TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE RUTH BALLESTEROS MUÑOZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., diez (10) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, la sentencia dictada el 02 de junio de 2023 por la Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, RUTH BALLESTEROS MUÑOZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia de la afiliación del RPM al RAIS realizado a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, el 28 de junio de 1994 por existir engaño y asalto a la buena de la demandante al inducirla en error y viciar su consentimiento para que se trasladara al RAIS. En consecuencia, solicita que

se declare la ineficacia de las posteriores afiliaciones en el RAIS, pide que se ordene a PORVENIR retornar a la demandante a COLPENSIONES junto con todos los valores que hubiere recibido durante la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de la aseguradora además de los frutos, intereses y rendimientos y a Colpensiones recibir a la demandante en el RPM, sin solución de continuidad. (ver demanda folios 1 a 20, archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que las afiliaciones que realizó la demandante a las administradoras del RAIS gozan de plena validez al no evidenciar que hubiese sido engañada para realizar el traslado. Indica que la demandante no tiene derecho a que se declare la nulidad de la afiliación y que por lo tanto no hay lugar a recibir a la demandante. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó *inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y caducidad y la genérica.* (ver contestación folio 2 a 17 del archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia)

PROTECCIÓN S.A. también se opuso a las pretensiones de la demanda. Afirma que la afiliación se hizo mediante un acto jurídico existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se constata en el formulario de afiliación suscrito por la demandante en forma libre y espontánea en el año 1994 con el cual se formalizó su vinculación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes, generó derechos y obligaciones y cumple con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que la diferencia que pueda existir en el valor de su mesada pensional en el RAIS o en el RPM no implica un engaño. Refiere que la afiliación cumplió con todos los requisitos de existencia y validez por lo que produce todos los efectos jurídicos. Propuso en su defensa, *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir,*

buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o la ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o la ineficacia de la afiliación por falta de causa y por que afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica. (ver contestación folio 3 a 25 del archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia)

PORVENIR S.A. se opuso igualmente a todas las pretensiones de la demanda. Afirma que la afiliación suscrita por la demandante con esa entidad en el año 1994 fue producto de una decisión libre e informada, lo que se prueba con el formulario de afiliación del que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico. Indica que con los traslados horizontales la demandante reiteró su voluntad de permanecer y que no puede beneficiarse de una aparente condición de ignorancia. Asegura que la nulidad relativa es susceptible de saneamiento mediante ratificación, aunque tales vicios no ocurrieron. Advierte que a la demandante le aplica la restricción contenida en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de mérito las de *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación folios 2 a 35, archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 02 de junio de 2023, mediante la cual la Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere la demandante RUTH BALLESTEROS MUÑOS a COLPATRIA hoy PORVENIR el 11 de julio de 1994, con fecha de efectividad el 01 de agosto del mismo 1994, y de contera los traslados horizontales a las AFP DAVIVIR fusionada con ING hoy Protección el 30 de enero de 1998, ante Protección el 7 de enero de 1999, ante Horizonte hoy Porvenir S.A. el 25 de mayo de 2010 y finalmente el efectuado por fusión ante Porvenir S.A. en el año 2014 , por las razones antes expuestas. SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A. y a Protección S.A., a devolver a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima que cada una tenga en su poder en la actualidad por lo expuesto precedentemente. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la Historia Laboral conforme a lo antes visto. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa. QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Porvenir en favor de la señora demandante incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia, la suma de un millón doscientos mil pesos ($1.200.000). SEXTO: Por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la Nación como garante, remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en su favor. SÉPTIMO: Por secretaría, remitir copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el art. 48 de la Ley 2080 de 2021."* (Audiencia virtual, récord 55:39, archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES afirma que los traslados de la demandante a las administradoras del RAIS son totalmente válidos, al no quedar demostrado que existiera una falta en el deber de información, y si estar acreditado que la demandante por su propia voluntad permaneció en el RAIS por más de 20 años. Señala que para la fecha de la solicitud la demandante

ya se encontraba inmersa en la prohibición de traslado del literal e) del articulo segundo de la Ley 797 de 2003 pues tenía 52 años. Sostiene que la declaración injustificada de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema al permitir que personas que no han contribuido entren a beneficiarse y subsidiarse de las cotizaciones y riesgos asumidos por los demás afiliados. Solicita, en caso de confirmarse la decisión, que se ordene el reintegro de todos los recursos de la cuenta de ahorro individual[1] (Audiencia virtual, récord 57:28, archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al

---

[1] "*Muchas gracias su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación contra el fallo dictado el cual sustento en los siguientes términos sea lo primero reiterar que el traslado de régimen realizado por la actora en el año 94 y los posteriores traslados a otras administradoras del RAIS en los años 98, 99 y 2010, se presumen totalmente válidos puesto que no fue demostrado a cabalidad por la parte actora que existiere falta en la al deber de información por parte de estos administradores del RAIS, encontrándose probado por el contrario que la demandante ha permanecido en el RAIS por más de 20 años, por su propia voluntad y sin ejercer acción alguna tendiente a volver al régimen de prima media en el tiempo en que le era permitido dicho retorno, así como tampoco ha realizado acciones tendientes a indagar sobre la pertinencia, ventajas o desventajas de haberse trasladado al RAIS y permanecer en dicho régimen. De otro lado, se aclara que, si bien es cierto, la demandante solicitó Colpensiones, el retorno al régimen de prima media lo cierto es que para la fecha de dicha solicitud, en el año 2020, la actora ya contaba con 52 años de edad y por ende pues se encontraba inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen contemplada en el literal e artículo segundo de la Ley 797 del 2003 abonado lo anterior, solicito tener en cuenta las sentencias C 1024 de 2004 y la SU 130 2013, que en materia de traslado, manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados del régimen de prima media, dado que este régimen solidario se descapitalizaría. Lo anterior teniendo en cuenta que una declaración injustificada ineficacia de traslado de un afiliado al régimen de prima media al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de Colpensiones y de paso, pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados en igual sentido en la sentencia 489 de 2010, se precisa que no se puede permitir la descapitalización del fondo si personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento cuando les faltan ya menos de 10 años para concretar su pensión de vejez a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión de cuyo pago es financia el sistema, entonces desde una perspectiva social se encontraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material al permitir que personas que no han contribuido con los rendimientos a los fondos pensionales entren a beneficiarse y de subsidiarse a costa de las cotizaciones y riesgos asumidos por otros afiliados, sino por ellos mismos, Ahora bien, de considerarse por parte del honorable Tribunal de Bogotá que sea procedente acceder a las protecciones elevadas de la demanda, confirmando de esta manera el fallo en primera instancia, solicitud que se tenga en cuenta la línea jurisprudencial que indica que cuando se declara la nulidad o ineficacia del traslado desde el RAIS al régimen de prima media del régimen de prima media, al RAIS, perdón, se debe reintegrar la totalidad de las cotizaciones, es decir, los recursos de la cuenta individual de ahorro, las cuotas abonadas al Fondo de Garantía de pensión mínima los rendimientos, las anulaciones de los bonos pensionales y los porcentajes destinados a pago de seguros previsionales y gastos de administración. De esta manera sustentado el recurso. Muchas gracias su Señoría*."

Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (…) Desde esta perspectiva, si dicho 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 número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (…)*".

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones[2] la demandante tenía 26[3] años de edad y había cotizado 145[4] semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 2 años, 9 meses y 3 días)[5], y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 52 años de edad- ver folio 90 del archivo 02).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [6], [7].

---

[2] 28 de junio de 1994

[3] Nació el 05 de febrero de 1968.

[4] Ver historia laboral expedida por Porvenir, folio 96 archivo 02.

[5] Ver historia laboral expedida por Colpensiones, folio 94 archivo 02

[6] Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "*(…) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*
Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia".

[7] Sentencia STL3187-2020: "*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos,*

Según dicho criterio, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación *"(…) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) "*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias*». Además –dice la Corte- (ii) "*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"*; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible "*en*

---

estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".

tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social" (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, los asesores le indicaron que el ISS se iba a acabar y que por eso estaban surgiendo nuevos fondos donde se podría pensionar en mejores condiciones, pero no le informaron cual era el funcionamiento, ventajas, desventajas y requisitos del RAIS o las diferencias con el RPM. (Audiencia virtual del 02 de julio de 2023, récord 3:35).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual*

connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social" -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR y PROTECCIÓN la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo rendimientos, gastos de administración, comisiones y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima a cargo de aquella debidamente indexados, pero se ADICIONARA en el sentido de ordenar a los fondos devolver las primas de seguros previsionales. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993[8]), los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el

---

[8] *"En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes".*

efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

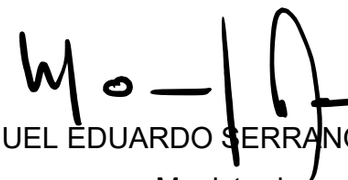
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** al numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para ordenar a la AFP PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A devolver las primas de seguros previsionales pertenecientes a la cuenta de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.
2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
4. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE EGIDIO SALAMANCA MORENO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., diez (10) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 10 de julio de 2023 por la Juez Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, EGIDIO SALAMANCA MORENO presentó demanda contra COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad e ineficacia* del traslado realizado del Instituto de Seguro Social a HORIZONTE hoy PORVENIR y a COLFONDOS por no haber recibido ninguna asesoría o información comprensible precisa y oportuna sobre los beneficios y consecuencias de los traslados. Pide que se condene a las administradoras del RAIS trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados

por el actor, cotizaciones, gastos de representación y bonos, junto con todos los frutos, intereses y rendimientos, y a COLPENSIONES a validar los aportes e incorporarlos en la historia laboral debidamente detallados (folios 1 a 29, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas del auto admisorio, las demandadas contestaron la demanda mediante apoderados para la litis.

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación se realizó en virtud del derecho de la libre escogencia de fondo pensional, siendo el RAIS su elección. Indica que los asesores brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado horizontal acerca de las características y funcionamiento del RAIS y de las diferencias con el RPM. Sostiene que no se puede dejar sin efecto un acto jurídico que nació a la vida sin que existieran vicios del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus actos y la genérica.* (ver contestación 1 a 26 del archivo 06 del expediente digital).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso igualmente a las pretensiones. Aduce que el traslado del demandante a Horizonte fue producto de una decisión libre e informada de él tras haber sido asesorado sobre las implicaciones de su decisión, lo que se acredita con la declaración escrita a la que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Asegura que en todo caso el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa la cual es susceptible de saneamiento mediante ratificación. Advierte que al demandante le es aplicable la restricción contenida en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso como excepciones de mérito: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (ver contestación folios 2 a 27, archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES también se opuso a las pretensiones de la demanda. Afirma que la acción solo se proyecta con el fin de tener beneficios económicos e indica que el traslado se encuentra ajustado al articulo 13 de la Ley 100 de 1993 toda vez que el demandante no solo se trasladó al RAIS, sino que ratificó su afiliación de manera tácita con el cambio a otra AFP. Señala que, de acuerdo al artículo 2.6.10.1.4 del Decreto 2255 de 2010, el afiliado debe estar pendiente de su estatus pensional, y que los afiliados no se pueden trasladar de régimen cuando les falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión. Formuló como excepciones de merito las de *inexistencia afectación por protección judicial SL 373- 2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de la nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la genérica.* (ver contestación folios 2 a 15, archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 10 de julio de 2023, mediante la cual la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR no cumplió con el deber de información, caracterizado por la entrega de elementos suficientes y necesarios sobre las características, modalidades, desventajas y la forma como se calcula el monto de la pensión, que permitiera elegir al demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: "*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor EGIDIO SALAMANCA MORENO al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de mayo de 1998, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy en día por COLPENSIONES, todo como se dijo en la parte*

considerativa de esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., que traslade los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor EGIDIO SALAMANCA MORENO quien se identifica con C.C. 79.289.790, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES.TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES que active la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y proceda a actualizar su historia laboral. CUARTO: DECLARAR no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado. QUINTO: Las costas de esta instancia están a cargo de las demandadas COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y la AFP COLFONDOS S.A. Señalándose como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de cada una de estas y a favor de la parte demandante. SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior por cuanto resulto ser adversa a los intereses de COLPENSIONES." (Audiencia virtual, récord 1:01:26 archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLFONDOS, pide que se revoque la orden de retornar al RPM los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y la indexación. Asegura que los gastos de administración fueron descontados por disposición legal y con ellos se generaron unos rendimientos superiores a los que pudo tener el demandante en el RPM. Indica que con la compra de los seguros previsionales el demandante ha estado amparado contra los riesgos de invalidez y muerte cumpliendo tales sumas con su destinación. Señala que de todas formas estos conceptos son de tracto sucesivo y se encuentran prescritos pues no financian la pensión de vejez. Sostiene que no hay lugar a la indexación en tanto con la devolución de los rendimientos se encuentra más

que compensada[1] (Audiencia virtual, récord 1:05:18 archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES, asegura que la afiliación a Horizonte hoy Porvenir y a Colfondos se realizó de manera libre y voluntaria por parte del afiliado quien suscribió el formulario de afiliación y fue consiente de la información suministrada por la AFP. Reitera que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado al faltarle menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.[2] (Audiencia virtual, récord 1:08:58 archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

---

[1] "*Su señoría estando dentro la oportunidad procesal pertinente me permito presentar mi recurso de apelación esto en virtud del artículo 65 del código procesal del trabajo y de la Seguridad Social sea lo primero manifestar que en lo relacionado con la condena principal se solicita no se ordene a mi representada retornar el régimen de prima media con prestación definida los gastos de administración porque se causan y descuentan por disposición legal mas no por capricho de la administradora del RAIS quien por ende son exequibles vigentes y exigibles. Ahora bien haciendo una lectura al decreto 2555 del 2010 contrario como siempre se a concebido los mismos estos tienen una destinación específica en exactamente 11 gastos de los cuales el primer gasto es para garantizar la defensa judicial del fondo otros para la compra de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia en virtud de los cuales la actora ha estado amparado por los riesgos de invalidez y muerte y lo estará incluso hasta la ejecutoria de este fallo, es decir que la contratación y pago de las pólizas previsionales cumplieron y siguen cumpliendo su específica destinación los otros 9 gastos son destinados únicamente para realizar las inversiones que hacen los fondos privados que generan rendimientos que son depositados diariamente en las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados para el caso de Colfondos es la AFP que mejor uso hace de los gastos de administración ya que es la de mayor rentabilidad general el mercado dado que la rentabilidad mínima exigida es de un promedio de 4.50 y Colfondos SA pensiones y cesantías siempre ha generado sobre un 8% de rentabilidad es decir casi el doble en la rentabilidad mínima exigida a su vez si se analiza la rentabilidad que genera mi mandante esta es muy superior a la rentabilidad que genera Colpensiones en la inversión de los test por lo que si se hace un estudio equivalencia financiera de los dineros de la cuenta ahorro individual con rendimientos generados que finalmente se trasladarían con destino a Colpensiones ello arrogaría que los rendimientos producto de la administración de los recursos pensionales que ha realizado col fondos son diametralmente superiores a los rendimientos que se podría generar en el régimen de prima media la aquí demandante de haber permanecido en él es por lo anterior que ordenar a Colfondos devolver los gastos de Administración generaría un enriquecimiento injustificado de parte del fondo que va a recibir los aportes del demandante máxime cuando ni los gastos de administración y ni el porcentaje destinado a la contratación y pago de pólizas previsionales son factor de financiación de la pensión de vejez en el régimen de prima media además se trata de conceptos de tracto sucesivo que sean causado con la Ley por tanto aquellos que no se reclamaron dentro de los 3 años siguientes a su causación se encuentran prescritos por otra parte estos recursos no están en poder de Colfondos y en la etapa de fijación del litigio jamás se estableció la devolución de dineros que estuvieran en poder de terceros que ni siquiera fueron vinculados al proceso violando su derecho de defensa y contradicción al paso de que dichas garantías también serían desconocidos para Colfondos. Ahora bien, no será posible que se ordene la indexación de los conceptos que llegarán a ordenarse devolver al régimen de prima media con prestación de indefinida porque los rendimientos generados por mi representada en todo caso son superiores a los rendimientos que hubiesen podido generar el Instituto de seguros sociales hoy Colpensiones son mayores sí en la parte no se hubiera trasladado nunca de este régimen quedando más que compensados en ese sentido los mismos. En este sentido dejo presentado mi recurso de apelación muchas gracias.*"

[2] "*Gracias señora juez en esta etapa procesal me permito interponer el recurso de apelación contra el fallo proferido por su despacho el cual procedo a sustentar de la siguiente manera*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos*

---

en primer lugar como lo dije en los alegatos de conclusión me opongo a que la de la nulidad y la afiliación realizada por el señor Egidio Salamanca Moreno en un principio a la AFP Horizonte hoy Porvenir y posteriormente el 8 de mayo del 99 a Colfondos esto teniendo en cuenta que la afiliación se realizó conforme a derecho exactamente conforme a lo establecido en el artículo segundo de la ley 797 ya que la misma se realizó de forma libre y voluntaria por parte del afiliado quien firmó el formulario de afiliación y fue consciente de la información suministrada por el funcionario de la AFP al momento de realizar el traslado como lo manifesté en los alegatos señora juez me apartó del análisis realizado por la honorable Corte Suprema de Justicia respecto a las nulidades e ineficacias de traslado y también respecto a su análisis en la sentencia dictada también teniendo en cuenta que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de realizar su traslado ya que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez esa norma encuentra fundamento constitucional en la sentencia C-189 del 2002 al encontrarse como una norma adecuada, proporcional y necesaria que busca un fin constitucionalmente legítimo y es evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida que se produciría sí se permitirá que las personas que no han contribuido a dicho fondo se trasladaran nuevamente en ese sentido dejo presentado mi recurso señor juez. ”.

al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (…) Desde esta perspectiva, si dicho 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 número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (…)".

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 34[3] años de edad y había cotizado 750.71[4] semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 9 años, 11 meses y 3 días)[5], y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para acceder al derecho pensional (tenía 58 años de edad, folio 30 del archivo 01 y archivo 03 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que

---

[3] Nació el 21 de julio de 1963, folio 30 archivo 01.

[4] Ver historia laboral expedida por Colpensiones, folios 31 a 34 archivo 01, expediente digital, trámite de primera instancia.

[5] *Ibídem*.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [6], [7]. Según dicho precedente, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación *"(…) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) "*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias*». Además –dice la Corte- (ii) "*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la*

---

[6] Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "*(…) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*
Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia".

[7] Sentencia STL3187-2020: "*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes"*.

validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) y -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*" (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues HORIZONTE hoy PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado. En palabras de esa Corporación, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del*

cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según dijo, en una reunión en su lugar de trabajo los asesores del fondo le indicaron que el ISS se iba acabar y que en horizonte podría obtener una mayor rentabilidad además de poder pensionarse de manera anticipada, pero que no le indicaron la forma de acceder a estos beneficios, ni cuales eran las diferencias con el RPM. (ver archivo 18 del expediente digital, récord 14:36).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*" -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo los gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados, pero en virtud de la consulta a favor de COLPENSIONES se adicionará para ordenar a PORVENIR que efectúen la devolución de los gastos de administración y las comisiones pertenecientes a la cuenta del demandante, a la administradora del RPM, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliada en ella. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias

utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan, por tener que asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en esta instancia a cargo de Colfondos.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** al numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para ordenar a la AFP PORVENIR a devolver los gastos de administración y las comisiones cobradas en la cuenta del demandante mientras fue su afiliado, para que sean trasladados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
3. **CONFIRMARLA** en todo lo demás**.**

4. COSTAS de la apelación a cargo de Colfondos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS ($1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE MARTHA HOLINDA PÉREZ ALVARADO CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., diez (10) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 06 de julio de 2023 por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARTHA HOLINDA PÉREZ ALVARADO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación o traslado a PORVENIR, con fundamento en que la información brindada por el fondo fue *deficitaria* al no informarle cuales eran las ventajas de estar en el RAIS o en el RPM, o sobre la forma en que se construía la pensión, cómo se generaban los rendimientos, las condiciones para pensionarse de manera anticipada, entre otras características. En consecuencia, pide que se declare vigente y sin solución de continuidad su

afiliación al ISS hoy COLPENSIONES, se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorro individual durante el tiempo que estuvo cotizando, incluyendo los rendimientos financieros, y a COLPENSIONES aceptar su reingreso o traslado junto con los aportes provenientes del RAIS. (ver demanda folios 1 a 15, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

PORVENIR S.A. se opuso a todas las pretensiones, declaraciones y condenas. Afirma que la demandante se trasladó luego de recibir información trasparente y necesaria la cual le permitió comparar los regímenes y tomar una decisión acorde a sus intereses pensionales, lo cual consta en el formulario de afiliación que firmó, documento *público* que se presume auténtico. Señala que no es posible declarar que la demandante se encuentra afiliada al RPM cuando ha realizado aportes de manera voluntaria y continua por más de 23 años en el RAIS sin mostrar inconformidad alguna. Advierte que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y genérica (ver contestación folios 2 a 37, archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES también se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que no se aporta prueba de que a la demandante se le hiciera incurrir en error por falta al deber de información por parte de la AFP o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo. Además, no advierte alguna anotación de la que se pueda inferir que hubo alguna inconformidad de la demandante con el RAIS y, por el contrario, las documentales dan cuenta de que su afiliación se hizo de manera libre y voluntaria. Asegura que no se cumplen los presupuestos de la sentencia SU-062 de 2010 y no procedería el traslado conforme lo previsto en la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil,*

inexistencia del derecho y de la obligación por no reunir los requisitos legales, prescripción y caducidad*, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la genérica* (ver contestación folio 2 a 24 del archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Terminó la primera instancia con sentencia del 06 de julio de 2023, mediante la cual la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere la señora MARTHA HOLINDA PEREZ ALVARADO identificada con la C.C. No. 52.010.712, efectuada ante la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., con fecha de solicitud 06 de diciembre de 1999, inicio de efectividad 01 de febrero de 2000, 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 ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 MARTHA HOLINDA PÉREZ ALVARADO, esto es, cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinada para garantía de la pensión mínima para lo cual se le concede el término de 45 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a*

recibir de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinada para garantía de la pensión mínima que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. CUARTO: SIN CONDENA en costas. QUINTO: De no ser apelada la presente sentencia por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, enviarla en consulta en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS." (Audiencia virtual, récord 48:22, archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES afirma que la sentencia debe incluir, el porcentaje de las primas de seguros previsionales y los gastos de administración, por lo que solicita se modifique y adicione la decisión para incluir la devolución de estos conceptos[1] (Audiencia virtual, récord 50:05, archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional,

---

[1] "*Gracias señoría de manera respetuosa y atendiendo a las instrucciones impartidas por la entidad que represento interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida únicamente en el apartado correspondiente a la orden de reintegro de los recursos al régimen de prima media para que el honorable Tribunal Superior Sala Laboral modifique la decisión antes proferida en el sentido que frente a la declaratoria de ineficacia del traslado cuando esta tiene efecto y conforme a la jurisprudencia base de la sentencia del honorable juez 29 laboral esta debe incluir no solo los valores mencionado en la decisión proferida en primera instancia si no también lo correspondiente al porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración por esta razón honorables magistrados de manera respetuosa le solicito modificar o adiciona a la decisión y efectivamente retornar al régimen de prima media no solo los valores ya relacionados sino también el porcentaje destinado al pago de los seguros previsionales y gastos de administración, muchas gracias.*"

las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (…) Desde esta perspectiva, si dicho 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 número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (…)*".

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la

demandante tenía 28[2] años de edad y había cotizado 306,86[3] semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 3 años, 9 meses y 29 días)[4], y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (tenía 51 años de edad- ver folio 32 del archivo 01 y archivo 02 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [5], [6]. Según dicho precedente, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado

---

[2] Nació el 29 de septiembre de 1970.

[3] Ver historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, válida para bono pensional, folio 84 archivo 06.

[4] *Ibídem*

[5] Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "*(…) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*
Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia".

[6] Sentencia STL3187-2020: "*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes"*.

cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación *"(…) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) "*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias*». Además –dice la Corte- (ii) "*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"*; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe si para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*" (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, el asesor del fondo le indico que los fondos privados iban a remplazar a Colpensiones y que en ellos iba poder acceder a una pensión más alta pero que en ningún momento le explicó las características, ventajas y desventajas del RAIS o del RPM. (Audiencia virtual del 06 de julio del 2023, récord 8:30).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*" -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo rendimientos y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, pero se adicionará para ordenar a esa administradora que proceda a la devolución de los gastos de administración y montos de los seguros previsionales generados durante la afiliación (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993[7]), los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

SIN COSTAS en esta instancia.

---

[7] *"En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes".*

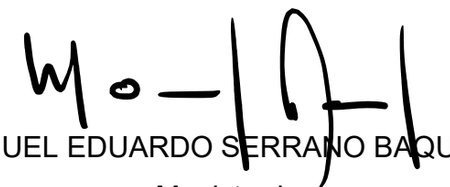
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** al numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para ordenar a la AFP PORVENIR S.A. devolver los gastos de administración y las comisiones pertenecientes a la cuenta de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.
2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
4. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE ANA RUBY SANTOS HURTADO CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., diez (10) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 21 de junio de 2023 por el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ANA RUBY SANTOS HURTADO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que la AFP PORVENIR faltó al deber de informar de manera clara, completa, veraz, oportuna adecuada, suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen pensional y, en general, sobre las prestaciones económicas que obtendría en régimen de ahorro individual con solidaridad, los riesgos, beneficios y desventajas. En consecuencia, pide que se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, que para todos los efectos jurídicos siempre

ha permanecido en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad, y se ordene a PORVENIR devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero recibidas tales como bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de administración que fueron descontados durante su afiliación, y a esta última a reactivar su afiliación y recibir las sumas devueltas del RAÍS, actualizar y corregir su historia laboral (ver demanda folios 6 a 21, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, afirmando que no se allega al expediente prueba siquiera sumaria que indique que la administradora de fondos de pensiones del RAIS faltó al deber de información, por el contrario, los elementos aportados dan cuenta de que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación con Porvenir. Señala que no es posible tener a la demandante como afiliada en el RPM pues lleva más de 20 años afiliada al RAIS por lo que recibirla afectaría la sostenibilidad financiera del sistema y, además, actualmente se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 debido a que ya adquirió la edad de pensión. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adiciono el articulo 48 de la constitución política), buena de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la*

genérica. (ver contestación folio 2 a 33 del archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia)

PORVENIR S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda. Aduce que el traslado de régimen pensional de la demandante fue válido y estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria para que tomara una decisión informada, libre y voluntaria respecto de las condiciones, características y naturaleza del régimen al que pretendía su traslado, y que fue hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015 que esas AFP adquirieron la obligación de asesoría e información, por lo que no se le pueden exigir obligaciones inexistentes para la fecha del traslado. Con independencia de ello, dice que las condiciones del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la actora podía validar en cualquier momento el contenido de la información brindada y demás aspectos que considerase necesarios. Refiere que no se aportan pruebas que permitan indicar que su traslado se dio bajo algún vicio del consentimiento a partir de lo cual se pueda concluir que dicho negocio jurídico es nulo. Indica que en los hechos de la demanda se *alegando la propia culpa en su beneficio* pues la demandante contó con múltiples oportunidades para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada. Formuló como excepciones de fondo: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (ver contestación folios 2 a 31 del archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia.)

Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de junio de 2023, mediante la cual el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes

pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas. SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante ANA RUBY SANTOS HURTADO a través de PORVENIR S.A., de fecha 08 de agosto de 2000. TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la demandante ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen. CUARTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante ANA RUBY SANTOS HURTADO como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) SMLMV. Sin costas respecto de COLPENSIONES. SEXTO. En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta."* (Audiencia virtual, récord 1:23:49, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR, pide se revoque el fallo de primera instancia con fundamento en que los gastos de administración fueron debidamente invertidos y no se encuentran en poder de la entidad. Indica que con las sumas destinadas al pago de las primas de seguro previsional se aseguró a la demandante durante su afiliación contra los riesgos de invalidez y muerte de acuerdo a la estructura del RAIS. Sostiene que tampoco hay lugar a la indexación, al representar una doble condena. Solicita, en caso de revocarse la sentencia, que se desestime la condena en costas[1] (Audiencia virtual, récord 1:25:59, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y que actualmente se encuentra inmersa en la prohibición de traslado por lo que considera improcedente su afiliación al RPM. Indica que sería pertinente realizar un estudio de rentabilidad para poder establecer si es viable o no el traslado. Sostiene que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico por lo que considera no puede

---

[1] *Su señoría muchas gracias siendo el momento procesal oportuno interpongo recurso ordinario de apelación ante el Tribunal Superior del distrito de Bogotá sala laboral solicitando se revoque el fallo de primera instancia lo anterior honorables magistrados por cuanto a juicio de mi representada las sumas correspondientes a los gastos de administración que se ordena en el presente caso trasladar tiene una designación legal específica por mandato legal la cual fue plenamente cumplida por mi representada de tal suerte que esta suma ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentra en poder de la demandada pues fueron precisamente destinadas a cubrir todos los gastos de administración que implicaron la correcta administración valga la redundancia los recursos aportados a la cuenta individual de la demandante principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento de renta o rentabilidades de recursos y cuyos rendimientos fueron reconocidos a la accionante de igual manera se considera que las sumas destinadas al pago del seguro previsional no deben ser trasladadas al régimen de prima media en la medida que durante el periodo de afiliación de la demandante la AFP cumplió con la finalidad de proporcionar a la afiliada el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte es decir se invirtieron conforme con la estructura del régimen de ahorro individual además la devolución de los emolumentos indexados ordenado en el fallo de primera instancia se traduce en una doble condena a mi representada toda vez que también se condena el reintegro los rendimientos de tal manera si se debe regresar estos últimos valores que son dineros actuales no se puede entonces generar una entrega de dichas sumas también indexadas ya que ellos generan una actualización de la moneda con lo cual se estaría generando una doble condena por el mismo concepto finalmente lo que corresponde a las agencias en derecho debe aclararse que desestimaba la ineficacia del traslado de régimen pensional de la devolución de los dineros que se encuentra en la cuenta de ahorro individual de la demandante consecuencialmente deberá desestimarse la condena en costas puesto que según lo establecido en el artículo 366 del código general del proceso aplicable a estos casos por cuenta del artículo 145 del código procesal del trabajo de la Seguridad Social solo se aplica en casos de que sea vencida en la sentencia en primera instancia o al ratificarse por el superior lo hecho por el juez de primera muchas gracias su señoría.*"

verse perjudicada ni favorecida con la decisión judicial[2] (Audiencia virtual, récord 1:28:21, archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

---

[2] "*Gracias su señoría encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Laboral con el fin de que revoque en su integridad la sentencia proferida por este juzgador de instancia teniendo en cuenta las siguientes consideraciones le solicitó al honorable tribunal se tenga en cuenta que el artículo dos de la ley 797 de 2003 determinó la posibilidad de que el afiliado se traslade régimen una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial sin embargo por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional esta misma norma limitó este derecho cuando el afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión salvo aquellos afiliados que tuviesen 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones para quienes se conservó el derecho a regresar al régimen de prima media en cualquier momento es decir para aquellos afiliados y beneficiarios del régimen de transición está limitación se justifica en las adiciones efectuadas mediante el acto legislativo 01 de 2005 el artículo 48 de la Constitución Política y por lo tanto debe señalarse que todas las actuaciones por parte de Colpensiones deben estar encaminadas siempre al cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y a las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y el acto legislativo 01 de 2005 que busca proteger tal principio aunado a lo anterior se tiene que en el presente caso la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para proceder su traslado en cualquier tiempo como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C- 789 de 2012, 1024 de 2004, SU - 1062 de 2010 y SU 130 de 2013 en las cuales se indicó que la única condición prevista con la cual se permite el traslado de régimen es que el afiliado acredite ser beneficiario del régimen de transición al haber efectuado cotizaciones por 15 años con anterioridad al primero de abril de 1994 situación como ya se mencionó en el presente caso no se da pues a la entrada en vigencia el sistema general de pensiones la demandante no contaba con 15 años de cotizaciones por lo que no es procedente el traslado en cualquier tiempo de conformidad con la jurisprudencia antes citada por lo anterior se tiene en cuenta que la demandante elevo solicitud de traslado al régimen de prima media administrado por Colpensiones hasta el 15 de septiembre de 2021 y al verificar su cédula de ciudadanía se obtiene que para aquella época contaba con 57 años de edad y al no contar con 15 años de cotización al primero de abril de 1994 no quedaría otra alternativa sino la de concluir que la señora Ana Ruby Santos Hurtado se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de traslado y por ende resultaría a todas luces improcedente por parte de Colpensiones tener como afiliada a la demandante salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, en igual sentido honorables magistrados les solicito se tenga en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU 062 de 2010 en relación al estudio de rentabilidad por medio del cual se estableció que el cálculo de rentabilidad es una operación tendiente a determinar si el afiliado que se traslada al régimen de prima media y que le faltaren 10 años para pensionarse cumple con el requisito de ahorro realizado el primero no debe ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubiese permanecido en el régimen de prima media así poder establecer si procede o no el traslado medida qué se adopta en aras de proteger la sostenibilidad del sistema principio contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política por último honorables magistrados es de tener en cuenta el principio de relatividad jurídica toda vez que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado y estos actos jurídicos tienen efectos Inter partes por lo que independientemente de la decisión adoptada mi representada no puede verse ni favorecida, ni perjudicada conforme a lo anteriormente expuesto ruego al honorable Tribunal se revoque la sentencia proferida en esta instancia y se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de esta forma dejo sustentado el recurso muchas gracias su señoría."*

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (…) Desde esta perspectiva, si dicho 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 número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y*

pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (…)".

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 36[3] años de edad y había cotizado 42[4] semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía, 3 meses y 9 días)[5], y para la fecha de presentación de la demanda ya contaba con la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 57 años de edad- ver folio 23 del archivo 01 y archivo 02 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [6], [7].

---

[3] Nació el 13 de febrero de 1964.

[4] Ver historia laboral expedida por Colpensiones, expediente administrativo.

[5] Ver historia laboral expedida por el Ministerio de hacienda, folio 77 archivo 06 e ibidem.

[6] Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "*(…) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*
Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia".

[7] Sentencia STL3187-2020: "*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una*

Según dicho precedente, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación *"(…) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) "*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias*». Además –dice la Corte- (ii) "*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"*; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los*

---

cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes"

derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social" (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, los asesores le indicaron que en ese momento el ISS se iba a acabar, pero no le informaron cuales eran las características o el funcionamiento del RAIS (Audiencia virtual del 21 de julio de 2023, récord 17:16).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*" -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales

como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo rendimientos, gastos de administración, primas se seguros previsionales y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima a cargo de aquella debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993[8]), los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Finalmente, se confirmará la condena en costas a PORVENIR, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el

---

[8] *"En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes".*

proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

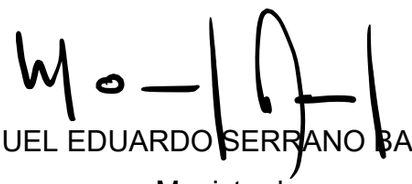
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,

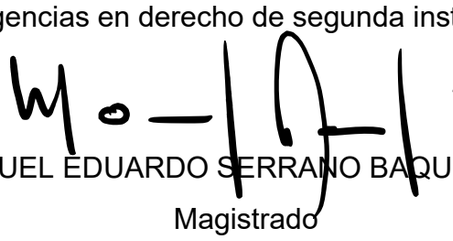


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS ($1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado