radicado 66001-31-05-004-2017-00413-01; que en el caso de Colpensiones se está frente a la falta de legitimación en la causa por pasiva dado que las pretensiones de la demanda se dirigen a establecer un vicio del consentimiento que generó la AFP, sin que Colpensiones tenga responsabilidad alguna en la controversia planteada; reitera que con la decisión adoptada se genera un desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera de que trata el artículo 48 constitucional, adicionado por el acto legislativo 01 de 2004 transcribiendo esta última norma; que se ha presentado indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional, dado que el fallo que declaró la ineficacia del mismo, censura a la AFP por no haber proporcionado información suficiente, clara, completa, comprensible y oportuna sobre implicaciones del traslado, desconociéndose que el deber de información ha tenido unas etapas que clasificó en tres y que procedió a describir para luego señalar que del análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance que debió brindar al momento de la afiliación, debieron ser valorados bajo la normativa vigente a dicha fecha cuando se suscribió el respectivo formulario, pues no es razonable ni jurídicamente imponer deberes no previstos en el ordenamiento jurídico vigente a ese momento, pues ello desvirtúa la confianza legítima y vulnera el principio de legalidad y debido proceso; que conforme el Decreto 2241 de 2010 que establece el régimen de protección al consumidor financiero, existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, y destaca que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión de permanecer en el régimen seleccionado; que en cuanto a la carga dinámica de la prueba no se puede aplicar de manera genérica, sin ponderación alguna y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso, esa inversión de la carga probatoria exige la igualdad con parámetros de buena fe y lealtad procesal, por lo que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época constituye una situación de carácter imposible; reitera el tema de la sostenibilidad financiera del sistema indicando ahora, que la ineficacia declarada pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados y alude pero además transcribe apartes de la sentencia T-489 de 2010; que en el evento que se confirme la decisión solicita que en aras de evitar un mayor perjuicio a Colpensiones, y conforme las sentencia SL del 8 de septiembre de 2008 radicación 31989, SL17595 de 2017, SL4989 de 2018 y SL1421 de 2019, se ordene a la AFP reintegrar la totalidad de la cotización, a saber: recursos de la cuenta de ahorro individual, cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, Rendimientos, Anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado a pago de seguros previsionales y gastos de administración,

discriminando el valor que se devuelve por cada concepto, conforme lo prevé el artículo 283 del CGP; que por lo anotado, solicita revocar la decisión de primer grado y absolver a Colpensiones.

Allianz Seguros de Vida S.A. solicita confirmar la sentencia de primer grado; inicialmente aludió al principio de consonancia citando el artículo 66 A del CPTSS, y enseguida aparte jurisprudencial sobre el tema; señaló que se logró probar la inexistencia de la obligación de restituir la prima de seguro previsional al estar debidamente devengada en razón al riesgo asumido y agregó que los únicos conceptos que se deben trasladar ante la ineficacia de la afiliación son los dineros de la cuenta de ahorro individual, los aportes a la garantía mínima de pensión y los rendimientos financieros; que se demostró la ausencia de obligación a cargo de esta aseguradora por cuanto la prima debe pagarse con los recursos propios de la AFP en el momento en que se declara la ineficacia del traslado; que igualmente logró demostrar que la eventual declaratoria de ineficacia de traslado no puede afectar a terceros de buena fe, así como quedó acreditada la falta de cobertura material de la póliza de seguro previsional por la que fue llamada en garantía.

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 4 de julio de 2024, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Ibagué.

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 a la accionante.
- Costas del proceso.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LA DEMANDA

Indicó lo siguiente:

- Realizó cotizaciones al RPM a través del ISS, hoy Colpensiones, desde el año 1985.
- Fue trasladada en 1998 al RAIS con el convencimiento que este régimen era la mejor opción.

- Colfondos S.A. no le explicó, no le informó las consecuencias que implicaba dicho traslado de régimen.
- No le brindó asesoría, no le promedió un posible monto de la pensión, ni le dio información sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el RPM.
- El 31 de agosto de 2023 presentó derecho de petición a Colpensiones solicitando su traslado al RPM, pero le fue negado.
- El 19 de septiembre del mismo año, solicitó a Colfondos la ineficacia de su traslado a dicha AFP, pero obtuvo igualmente respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones; frente a los hechos aceptó el 1º, 5º y 6º, los demás no le constan; propuso las excepciones de ausencia de los requisitos legales para efectuar traslado de régimen pensional, inoponibilidad de 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, falta de legitimación en la causa por pasiva, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera, prescripción y buena fe. (Archivo 08)

Colfondos S.A. también se opuso a las pretensiones; en cuanto a los hechos no le consta el 1º, negó el 3º y 4º, los demás los aceptó; propuso las excepciones de prohibición de traslado de régimen pensional, inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios en el consentimiento, falta de legitimación en la causa por pasiva, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de dicha afiliación, compensación, pago, enriquecimiento sin justa causa ante la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, prescripción. (archivo 10, fls. 101 a 114)

Además, llamó en garantía a Colseguros y Allianz Seguros de Vida S.A. (archivo 10 fls. 115 a 119), esta última se pronunció conforme el archivo 019.

ANTECEDENTES PROCESALES:

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

El 16 de mayo de 2024 se agotó de manera fallida la etapa de conciliación, por tanto, 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

En audiencia iniciada el 4 de julio de 2024, se evacuaron las siguientes pruebas:

DOCUMENTALES

Las aportadas con la demanda (archivo 02, fls. 5 a 28) y su contestación. (archivo 011, fls. 1 a 114 y archivo 09)

DECLARACIÓN DE PARTE

La demandante absolvió interrogatorio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Concluido el debate probatorio la Juez dictó sentencia, oportunidad en la que declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Colfondos S.A.; ordenó a esta misma AFP trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus frutos, intereses y rendimientos y aportes al fondo de garantía de pensión mínima; igualmente reintegrar de su propio patrimonio a Colpensiones debidamente indexados los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, por el tiempo que permaneció afiliada; a Colfondos S.A. a normalizar la afiliación de la actora en el SIAFP y entregar a Colpensiones el archivo y detalle de aportes realizados durante el tiempo de permanencia en el RAIS; ordenó a Colpensiones aceptar a la accionante en el régimen administrado por él, reactivar su afiliación y corregir la historia laboral con los dineros que traslade; negó las pretensiones del llamamiento en garantía, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Colpensiones y Colfondos S.A.; además, dispuso la consulta de su decisión.

Señaló la A quo que la normatividad a aplicar para resolver el asunto corresponde al artículo 48 constitucional, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; que en materia de seguridad social, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha tenido la oportunidad de trazar una muy sólida línea jurisprudencial sobre una serie de deberes y obligaciones que tienen los fondos de pensión relacionados precisamente con el deber de información; que tal línea jurisprudencial tiene sustento en la medida que el sistema de seguridad social en pensiones propende por garantizar a la población contingencias de vejez, invalidez y muerte a través de prestaciones económicas del sistema y dado que conforme el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 la elección de cualquiera de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria, es decir, que a voces de la jurisprudencia si no se brinde cualquier tipo de asesoría, sino aquella que exclusivamente permita el ejercicio de la libertad informada cuya infracción la define el mismo artículo 271 de la Ley 100 de 1993; que este tipo de normas no son otra cosa que el reconocimiento que hace el mismo legislador de la asimetría de información que existe entre la administradora de pensiones y potenciales afiliados, así como la trascendencia de la decisión de pertenecer a uno de los regímenes pensionales, decisión que debe ser voluntaria, libre de cualquier apremio y no se puede limitar a una manifestación

pura y simple, sino que se requiere una ilustración que debe ser completa, diáfana y comprensible sobre consecuencias positivas, pero por supuesto también adversas que ese tipo de decisiones pueda tener en el futuro pensional de cada afiliado; que en este caso, el traslado de régimen pensional de la demandante ocurrió en septiembre de 1998, lo cual fue aceptado por Colfondos y está corroborado con el formulario de traslado suscrito el 7 de septiembre de esa anualidad a través de Colfondos S.A. (página 13, PDF 0011); que si bien es cierto para el momento del traslado de la actora no existían normas como la 1328 de 2009, 795 de 2013 o el decreto 2071 de 2015, ello no es indicativo que para 1998 no existieran deberes de información en cabeza de los fondos de pensiones, atendiendo principios plenamente vigentes para aquel entonces, como la confianza legítima en las relaciones negociales y el contenido de algunas normas como: el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, esta misma Ley en su artículo 106, y el decreto 663 de 1994, literal f) del artículo 72 y el numeral 1º del artículo 97; que la actora igualmente que ha intentado de manera infructuosa regresar al régimen de prima media pero su solicitud fue negada atendiendo la prohibición temporal de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que sobre el cumplimiento al deber de información previo y al momento del traslado del régimen pensional, se tiene que dentro de los hechos de la demanda se señaló que Colfondos no suministró la información pertinente e ilustrada a la actora al momento de su traslado; que estas afirmaciones negativas se encuentran en los hechos tres y cuatro de la demanda, por lo que para el Juzgado ante tales negaciones indefinidas es perfectamente posible por disposición del artículo 167 del CGP, último inciso, aplicable por virtud del artículo 145 del CPTSS, la carga de la prueba en contrario, es decir, que si suministró información y adecuada asesoría corresponde a la AFP demandada, Colfondos; que adicionalmente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha venido determinando que en estos asuntos también es aplicable la regla contenida en el artículo 1604 del Código Civil donde se señala a quien le corresponde la prueba de haber actuado con diligencia y cuidado es precisamente a quien ha debido emplearlo (SL373 de 2021); que conforme lo anterior y no obstante que se otorgó a Colfondos una nueva oportunidad probatoria para que acreditara el suministro de información a la demandante previo al momento de su traslado, tal fondo no hizo ninguna solicitud probatoria y mucho menos allegó prueba alguna tendiente a acreditar el cumplimiento de ese deber de información, sumado a que no se obtuvo ningún tipo de confesión en el interrogatorio que absolvió la demandante quien lo que hizo fue ratificar que antes y al momento del traslado no recibió la información necesaria para tomar tan trascendental decisión; que igualmente el Juzgado haciendo uso de las facultades oficiosas y en aras de buscar la verdad de los hechos intentó obtener con cargo a Colfondos la información relacionada con formación académica, experiencia laboral y capacitación que pudiera tener la persona que aparece en el formulario como asesor del traslado de la demandante para verificar si contaba con la formación necesaria para ilustrar a la actora, incluso se solicitaron datos de contacto para poder escuchar esa persona mediante testimonio, sin embargo Colfondos guardó absoluto silencio frente a ello; entonces solo se cuenta con prueba, con el formulario de traslado, preimpreso por

el fondo Colfondos que está suscrito por la actora y sobre el cual en múltiples oportunidades se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia señalando que este tipo de documentos per se, no tienen la capacidad de llevar al Juez al convencimiento de que se suministró la información al momento de surtirse el traslado de régimen pensional y mucho menos la calidad de esa información; que así las cosas no le queda un camino distinto a aplicar las consecuencias del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, omisión que genera la ineficacia del traslado que va a declarar no puede ser convalidada por el mismo demandante con el tiempo que ha permanecido afiliada al RAIS, en la medida que se afectó el deber de información cuyo menoscabo afectó derechos de carácter fundamental y ello no puede ser reparado por el simple paso del tiempo; que frente a las excepciones de mérito planteadas, que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha venido señalando que este tipo de decisiones en nada afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema por cuanto los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son los utilizados precisamente para el reconocimiento del derecho pensional (véase sentencia SL2877 de 2020); sobre la prescripción señaló que no es procedente porque en este tipo de asuntos se encuentran inmersos pretensiones de derechos que tienen el carácter de fundamental, derechos pensionales y que por ende resultan irrenunciables e imprescriptibles (SL1421 de 2019); que sobre las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia va a seguir aplicando las señaladas por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral donde se ha dicho que cosas deben retrotraerse a su estado anterior como si el acto jamás hubiera existido y que por ello las entidades del RAIS deben devolver además de la totalidad de los dineros ahorrados que se encuentren consignados en la cuenta de ahorro individual, con frutos intereses y rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros y comisiones debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, al igual que los dineros destinados a constituir el fondo de garantía mínima de pensión (SL4322 de 2022); frente a este último punto precisó que si bien la Corte Constitucional en sentencia SU107 de 2024 adoptó un criterio distinto, el Juzgado continuará aplicando el precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia hasta tanto no sea modificado por esa misma Corporación a través de las salas permanentes, máxime cuando existen decisiones muy recientes por ahora de la Sala de Descongestión de dicho órgano que aún lo mantienen (SL925 de 2024 y SL1046 del mismo año); que además como se ordenó el retorno del demandante al régimen de prima media con prestación definida como se solicitó en la demanda, debe Colpensiones actualizar y corregir su historia laboral conforme los dineros que se le trasladen del RAIS; también dispuso que Colfondos S.A. realice todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación del actor en el SIAFP y entregar a Colpensiones el archivo y el detalle de los aportes allí realizados por la demandante durante su permanencia en dicho régimen; que en lo que tiene que ver con el llamamiento en garantía se niega porque el Juzgado no encuentra obligación contractual alguna a cargo de las aseguradoras ni menos la imposición de devolución de primas de seguros pagadas en favor de la actora por seguros previsionales para cubrir riesgos de invalidez y muerte conforme lo dispuesto en el

artículo 20 de la Ley 100 de 1993; que la obligación contractual adquirida por dichas aseguradoras es cubrir los riesgos de invalidez y muerte porque solo se podría exigir el cubrimiento de estas contingencias; que además la devolución de primas de seguros es consecuencia de la ineficacia del traslado y se debe hacer con el propio patrimonio del fondo de pensiones y no de la aseguradora; condenó en costas a las demandadas; costas en favor de la llamada en garantía y a cargo de Colfondos SA quien hizo dicho llamamiento que no prosperó. (archivo 35, *Min. 45:50 a 01:02:04*)

EL RECURSO

Colfondos S.A. expuso que la demandante ejerció su derecho de libre elección de su régimen pensional conforme al artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 y conforme a las pruebas allegadas al plenario, así como el interrogatorio de parte de la actora, se concluye que el traslado se efectuó de manera libre, voluntaria y de conformidad con las disposiciones legales vigentes, voluntad que claramente quedó plasmada con su firma para la fecha en la que se afilió al RAIS, no hubo vicios en su consentimiento, error, ni fuerza ni dolo, por ende, no procede la ineficacia; insiste que Colfondos suministró a la accionante la información requerida por la Ley para la data de elección de su régimen pensional de lo cual obra prueba en el formulario de afiliación; que igualmente precisa lo pertinente a lo que es el deber de cuidado como consumidora financiera debido a la naturaleza del fondo privado al cual se encuentra afiliada tal como lo precisa el decreto 2241 de 2010 en su artículo 4º, por lo que no existe responsabilidad en la AFP; que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, introdujo modificaciones al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y, en virtud a tales modificaciones se estableció que un afiliado no podrá cambiarse de régimen cuando le resten diez años o menos para cumplir la edad mínima de pensión, imponiéndose una restricción a la voluntad del afiliado quien se sujeta a la condición prescrita en la norma antes citada, por ende, está prohibido el traslado del RAIS al RPM, ello obedece a una medida imperativa con el fin de preservar la estabilidad financiera del sistema, impidiendo tal movilidad; que antes de la promulgación de la Ley 1758 de 2014 y decreto 2071 de 2015 no existían para las AFP privadas hacer proyecciones pensionales en el momento del traslado de régimen, lo reglado con posterioridad no podían ser anticipados con certeza en ese momento por lo que se respalda la imprevisibilidad del fondo para prever estos cambios normativos, por lo que la condena al fondo implica una aplicación retroactiva normativa lo que está prohibido expresamente por la ley colombiana; que con relación a la devolución de gastos de administración, seguros previsionales señaló que el fallo se contraviene con lo previsto en el artículo 7º del decreto 3995 de 2008, norma que regula de manera taxativa los rubros sujetos a devolución que se resumen a los saldos en favor del trabajador en su cuenta de ahorro individual, pero no hace mención alguna a gastos de administración y seguros previsionales; que el factor económico no está enumerado como una condición para la validez del traslado de régimen, y en este caso entonces no se puede considerar ese factor económico como criterio relevante para tomar la decisión que se adoptó. (archivo 35. *Min. 01:02:17 a 01:06:16*)

Colpensiones refirió que es improcedente legalmente el traslado de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, ratificada por la sentencia C-1024 de 2004, normativa que resulta razonable y proporcional a partir de la existencia de estudio adecuado y necesario para lo que solicita sea analizado tal aspecto en esta instancia; que el fallo desconoció la carga dinámica de la prueba, pues no puede ser aplicada de manera genérica sin ponderación y en desigualdad de las partes involucradas en el proceso, pues la regla general del artículo 167 del CGP señala que corresponde a cada parte demostrar el supuesto de hecho que exige y el Juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar a determinada parte que se encuentre en mejor posibilidad para aportarla y en este caso se le exige a la demandante de aportar soporte alguno que demuestre el vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, trasladando toda la carga de la prueba en una de las partes, específicamente en el fondo privado; que en el interrogatorio de parte no se evidenció que la actora tuviere algún soporte que indique que existió vicio o alguna fuerza al momento de adoptar la decisión de afiliarse al RAIS; que hasta el año 2016 se contaba con el formulario de afiliación para probar el cumplimiento del deber de información al momento del traslado y no se exigía ninguna otra prueba diferente a dicho formulario pues las leyes que surgieron entre 1994 y 2016 no exigían nada diferente e imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época constituyen una situación de carácter imposible; que con el fallo dictado se desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones consagrado en el artículo 48 constitucional, adicionado por el acto legislativo 01 de 2005; por ende, solicita revisar el fallo de primer grado y revocarlo. pues ese principio significa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los colombianos. (Archivo 35, *Min. 01:06:20 a 01:09:53*)

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 de la accionante?
- ¿Debe declararse la ineficacia del traslado?
- ¿Se encuentra la actora 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 de la demandante en el aplicativo SIAFP?
- ¿Está prescrita la ineficacia del traslado invocada por la accionante?

Argumentación:

Antes de desatar el recurso interpuesto y resolver la consulta, se ha de señalar que está demostrado que el demandante se afilió al régimen de prima media con prestación definida desde el 11 de febrero de 1985 hasta el mes de agosto de 1998 (archivo 009, página 9), luego se trasladó al régimen de ahorro individual, a partir del 1º de septiembre de 1998 a través de Colfondos S.A., , tal como se establece con el documento de folio 13, archivo 02 del expediente digital.

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 invitarla 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 falta al deber de información.

Ahora bien, sobre el tema de la ineficacia del traslado por omisión en el deber de información 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, radicaciones 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 SA, hubiera cumplido con la obligación a su cargo, como lo era, la de suministrar una información veraz, completa y comprensible a la demandante, lo que permite afirmar que la decisión adoptada por el 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.

De otro lado, en cuanto a que la accionante se encuentra en la prohibición legal para trasladarse, en virtud a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por 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.

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, como lo indicó la A quo, en caso de existir remanentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, 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, se 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. (negrillas 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.” (negrillas y resaltas 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 confirmará.

Por vía de consulta ahora, se ha de analizar lo relativo a las consecuencias de la ineficacia del traslado.

En cuanto al este punto, esto es, lo que tiene que ver con la ineficacia del traslado y las órdenes emitidas por la falladora de primera 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 la 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.

Ahora, en lo que a la prescripción se refiere, se apoyó en lo previsto en el artículo 1750 del Código Civil, relativo a las nulidades.

Al respecto 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.

Ahora, y tal como lo dispuso el A quo, estima la Sala que es dable ordenar al fondo Colfondos S.A., para efectos de dar cumplimiento a lo ordenado en este proceso, proceda a actualizar la información de la afiliada 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 registrarla como afiliada suya, como así lo ordenó la A quo, se confirmará tal aspecto.

Se impondrá condena en costas en esta instancia a Colfondos S.A. y Colpensiones, dado que no prosperó su recurso, y se fijan 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de julio de 2024, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Ibagué – Tolima, en el proceso ordinario de **MARTHA LIGIA DELGADO RAMÍREZ** contra **COLPENSIONES y OTRO**.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A. y Colpensiones, 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 MEJÍA
Magistrada


MÓNICA JIMENA REYES MARTÍNEZ
Magistrada


CARLOS ORLANDO VELÁSQUEZ MURCIA
Magistrado
(Salva voto parcial)