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):	Lenar Lozano Moncaleano
DEMANDADO(S):	Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, Protección S.A., Colfondos S.A.
LLAMADO EN GARANTIA:	Allianz Seguros de vida S.A.
No. RADICACIÓN:	73001310500320230003000
FECHA DECISIÓN:	Veinticuatro (24) de octubre de dos mil veinticuatro (2024)
ACTA APROBACIÓN:	Acta N° 46 de 24 de octubre de 2024.

I. OBJETO DE DECISIÓN

Resolver los recursos de apelación interpuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y Protección S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia de 25 de julio de 2024 proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Ibagué, los cuales tienen como motivos de inconformidad los siguientes:

Protección S.A.

- Pide que se revoque parcialmente la decisión de primera instancia teniendo en cuenta que el A Quo, se apartó del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU 107 de 2024; que señala la imposibilidad de retrotraer al

afiliado al día previo al traslado, al existir actos consolidados como los gastos de administración y primas de seguros previsionales, generándose los primeros durante la vigencia de la afiliación, descontándose conforme a la relación legal y contractual que le permitió al afiliado acreditar los rendimientos financieros, en cuanto a los segundos señala que los mismos fueron girados a un tercero que amparó las contingencias de invalidez y muerte. En ese sentido la corte enfatizo que solo es susceptible el traslado del ahorro en la cuenta individual, los rendimientos y el valor del bono pensional si este se hubiera pagado.

Colpensiones

- Señala que las órdenes judiciales producto de la ineficacia de traslado crea en Colpensiones de forma injustificada y desproporcionada, obligaciones patrimoniales, debiéndose dar órdenes menos lesivas como que se ordene a la administradora del fondo privado reconocer la prestaciones económicas; aduce que tales órdenes ponen en riesgo los derechos pensionales de los demás afiliados, afectando el principio de sostenibilidad financiera al tener que asumir con los recursos del fondo común las cargas prestacionales.

Decisión de primera instancia frente a los puntos objeto del recurso

- Sostuvo que el deber de información surge para los fondos privados desde el mismo momento en que nacieron, imponiéndoles la Ley 100 de 1993 la obligación de ilustrar suficientemente a los afiliados para que tomen una decisión consiente y revestidos del convencimiento de que la decisión que toman en torno a trasladarse o no es la que más conviene a sus intereses pensionales.

- Señaló que el demandante no incurrió en confesión que le permita concluir al despacho que se le brindó la información debida, sin que el fondo privado demostrara si quiera que brindó información al demandante, en la medida en que no aportó el formulario de afiliación.

- La decisión adoptada no corresponde a una inversión de la carga de la prueba, sino a las situaciones que se encontraron probadas, sin que se allegará el formulario de afiliación que permitiera identificar quien brindó la asesoría a efecto de lograrlo llamar para que diera cuenta de la información brindada; encontrando así procedente declarar la ineficacia de traslado con sus correspondientes consecuencias.

- Atendiendo a los criterios jurisprudenciales de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ordenó la devolución de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos financieros y los bonos pensionales si existieren, así como lo descontado por comisiones de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; resaltando que si bien la SU 107 de 2024 señala la improcedencia de estos últimos recursos, no acoge tal postura atendiendo los salvamentos de voto a dicha providencia que respaldan su apartamiento de tal decisión; además de estimar que la ausencia de dichos dineros afectaría aún más la sostenibilidad financiera del sistema.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

Determinar si se debe declarar ineficaz el traslado que efectuó el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad. De ser ineficaz el traslado, establecer 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 partes presentaran las alegaciones. Allianz Seguros de Vida S.A., solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al haberse demostrado la inexistencia de la obligación por su parte. *(archivo 06 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 el 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 del afiliado, 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. 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, el 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.

Según el artículo 334 de la Constitución Política, la sostenibilidad fiscal debe orientar a las ramas y órganos del poder público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

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 de la Corte Suprema de Justicia 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 de la Corte Constitucional.

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:

Historial de vinculaciones expedido Asofondos, *(folio 10 archivo 09 del expediente de primera instancia)*; historia laboral expedida por Protección S.A. *(folio 12 a 64 archivo 09 del expediente de primera instancia)*; reasesoria Protección S.A. *(folio 65 archivo 009 del expediente de primera instancia)*; solicitud de vinculación a Santander hoy Protección S.A. el 01 de octubre de 2004 *(folio 66 a 67 archivo 09 del expediente de primera instancia)*; historia laboral de Colpensiones *(folio 40 a 45 archivo 010 del expediente de primera instancia).*

Habiéndose practicado interrogatorio de parte el demandante Lenar Lozano Moncaleano, no se logró obtener prueba de confesión en la medida en que el demandante negó haber recibido información del régimen, pues las dos asesoras de Colfondos que asistieron a su lugar de trabajo solo le hablaron de las bondades del fondo, aceptando únicamente que sabía que haría un ahorro que le generaría rendimientos.

De las anteriores pruebas se colige que el demandante estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones, y se vinculó por última vez al régimen de ahorro individual con solidaridad a Colfondos S.A., el 19 de febrero de 1996. 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 pregona el artículo 1604 del Código Civil y artículo 167 del CGP (Sentencias radicaciones 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 el 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, con fuerza de cosa juzgada, 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 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 se refiere, a raíz de que la única prueba que fue decretada, practicada y tenida en cuenta es la ya referida al inicio de este proveído, y lo actuado no reporta datos de nombres de personas 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 la 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 suministró al demandante la información necesaria y relevante que llevara consigo la migración de régimen pensional, pues al contestar la demanda ni siquiera se allegó el formulario de vinculación inicial al RAIS. Pero lo cierto es que se echa 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 el accionante sin el pleno conocimiento de lo que implicaba. Es decir, la decisión del afiliado no la adoptó de manera informada, autónoma y consciente, pues se itera, no conocía de las implicaciones que le generaba el traslado, 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 vinculación 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 pues con base en ella es que el posible afiliado realiza la escogencia del régimen pensional al cual desea pertenecer.

Por el hecho de que el 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 de que convalidó el traslado de régimen pensional, 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 el 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 del afiliado, sino en cumplimiento de una decisión judicial que decreta la ineficacia del traslado que el demandante años anteriores realizó y cuya consecuencia es que se tiene como inexistente o no hecho.

El retorno del demandante al RAIS o la permanencia en él o sus traslados horizontales, no se puede considerar como un acto 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 y se prolonga mientras el afiliado esté en el respectivo régimen pensional, independientemente de la administradora de pensiones a la cual se halle vinculada.

En relación con la negativa a ordenar la devolución del 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 prima media con prestación definida, pues 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 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 la 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 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 negocial 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, el sistema pensional es 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 ya el propósito del legislador de 1993 de 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 anterior precedente solo se aplicará en este caso respecto de Protección S.A., y con relación a los rubros de gastos de administración y primas previsionales, ya que Colfondos S.A., no formuló apelación y la decisión respecto a los aportes al fondo de garantía de pensión mínima no fue objeto de impugnación por parte de Protección S.A.

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 escogencia 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 el 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, 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 la demandante, al régimen de prima media con prestación definida.

En relación con la excepción de prescripción, aunque la demandante presentó la solicitud de ineficacia 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 el fallador de primera instancia. *(Ver sentencias SU-567 de 2015 y SL CSJ SL 1688 de 2019)*.

Costas

Ante la no prosperidad del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones habrá de condenarse en costas en esta instancia y a favor del demandante Lenar Lozano Moncaleano. 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 Protección S.A., dada la prosperidad parcial de su recurso.

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 Tercero Laboral del Circuito de Ibagué, en el proceso ordinario laboral promovido por Lenar Lozano

Moncaleano contra Protección S.A., Colfondos 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 Lenar Lozano Moncaleano, sus rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, no incluya los valores pagados por gastos de administración y seguros previsionales, ni menos dichos valores de forma indexada, únicamente en lo relacionado con 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: 720907c34d5e469987c85edd679cdcae9339b74b85371b9f48b929d603d7d6fd

Documento generado en 24/10/2024 01:07:43 PM

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