República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 MARÍA CRISTINA CORTÉS RODRÍGUEZ contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Radicación No. 11001-31-05-029-2023-00164-01.

AUTO

Previo al estudio del recurso de apelación, así como del grado jurisdiccional de consulta, la Sala advierte que mediante memorial del 08 de octubre de 2024, Skandia S.A. presenta solicitud de terminación del proceso en atención a la promulgación de la Ley 2381 de 2024 "Por medio de la cual se establece el Sistema de Protección Social Integral para la Vejez, Invalidez y Muerte de origen común, y se dictan otras disposiciones". Pese a lo anterior, debe señalarse que la terminación del proceso únicamente procede por solicitud de la parte demandante, quien es la legitimada para disponer del derecho en litigio o, mediante la sentencia ejecutoriada que pone fin al mismo; sin que ninguna de estos eventos se haya presentado en el asunto bajo estudio. Aunado a lo anterior el fondo de pensiones no aporta prueba si quiera sumaria de que en efecto la demandante hubiese logrado trasladarse por vía administrativa al RPM. Por este motivo, se negará la solicitud de terminación del proceso presentada por Skandia S.A.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero 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 el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia del 29 de febrero de 2024 proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

La demandante MARÍA CRISTINA CORTES RODRÍGUEZ, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la nulidad o ineficacia de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las afiliaciones posteriores (traslados horizontales), y por tanto se declare que siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a Porvenir S.A. trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, las sumas por concepto de aportes pertenecientes a la cuenta de la señora MARÍA CRISTINA CORTÉS RODRÍGUEZ, correspondientes a las sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y los rendimientos, así como, la devolución del porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Y que se ordene a Colpensiones recibir a la demandante en el RPMPD como afiliada sin solución de continuidad.

Por último, solicita el pago de costas y agencias en derecho y la condena ultra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones la señora María Cristina Cortes Rodríguez indica que estuvo afiliada al Instituto del Seguro Social (ISS) desde el 11 de junio de 1987 hasta el 31 de enero de 1997, acumulando un total de 382,29 semanas cotizadas en dicho régimen. Afirma que su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) no fue producto de su voluntad, sino de la imposición de su empleador y de la información proporcionada por asesores de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quienes le aseguraron que el ISS entraría en liquidación y que la nueva afiliación sería más beneficiosa.

Señala que la asesora de Protección S.A. le manifestó que su traslado garantizaría mayores rendimientos y una pensión superior a la que obtendría en el ISS. No obstante, alega que nunca recibió información clara, completa ni precisa sobre las modalidades de pensión en el RAIS ni sobre las diferencias entre este y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM). Además, indica que tampoco se le entregó una proyección pensional acorde con su edad y salario, ni un plan de pensiones que detallara los impactos de su traslado.

Posteriormente, relata que realizó traslados horizontales entre distintas administradoras dentro del RAIS, incluyendo Old Mutual (hoy Skandia), Colfondos y finalmente Porvenir S.A., sin recibir información suficiente y veraz sobre las implicaciones de estos cambios. Que a la fecha de la presentación de la demanda, contaba con 1.246 semanas cotizadas en el Sistema General de Pensiones y, que mediante derechos de petición radicados en noviembre de 2022, ha solicitado la nulidad del traslado del RPM al RAIS, lo que ha sido negado por las administradoras, argumentando que los traslados fueron voluntarios y conforme a la normativa vigente.

Actuación procesal

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 16 de mayo de 2023, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Cumplido lo anterior, las demandadas Colpensiones, Porvenir, Colfondos, Protección, Skandia, contestaron la demanda en los términos de los archivos 07, 08,09, 11 y12 respectivamente del expediente digital. Luego, mediante auto del 23 de junio de 2023, el juzgado de conocimiento tuvo por contestada la demanda a las demandada y llamó en garantía a Allianz Seguros De Vida S.A. y Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., quienes contestaron la demanda y el llamamiento en los términos de los archivos 17 y 18 del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 29 de febrero de 2024 resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado pensional que hiciere la señora MARIA CRISTINA CORTES RODRIGUEZ identificada con C.C. N. 39.646.363, ante DAVIVIR hoy la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. con fecha de solicitud 26 de abril de 1995 inicio de efectividad 01 de mayo de 1995, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARIA CRISTINA CORTES RODRIGUEZ, como cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a la garantía de pensión mínima, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, por cotizaciones rendimientos y sumas destinadas a la garantía de pensión mínima que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.*
>
> *CUARTO: SIN CONDENA en costas.*
>
> *QUINTO: ABSOLVER a las demás demandadas incluidas a las llamadas en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., MAPFRE COLOMBIA VIDA DE SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.*
>
> *SEXTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada Colpensiones, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS."*

Para adoptar esta decisión, la operadora de instancia indica que en primer lugar que no existe controversia sobre el traslado de la señora demandante, ni sobre su afiliación inicial al régimen de ahorro individual ni sus traslados horizontales a otros fondos, como lo indicó la parte demandada.

Acto seguido, para abordar el problema jurídico, expuso que la Corte Suprema de Justicia ha establecido desde 2008 una jurisprudencia consolidada que subraya que al momento de un traslado de régimen pensional el fondo pensional debe cumplir con un deber de información la cual debe ser clara, veraz, oportuna, comparada y transparente. Indicando que la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha dividido las obligaciones de los fondos pensionales en tres períodos históricos. Precisando que el primer período va desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el 1 de abril de 1994, hasta la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, y que durante este período, el único deber de los fondos era el de proporcionar información clara sobre los regímenes pensionales, incluyendo sus características, condiciones, riesgos, y la existencia de un régimen de transición, para que los afiliados pudieran tomar decisiones informadas sobre su régimen pensional.

En este contexto, precisó la a quo que la administradora Davivir debía informar a la demandante sobre las características y diferencias entre los regímenes pensionales, incluyendo los requisitos y variables para obtener la pensión. Señalando que la Corte ha establecido que el deber de información debe ser detallado y pedagógico, explicando tanto los beneficios como los riesgos de cada régimen, para que los ciudadanos puedan escoger el que mejor se adapte a sus necesidades, tomando en cuenta su situación personal, laboral y económica.

Por otro lado afirmó que, a pesar de que la demandante suscribió un formulario de afiliación a Davivir en 1995, la Corte ha sido clara en señalar que la firma de este formulario no es prueba suficiente de un consentimiento informado. Por consiguiente, señaló la juez que en este caso, la demandante indicó que su afiliación se realizó sin recibir una información clara y comparativa sobre los regímenes pensionales, y solo se mencionaron algunas características del régimen de ahorro individual. Y por tanto, dado que Protección no probó haber cumplido con su deber de información, la sentenciadora de primera instancia concluye que no se puede considerar válido el traslado y que no se demostró que se haya dado cumplimiento a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en este aspecto.

Luego precisó la juez que, como consecuencia de la falta de cumplimiento del deber de información por parte de Davivir, el traslado de la demandante debe ser declarado ineficaz. Lo que en criterio de la a quo, implica que todos los dineros acumulados en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos generados, deben ser devueltos.

En cuanto a los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia (muerte), la operadora judicial de primera instancia concluye que no hay lugar a la devolución de los dineros destinados a estos seguros, ya que no se presentaron las contingencias cubiertas por dichas pólizas durante el tiempo de vigencia.

En cuanto a los gastos de administración la togada afirmó ha considerado que pese a los efectos de la ineficacia, no podía desconocerse que durante todos estos años la AFP ejerció la administración se obtuvieron unos y unos rendimientos, razón por la cual no ordenó la condena por este concepto.

Finalmente, respecto a las costas del proceso, la a quo determina que no hay lugar a condenar en costas a ninguna de las partes, pues el fondo Davivir no estuvo presente en el negocio jurídico que se declara ineficaz. Y que tampoco se podrá condenar a los demás fondos involucrados, ya que su

participación en el proceso no está relacionada directamente con el incumplimiento del deber de información.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

El apoderado de Colpensiones presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, únicamente en lo relacionado con la no imposición de condena a las demandadas por concepto de gastos de administración.

Fundamenta su recurso en que, conforme a la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Pensiones permitió la coexistencia del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), otorgando a los afiliados libertad para elegir su régimen pensional. En este sentido, sostiene que la señora María Cristina Cortés Rodríguez efectuó su traslado voluntario a una AFP privada, sin que existiera intervención alguna del Instituto de Seguro Social (ISS) o de Colpensiones en dicho proceso.

Asimismo, argumenta que la decisión de primera instancia no impone a la administradora actual de la demandante, Porvenir S.A., la obligación de asumir los gastos de administración descontados de sus aportes pensionales. Alega que estos gastos son parte integral del sistema y que, en caso de proceder el retorno de la demandante al RPM, tales costos deben ser asumidos por la administradora privada, sin que Colpensiones se vea perjudicada por una obligación económica derivada de decisiones en las que no tuvo participación.

En consecuencia, Colpensiones solicita que se revoque la sentencia en cuanto a los gastos de administración y que estos sean asumidos por la administradora privada correspondiente. Argumenta que no puede ser obligada a garantizar recursos que fueron gestionados bajo un régimen distinto al suyo y cuya administración recayó en las AFP que manejaron los aportes de la demandante

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 11 de marzo 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 a resolver consisten 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 las demandas de la condena de devolución de gastos de administración, seguros previsionales e indexación; y iii) 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 formulario de afiliación a la AFP Davivir, hoy Protección S.A. del 26 de abril de 1995 (folio 45 archivo 11 expediente digital), en donde se registra la firma de un asesor comercial, 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, más allá de toda duda razonable 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.°59), 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 29 de febrero de 2024, visible en el archivo 34 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 hubo una reunión grupal, indicado además que el asesor del fondo de pensiones era familiar del dueño de la empresa. Además relató que únicamente les hablaron de una posible pensión

anticipada, que los dineros de su cuenta eran suyos y que tenía una *tasa de ahorro* diferente a la del ISS, pero no explicaron a profundidad cuales eran los criterios para calcular la mesada pensional ni las modalidades pensionales en el RAIS, así como tampoco se explicó la diferencia entre ambos regímenes pensionales. 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 distinto al formato de vinculación que demuestre que la Colmena, hoy Protección 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 26 de abril de 1995, como lo determinó el *a quo.*

Gastos de administración

Ahora bien, frente a la inconformidad esbozada por el apoderado de Colpensiones, 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.

Empero, en virtud del principio de *non reformatio in pejus*, no es posible imponer una condena más gravosa para Colpensiones. Por esta razón, no se suprimirá ninguno de los conceptos que la operadora judicial de primera instancia determinó deben ser restituidos por la AFP demandada.

En este contexto, y considerando la postura de la Corte Constitucional, esta corporación confirma la decisión de primera instancia.

En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de febrero de 2024, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado