



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA CECILIA GAITAN SANCHEZ contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Radicación No. 11001-31-05-035-**2021-00414-01.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones y la apoderada de Colfondos S.A. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia del 08 de abril de 2024 proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

**SENTENCIA**

La demandante Martha Cecilia Gaitán Sánchez, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la ineficacia de traslado de régimen por medio de Colfondos S.A. por cuanto el mismo no estuvo precedido de la suficiente asesoría e ilustración por parte de esa entidad.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Igualmente, que se condene a Colpensiones a recibir en esa administradora sin solución de continuidad a la demandante.

Por último, que se condene a las demandas en costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones indica que nació el 16 de septiembre e 1964 y el 06 de mayo de 1987 se afilió al sistema de general de pensiones en el régimen de prima media, cotizando un total de 310 semanas.

Que el 01 de julio de 1994 se trasladó al RAIS mediante Colfondos S.A, decisión que no estuvo precedida de la suficiente información e ilustración por parte de esa entidad. Posteriormente se trasladó Porvenir S.A, Colmena y nuevamente a Porvenir S.A.

Que cotizó en el RAIS un total de 1.292 semanas, obteniendo un total de 1.602 semanas cotizadas en el sistema general de pensiones con los dos regímenes. Que Porvenir S.A. informó a la accionante que el valor de su mesada pensional para 2021 sería de \$ 1.923.300 en el RAIS.

Que el 31 de agosto de 2021 la demandante elevó derecho de petición ante Colfondos S.A, Protección S.A, Porvenir S.A. y Colpensiones, solicitando la ineficacia del traslado de régimen efectuado el 01 de julio de 1994.

### **Actuación procesal**

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 06 de octubre de 2021, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Porvenir S.A, Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A, contestaron la demanda en los términos del archivo 05, 07, 19 y 23 respectivamente del expediente digital.

### **Sentencia de primera instancia**

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 08 de abril de 2024 resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado con fecha de solicitud 21 de junio de 1994, efectiva a partir del 01 de julio de 1994 por MARTHA CECILIA GAITAN SANCHEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARTHA CECILIA GAITAN SANCHEZ, como gastos de administración, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, rendimientos financieros e intereses.*

*TERCERO: CONDENAR a las AFPs SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que este permaneció afiliado en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.*

*CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, con motivo de la afiliación de MARTHA CECILIA GAITAN SANCHEZ como gastos de administración, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, rendimientos financieros e intereses. Adicionalmente, actualizar la historia laboral de la demandante con la información aportada por las AFP's demandadas.*

*QUINTO: DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las*

*reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados*

*SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*

*SÉPTIMO: ABSOLVER a la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia*

*OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de la demandada, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.; liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1.000.000 por concepto de agencias en derecho a favor de la señora MARTHA CECILIA GAITAN SANCHEZ.*

*NOVENO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS liquídense por secretaría incluyendo la suma de 500.000 por concepto de agencias en derecho a favor de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. Sin costas para la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCION y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.*

*DÉCIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.”*

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia afirma que la ineficacia del traslado perseguida en el proceso fue objeto de reclamación ante Colpensiones previo a la radicación de la demanda.

Con la expedición de la ley 100 de 1993 se pretendió unificar la administración del sistema pensional y para ello se estableció dos regímenes solidarios y excluyentes, el de ahorro individual con solidaridad y el de prima media con prestación definida.

En los términos previstos en el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones se encontraban facultados para escoger el régimen pensional al cual querían pertenecer, dando la posibilidad de modificar la elección.

En los casos en los que el trabajador o cotizante manifiesta que no hubo consentimiento informado, se traslada la carga de la prueba para que sea las AFP las que deben probar si se dio dicha información, esto se ha mencionado en sentencias como la SL2229 de 2022 en donde se anuncia que la afirmación del trabajador se acredita con el hecho positivo contrario, es decir que se le suministró la asesoría en forma correcta.

La sentencia SL2484 de 2022 dispuso que es obligación de las AFP demostrar que no hubo asimetría en la información y proveer a los jueces de todos los medios de convicción que permitan dar certeza de que al momento de producirse el traslado de régimen el afiliado contaba con todos los elementos de juicio suficientes para decidir de manera libre y voluntaria.

La Corte establece que el traslado de régimen conlleva un deber de buen consejo por parte de las AFP ya que por medio de ellos el afiliado procura el disfrute de su pensión, por lo que debe indicarle de manera puntual al trabajador las condiciones favorables o desfavorables para el disfrute de esta. La información comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación, hasta la terminación de las condiciones para el disfrute de esta, ya que tienen el deber de garantizar una información completa y comprensible.

De las pruebas que hacen parte del proceso se advierte que la administradora del RAIS omitió suministrar la información suficiente para que el demandante tomara una decisión del traslado del régimen de manera consiente respecto de las consecuencias jurídicas que ello implicaría.

Así las cosas, se declara la ineficacia de afiliación a Colfondos S.A. en el régimen de ahorro individual con solidaridad, como consecuencia se debe retrotraer las cosas al estado en que se encontraban como si el traslado jamás hubiese ocurrido.

### **Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.**

El apoderado de Colpensiones presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, indicando que la CSJ en diversas sentencias han analizado la viabilidad de la ineficacia de traslado, cuando los demandantes tienen perjuicios palmarios por la pérdida de régimen de transición o la expectativa cercana de acceso a la prestación y en dichas situaciones no se encuentra la demandante.

Por su parte el decreto 692 de 1994 en su artículo 11 establece que la selección de régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de este para acceder a las prestaciones de invalidez, vejez y muerte.

La demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no puede regresar al régimen administrado por Colpensiones. No es procedente declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS ya que por decisión propia suscribió en varias ocasiones formularios de afiliación por medio de los que realizó traslados horizontales, voluntad que se vio ratificada por los más de 29 años de cotizaciones en el RAIS.

La Corte Constitucional manifestó que el régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que, una vez cumplidos los requisitos de edad y semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie o resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás es contrario a la equidad y eficiencia pensional.

Las AFP no desconocen la existencia del deber de información desde 1993, sin embargo, dicho deber se intensifica con la expedición de la ley 1328 de 2009, donde el deber de información se convierte en un deber de asesoría y buen consejo, por lo que no es dable requerir las mismas formalidades desde la creación del RAIS. El juzgamiento de una conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien, sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de una eventual prestación pensional.

La demandante no hizo uso de los derechos de los afiliados, esto es el retracto que da la posibilidad de dejar sin efecto su elección de régimen pensional o de administradora dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la que se haya manifestado por escrito la correspondiente selección.

Al momento de la afiliación al RAIS la demandante no contaba con ninguna expectativa ni derecho adquirido en el RPM, pues como se desprende de los hechos y las pruebas documentales, para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 la demandante no cumplía con los requisitos de las semanas o tiempo de servicio para querer regresar al RPM en cualquier momento.

La apoderada de Colfondos S.A. presentó recurso de alzada en contra de la sentencia en primera instancia, solicitando que no se condene a la devolución de sumas por conceptos de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez, teniendo en cuenta que las mismas fueron utilizadas de conformidad a lo establecido por la ley y en atención a que esos dineros no hacen parte del haber de la AFP.

Colfondos S.A. solo tiene un rol de intermediario con respecto a las primas de seguro previsional, estos recursos no ingresan al patrimonio de la administradora. La aseguradora prestó efectivamente el servicio, asumiendo los riesgos de invalidez y muerte del afiliado, el contrato fue debidamente ejecutado y los efectos no se pueden retrotraer como consecuencia de la ineficacia.

Los gastos de administración tienen una destinación que se cumplió, traduciéndolo en los rendimientos, por lo cual no se puede imponer una condena a devolver los mismos en forma indexada, ya que se estaría imponiendo una doble sanción por el mismo hecho. No se causó detrimento patrimonial a la parte actora y menos a Colpensiones, por lo que se estaría frente a un enriquecimiento sin causa, generando una afectación a la sostenibilidad del sistema de la AFP, lo que es contrario al principio del artículo 48 de la Constitución.

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

### **Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).**

Admitido el recurso de apelación con auto del 17 de junio de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

## **CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; ii) Si se debe absolver a Colfondos S.A. de la condena de devolución de gastos de administración, seguros previsionales e indexación; iii) Si la permanencia en el RAIS incide en la declaratoria de ineficacia de traslado y ; iv) Si de declararse la ineficacia de traslado se ve afectada la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

### **De la ineficacia del traslado**

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema

de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360- 2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben 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 las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

*"Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»"*.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el historial de vinculaciones en donde se encuentra la afiliación a Colfondos S.A, del 21 de junio de 1994, como se indicó anteriormente, sin que se encuentre acreditado que se brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, que al menos en esta oportunidad la afiliada hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliada.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

*“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.*

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

*“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.*

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por la demandante en la audiencia celebrada el 22 de marzo de 2024, visible en el archivo 40 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara no haber recibido información clara y comparada sobre ambos regímenes pensionales, mencionando que se trasladó ya que los asesores pasaron a cada uno de los escritorios en donde trabajada e informaron que el ISS tenía problemas

económicos y no iba a responder. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte de la demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción que demuestre que la AFP Colfondos S.A. dio información transparente y completa a la afiliada sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó la demandante el 21 de junio de 1994, como lo determinó el *a quo*.

### ***Gastos de administración***

Ahora bien, como lo indicó el *a quo*, esta Sala debe indicar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, que en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada. La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, expuso lo siguiente:

En primer lugar, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas

de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, se adoptará esta nueva postura por parte de esta Sala, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior.

En este contexto, y considerando la postura de la Corte Constitucional, dado que Colfondos S.A. apeló lo relacionado con las primas de seguros previsionales y los gastos de

administración, se revoca parcialmente el numeral **segundo** y **tercero** de la sentencia de primera instancia. Esto se hará con el propósito de exonerar a la entidad de dichos conceptos, condenando únicamente a la devolución de los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional si fue pagado, con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

### ***Permanencia en el RAIS***

Ahora bien, en cuanto al tiempo de permanencia en el RAIS, por parte de la actora, lo cierto es que ni el tiempo de permanencia en el RAIS ni los traslados realizados entre fondos; ni el hecho de no haberse trasladado el afiliado al régimen de prima media con prestación definida dentro del término legal, convalida la actuación irregular que genera la ineficacia, por ser hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de traslado de régimen pensional, ya que el que presentó la irregularidad que genera la ineficacia, tal como lo tiene adoctrinado la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia adiada el 02 de marzo de 2022 bajo radicado SL1055-2022, MP IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ, mediante la cual se aclaró:

*“Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. (...)*

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*

*De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”*

Por otra parte, la Sala de Descongestión No.3 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia recientemente reiteró:

*“Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer en el RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de ineficacia debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató.*

*Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema. (CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021)*

*Para finalizar, en nada modifica la situación el número de años de permanencia de la actora en el RAIS y menos implica que el traslado se haya formalizado con su consentimiento informado.”*

### ***Sostenibilidad financiera***

De otra parte, para abordar a la inconformidad referida por la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, frente a la sostenibilidad del sistema financiero se encuentra que ya se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicando que dicho principio constitucional no se ve afectado con la declaratoria de ineficacia del traslado, dado a que como se señaló previamente, la AFP tiene el deber de restituir los valores recibidos por concepto de la afiliación del accionante con todos sus frutos, con lo cual se compensan las cotizaciones que debió efectuar el accionante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se financia la pensión a recibir, indistintamente si se han cotizado en un fondo público o en una cuenta de ahorro individual.

Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, precisando:

*“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el*

literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

*“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.*

Lo anterior también ha sido reiterado en sentencias posteriores como la SL1440-2021 y la SL1497-2022, en esta última con toda claridad la Corte precisó: *“Tampoco se atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema, en la medida en que la ley dispone las fuentes de financiamiento de las prestaciones económicas que éste reconoce y, en todo caso, la ineficacia comporta unos efectos que pasan a explicarse más adelante, lo que supone, entre otras cosas, que la totalidad del ahorro pensional efectuado, con los elementos que lo integran, pasen de la AFP a la administradora del Régimen de Prima Media.”*

En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación presentado por las demandadas.

## **COSTAS**

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a la AFP COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARTHA CECILIA GAITAN SANCHEZ, como gastos de administración, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, rendimientos financieros e intereses. Y en su lugar **CONDENAR** a la AFP COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES los aportes y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorros del demandante y bonos pensionales, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO:** Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**RODRIGO AVALOS OSPINA**

**Magistrado**

(Con Salvamento de Voto)

**RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA**

**Magistrado**



**JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**

**Magistrado**