

**TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO** – Considera la Sala que, con el precedente jurisprudencial sobre la materia, los promotores de la AFP ante la suscripción del formulario de afiliación tenían no solo el deber sino la obligación de brindarle a la demandante, una asesoría personalizada, analizando las circunstancias particulares, y mostrando aspectos concretos de su situación pensional. /

**HECHOS:** La demandante (LYBS) solicita que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada inicialmente por la AFP PORVENIR S.A a COLPENSIONES, seguida a la AFP COLFONDOS y finalizando nuevamente con la AFP PORVENIR S.A, por ser actos jurídicos que carecen de validez al existir vicio en el consentimiento en razón de la omisión del deber información, asimismo que se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, hoy administrado por COLPENSIONES; que se condene a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes que la demandante efectuó al Régimen de Ahorro Individual. El Juez Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, concedió las pretensiones de la demanda. La Sala debe analizará, si debe confirmarse la decisión de declarar la ineficacia de afiliación de régimen inicial de la demandante.

**TESIS:** (...) Conforme al artículo 271 en concordancia con el literal b) del artículo 13 de la Ley 100, los trabajadores tienen la opción de elegir “libre y voluntariamente” aquel de los regímenes que mejor les convenga y consulte sus intereses, y por ello, si alguna persona jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, se genera como consecuencia la ineficacia de la afiliación. (...) La Sala laboral de la Corte Suprema ha desarrollado un precedente pacífico y sobre el origen del deber de información, ha señalado que éste cada vez involucra un mayor nivel de exigencia a medida que se genera una conciencia de las implicaciones, derechos y deberes que implica la afiliación al sistema general de pensiones; identificando tres etapas de acuerdo a la normativa vigente que regula y desarrolla este tema. (...) a) DEBER DE INFORMACIÓN. Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales; b) DEBER DE INFORMACIÓN, ASESORÍA Y BUEN CONSEJO. Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle; y c) DEBER DE INFORMACIÓN, ASESORÍA Y BUEN CONSEJO Y DOBLE ASESORÍA. Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. (...) Precisamente por las diferencias estructurales que han existido desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 entre ambos regímenes, era absolutamente necesario que quien se decidiera por uno u otro conociera de antemano sus características esenciales. Solo así, la decisión de pertenecer al RPM o al RAIS habría sido libre y voluntaria. En otras palabras, si una persona desconoce las características del régimen al cual se afilió o se trasladó, su decisión no habría sido plenamente consciente y, por tanto, no habría sido tomada bajo una libertad informada. (...) El caso concreto, la demandante nació el 20 de mayo de 1969, por lo que en este momento cuenta con 55 años. ii) Se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad suscribiendo formulario con solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A. el 27 de julio de 1995. iii) Se observa que en algunos períodos entre octubre de 1996 y febrero de 1997 los empleadores efectuaron cotizaciones al RPM, sin que esto en manera alguna hubiese significado un traslado de régimen. Para aquella época éste sólo podía efectuarse válidamente por una sola vez cada 3 años, una vez efectuada la selección inicial en los términos del artículo 13 literal e) de la Ley 100 en su versión original. Finalmente, se trasladó a COLFONDOS S.A. suscribiendo la vinculación el 20 de abril de 1998, AFP en la que se encuentra en la actualidad. (...) En efecto, el

conjunto del acervo probatorio en manera alguna lleva al convencimiento de que los asesores de AFP PORVENIR S.A. hubiesen informado a la demandante sobre las características mínimas que se han descrito, conclusión a la que se llega después de analizar el formulario de afiliación con las demás pruebas del proceso y la tesis de defensa planteada por la pasiva en sus diferentes intervenciones a lo largo del trámite, referida a la ausencia de otra prueba relacionada con la información efectivamente suministrada, exponiendo que para la época en que se concretó la afiliación ésta se efectuaba de manera verbal y no cuenta con material probatorio que muestre la información efectivamente suministrada. (...) Debe entonces la Sala CONCLUIR, conforme las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado, que resulta procedente CONFIRMAR la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación de régimen. (...) Se ha explicado en la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral que por no encontrarse una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación Civil, es pertinente acudir al precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, es decir, al artículo 1746 del Código Civil, y así concluir que el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, como se memoró en la sentencia CSJ SL2877-2020. (...) El artículo 7º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, en criterio de esta corporación no le asiste razón a la AFP a lo largo de su intervención en este proceso cuando refiere que “las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder”, debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones. Y de otro lado, se encuentran los claros fundamentos normativos para señalar, contrario a lo que se define en la sentencia SU 107 del 2024, que se trata de unas sumas que se deben trasladar a COLPENSIONES. (...) Finalmente, se advierte que si bien las AFP sustentan su argumento referido a que no deben trasladarse los gastos administración y prima de seguro previsional amparándose en el Concepto del 17 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, este en manera alguna tiene carácter vinculante y en él se invoca el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008 norma que fue expedida para efectos de traslado en asuntos de múltiple vinculación, situación que no corresponde a la aquí ventilada. Es el conjunto de consideraciones precedente que llevan a esta corporación en este aspecto a CONFIRMAR la providencia que se revisa.

MP: ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

FECHA: 22/07/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



## RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

### TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

### SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintidós (22) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA  
DEMANDANTE: LUCY YASMINA BLANDÓN SÁNCHEZ  
DEMANDADO: AFP PORVENIR S.A. - COLFONDOS S.A.-  
COLPENSIONES  
RADICADO: 050013105 023 2021 00048 01  
ACTA N°: 051

La Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ** y **HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO**<sup>1</sup> se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **LUCY YASMINA BLANDÓN SÁNCHEZ** para pronunciarse en virtud de los recursos de apelación de **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS**, así como en grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado **Veintitrés** Laboral del Circuito de Medellín finalizó la primera instancia.

La Magistrada del conocimiento, doctora Ana María Zapata Pérez, declaró abierta la audiencia. A continuación, la Sala, previa deliberación sobre el asunto, como consta en el **acta 051** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

#### 1. LA DEMANDA<sup>2</sup>

Se pretende con este proceso básicamente lo siguiente: Se **DECLARE** Se declare la ineficacia de la afiliación efectuada inicialmente por la AFP PORVENIR S.A a COLPENSIONES, seguida a la AFP COLFONDOS y finalizando nuevamente con la AFP PORVENIR S.A, por ser actos jurídicos que carecen de validez al existir vicio en el consentimiento en razón de la omisión del deber información y el no cumplimiento de las obligaciones que taxativamente le señalan los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994. Se **DECLARE** válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, hoy administrado por COLPENSIONES. Se **CONDENE** COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos y cada uno de los aportes que el poderdante efectuó al Régimen de Ahorro Individual, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de

---

<sup>1</sup> La Magistrada María Patricia Yepes integrante de la Sala Sexta de Decisión de este Tribunal presentó impedimento para continuar actuando en este proceso el que fue oportunamente aceptado. Ante la nueva composición de la Sala y al no presentarse diversidad de criterio entre los otros dos integrantes de la Sala se profiere la decisión de fondo.

<sup>2</sup> 01PrimeralInstancia / Archivo 02DemandaPoder/ págs. 3 - 12

administración. Se **CONDENE** a las entidades demandadas a lo que ultra y extra petita, resulte debatido y probado en el transcurso del proceso. Se **CONDENE** a las entidades demandadas al pago de las costas procesales y agencias en derecho que decrete el juez.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** La señora LUCY YASMINA BLANDÓN SÁNCHEZ nació el 20 de mayo de 1969. Inició sus cotizaciones en el Régimen de Ahorro individual afiliándose a la AFP PORVENIR S.A., posteriormente en el mes de octubre de 1996 se trasladó al Régimen de Prima Media administrado en su momento por el Instituto de Seguros Sociales (ISS) y nuevamente en el mes de mayo de 1997 se trasladó de Régimen afiliándose a la AFP PORVENIR S.A donde estuvo hasta el mes de abril de 1998. **ii)** En el mes de mayo de 1998 se traslada a COLFONDOS S.A. donde estuvo afiliada hasta marzo de 2002, aunque en agosto estuvo afiliada nuevamente en COLPENSIONES y luego en abril de 2002 se afilia nuevamente a PORVENIR. **iii)** En los meses de julio y agosto del 2020, se enviaron reclamaciones administrativas a las AFP PORVENIR y COLFONDOS, respectivamente, en las cuales se solicitaron las pruebas de asesoría inicial y reasesoría, como también, un reporte de cotizaciones de todo el tiempo de afiliación, una proyección de las mesadas pensionales y la solicitud de traslado con destino al Régimen de Prima Media. Ninguna AFP aportó en la respuesta la prueba de las asesorías, en virtud de que se realizaban de manera verbal. Por su parte, PORVENIR contestó argumentando que no era posible efectuar el traslado, por cuanto la afiliada se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. **iv)** Afirma que las AFP no le brindaron información clara ni precisa frente al estado final de su pensión al momento de afiliarla al régimen privado; por lo que podemos inferir que se violentó no solo el deber de información, sino también los principios de la buena fe y la transparencia al no realizar a mi poderdante una asesoría que le permitiera tener un contexto claro acerca de las condiciones de su pensión al terminar su historia laboral. Como se podrá evidenciar, una buena asesoría le permitiría a la señora LUCY YASMINA BLANDÓN SÁNCHEZ afiliarse en su momento al Régimen de Prima Media, teniendo en cuenta sus situaciones particulares como son la fecha de ingreso al empleo y su IBL (Ingreso Base de Liquidación), los cuales no resultaban aptos para pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

## 2. CONTESTACIONES

### 2.1. PORVENIR S.A.<sup>3</sup>

Con providencia del 04 de 2022 se tuvo por no contestada la demanda respecto a la AFP PORVENIR SA. , oportunidad en la que se afirmó que teniendo en cuenta la constancia de notificación presentada por el accionante donde se observa el acuse de recibido por parte de la AFP al cual se adjuntó la demanda y el auto admisorio del 02 de maro de 2021, una vez fenecido el termino para replicar el 11 de marzo de 2021, no se encontró contestación alguna. La decisión no fue recurrida

---

<sup>3</sup> 01PrimeralInstancia / Archivo 24AutoDaPorNoContestadaFijaFecha

## 2.2. COLFONDOS.<sup>4</sup>

La entidad se opuso a las pretensiones. Propuso como excepciones las que denominó: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, GENÉRICA, AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO.

## 2.3 COLPENSIONES<sup>5</sup>

La entidad se opuso a las pretensiones. Propuso como excepciones las que denominó: FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE ACEPTAR LA VINCULACIÓN AL RPMPD ADMINISTRADO POR COLPENSIONES, DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, BUENA FE, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES.

## 3. SENTENCIA<sup>6</sup>

En la audiencia del **30 de enero de 2024** el **JUEZ VEINTITRÉS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN** tomó las siguientes decisiones:<sup>7</sup> **i) DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación a PORVENIR S.A., y a COLFONDOS S.A. de la señora LUCY YASMINA BLANDÓN SÁNCHEZ identificada con cédula de ciudadanía 39.305.758, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia. **ii) CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A., a que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia traslade con destino a COLPENSIONES el valor de la cuenta de ahorro individual de LUCY YASMINA BLANDÓN SÁNCHEZ con sus respectivos rendimientos incluidos los rendimientos financieros, pero además de ello también las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados estos tres últimos conceptos de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia. Así mismo, advertir a PORVENIR S.A., y a COLFONDOS S.A., que, al momento de cumplir la orden impartida, remita a COLPENSIONES la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **iii) ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir los aportes que PORVENIR S.A., y a COLFONDOS S.A., le remita, convertirlos a semanas efectivamente cotizadas por la actora, y la tenga por afiliada al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y actualizar su historia laboral. **iv) CONDENAR** en costas a PORVENIR S.A., y a COLFONDOS S.A., en favor de LUCY YASMINA BLANDÓN SÁNCHEZ. El despacho se abstiene de imponer condena en

<sup>4</sup> 01PrimerInstancia / Archivo 11ContestaciónColfondos / págs. 3 - 17

<sup>5</sup> 01PrimerInstancia / Archivo 16ContestaciónColpensiones / págs. 2-12

<sup>6</sup> 01PrimerInstancia / Archivo 40ActaAud77y88

<sup>7</sup> 01PrimerInstancia / Archivo 38AudioAudienciaArt77 /Min 48:52 – 50:52

costas a COLPENSIONES. **v) DECLARÓ** no probadas las excepciones presentadas por las demandadas.

#### 4. RECURSOS DE APELACIÓN

##### 4.1. COLFONDOS<sup>8</sup>

La inconformidad se contrae a varios aspectos. En primer lugar, señala que este caso se trata de una afiliación inicial al RAIS, por lo que **declarar la ineficacia de la afiliación** nos lleva a desamparar los derechos de la demandante, toda vez que la consecuencia debe ser que quede por fuera del sistema general de pensiones, porque ese es el estado inicial real, sin que lo sea una afiliación al régimen de prima media.

Y respecto a las sumas a trasladar, solicita se revoque la orden de trasladar los **gastos de administración, seguros, provisionales y los pagos que se hacen para el para el Fondo de Garantía de Pensión mínima**: Señala que los **gastos de administración** cumplieron en su momento su objetivo, que era permitir que los recursos provenientes de los aportes de la demandante generaran los frutos suficientes para lograr una pensión dentro del Régimen de Ahorro Individual. Sobre los pagos de **seguros previsionales**, dice que siempre las contingencias estuvieron protegidas ante la presencia eventual de alguno de los riesgos que se pretenden cumplir con ellas.

##### 4.2. AFP PORVENIR S.A.<sup>9</sup>

Se interpone recurso contra el **numeral segundo** de la decisión solicitando se revoque la condena impuesta de manera indexada, señalando: **i)** A la demandante también le asistía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con PORVENIR; teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales y escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibilitaran la toma de decisiones informadas. **ii)** En cuanto a la **indexación** aduce su improcedencia, Cita la sentencia C 00161 del 2010, la sentencia SL 9316, para señalar que resulta incompatible ordenar la indexación con los recursos de la cuenta individual de ahorro individual de la parte demandante, que no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimiento. También remite sentencias del Tribunal Superior de Cali en el proceso radicados 20222342021489. **iii)** Aduce que en consideración a la naturaleza que tienen los recursos del sistema general de pensiones, como lo son los del Fondo de Garantía de Pensión mínima, la devolución se debe ordenar con cargo a la cuenta especial para cumplir la designación específica que tienen estos recursos. **iv)** Concluye que trasladar a Colpensiones los aportes y los rendimientos sin descontar las sumas relacionadas con los gastos de administración y las primas de reaseguramiento es un imposible jurídico,

<sup>8</sup> 01PrimeralInstancia / Archivo 38AudioAudienciaArt77/Min 55:58 - 59:30

<sup>9</sup> 01PrimeralInstancia / 38AudioAudienciaArt77/ Minuto 51:46 - 55:44

porque se recompensa a Colpensiones pese a que la gestión de administración de los aportes la hizo PORVENIR SA.

## 5. TRÁMITE, COMPETENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia<sup>10</sup>, la apoderado de **COLFONDOS**<sup>11</sup> solicita analizar las circunstancias particulares de este proceso que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes produjo los efectos jurídicos que las partes pretendía, señalando que es preciso que en el presente proceso se de aplicación al numeral **OCTAVO** de la Sentencia **SU 107/2024**, que indica:

“OCTAVO: EXTENDER, con efectos inter pares y de inmediato cumplimiento, las reglas expuestas en esta providencia a todas las demandas que estén en curso ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral ya sea en primera, segunda instancia o en sede de casación, como también las que se tramiten mediante acción de tutela y cuya pretensión, principal o subsidiaria, esté dirigida a que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.”

La intervención se concreta a insistir en las materias del recurso de apelación, haciendo énfasis en el análisis que sobre la carga de la prueba y la sostenibilidad financiera del sistema pensional que efectuó la Corte Constitucional en la sentencia SU 107/2024 y las diferencias en lo atinente a los deberes, obligaciones y cargas procesales refiriendo a la sentencia C – 086 de 2016. Se pronuncia sobre los gastos de administración, el derecho de retracto y el de la libre escogencia, resaltando la acreditación del deber de información a cargo de COLFONDOS, así como el deber de realizar análisis crítico y en conjunto de las pruebas del caso. Hace referencia a la Línea Jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral sobre la inexistencia del acto jurídico de traslado pensional, sobre la buena o mala fe de las partes en las restituciones mutuas remitiendo a la sentencia SL 2877 de 2020, la devolución de rendimientos financieros y primas de seguros, para solicitar respetuosamente se abstenga de condenar a mi defendido al pago de **LAS PRIMAS DE SEGURO PREVISIONAL**, y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

La apoderada de **PORVENIR S.A.** reitera en segunda instancia los motivos de inconformidad con la sentencia<sup>12</sup> y se pronuncia respecto de varios aspectos que no fueron materia del recurso de apelación, sobre la declaratoria de ineficacia, el derecho de retracto y de libre escogencia. Respecto a la acreditación del deber de información señala que en la sentencia se aduce que no se allegaron pruebas del cumplimiento de los deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es entregar información, completa, veraz, cierta y oportuna. Pero en su criterio, tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, porque la AFP cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario

<sup>10</sup> numeral 1 del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 / 02SegundaInstancia\_Archivo 05AutoAdmiteAvocaCorreTraslado

<sup>11</sup> 02SegundaInstancia / Archivo 11

<sup>12</sup>02SegundaInstancia / Archivo 09

a lo dispuesto legalmente al respecto y por la Corte Constitucional en la sentencia SU 107 de 2024 -, en la medida en que aportó los documentos que de acuerdo con las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico del traslado debía mantener en sus archivos; además, pese a que la parte demandante JAMÁS estuvo en imposibilidad absoluta de retornar al RPMPD, permaneció en el RAIS, lo que sin duda al menos debe valorarse como un indicio serio de querer permanecer en el.

Dice que la parte actora no ha cumplió con su deber procesal en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso, toda vez que, teniendo la oportunidad de traer diferentes medios de prueba únicamente se limitó a manifestar que no recibió la información necesaria y transparente para adoptar una decisión de manera informada sin siquiera elemento material probatorio que de manera sumaría sirva de sustento para los hechos y pretensiones de la demanda, y con ello obtiene un fallo favorable a las mismas, situación que a todas luces vulnera el derecho al debido proceso, defensa y contradicción de mi representada.

Así, expresa que debe aplicarse el mismo criterio señalado por la H. Sala Laboral de la Corte Suprema en los asuntos referidos a la "desafiliación tácita de los afiliados" del sistema que debe apreciarse en conjunto la "voluntad del afiliado", en estos asuntos en los que permanece en el régimen privado por más de 20 años sin hacer la más mínima manifestación de la cual se pudiera entender que quería retornar al RPMPD. (Rad. 47236 del 06 de abril de 2016).

De otro lado, aduce que en la sentencia la sentencia SU 107 DE 2024 la Corte determinó cuáles son las sumas susceptibles de traslado en los casos en que se declare la ineficacia del traslado: el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual del afiliado, los rendimientos financieros y si se ha pagado el valor del bono pensional, enfatizando en que dentro de las reglas de decisión en los procesos de ineficacia estableció:

"(iii) en los casos en los que se declare la ineficacia del traslado solo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni menos dichos valores de forma indexada" Negrilla y subrayado fuera de texto original.

Y respecto a la orden de indexación hace referencia a la orden expresa de la Corte Constitucional en la sentencia SU107 de 2024 en la cual señalo que "ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional." Negrilla y subrayado fuera de texto original.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita la revocatoria de la sentencia presentando básicamente los siguientes argumentos<sup>13</sup>: **i) En primer lugar**, invoca el artículo 1604 del CC para decir que lo dispuesto en el escrito introductorio no son negaciones indefinidas, por lo no se altera la carga de la prueba porque que quien pretende valerse de negaciones indefinidas debe encontrarse en una situación de imposibilidad demostrativa y no ante una mera dificultad, por lo que la parte demandante debía ejercer el despliegue probatorio para demostrar la insuficiencia en la información por parte de la AFP, lo que no se satisface únicamente con la declaración de parte, citando los artículos 60 y 61 del CPTy SS y 164 y 176 CGP y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, transcribiendo apartes de la aclaración de voto en la sentencia SL 1452-2019. **ii) Sobre periodos mínimos de carencia y sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones** remite al artículo 13 de la 100 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y las sentencias C - 1024 de 2004, C-789 de 2002, SU- 062 de 2010 y SU – 130 de 2013) para señalar que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional de un contingente de personas con características diferentes a las dispuestas por la Corte Constitucional pone en peligro la sostenibilidad financiera del sistema, a la par que pondría en riesgo el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados (Arts. 48 y 334 de la Constitución Política de Colombia; exposición de motivos del Proyecto de Ley 56 de 2002 Senado, que luego se convirtió en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y el salvamento de voto en la sentencia SL3537-2021. **iii)** Por último, señala que si opta por acceder a las pretensiones de la demanda, se ordene a las Administradoras del régimen de ahorro individual que, a favor de Colpensiones, realice la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante, sin descuento alguno, durante la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, precisando los conceptos a reintegrarse y un término perentorio para para el reintegro de los recursos.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud de los recursos de apelación de **COLFONDOS y PORVENIR S.A.**, lo que impone efectuar el análisis en el siguiente orden lógico: En primer lugar, la evolución normativa sobre los DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN MATERIA DE ASESORÍA E INFORMACIÓN CLARA Y VERAZ para tomar la decisión de afiliación de régimen inicial al RAIS. Así, se analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISIÓN de DECLARAR LA INEFICACIA DE AFILIACIÓN DE RÉGIMEN INICIAL de la DEMANDANTE.

#### **6. LOS DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN RELACIÓN CON EL ACTO JURÍDICO DE AFILIACIÓN O TRASLADO.**

Esta Sala de Decisión ha tenido la oportunidad de expresar en varias oportunidades que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones fue exigible desde su creación y sin hacer distinción alguna de acuerdo a lo previsto en el **Decreto 663 de**

<sup>13</sup> SEGUNDA INSTANCIA- archivo 07

1993 en el que se prescribió en el **numeral 1.º del artículo 97**, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan **la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen**.

Es así como, conforme a lo previsto en el **artículo 271** en concordancia con el **literal b) del artículo 13 de la Ley 100**, los trabajadores tienen la opción de **elegir** “libre y voluntariamente” aquel de los regímenes que mejor les convenga y consulte sus intereses, y por ello, si alguna persona jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de **afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social**, se genera como consecuencia la ineficacia de la afiliación.

En relación con este aspecto, la Sala laboral de la Corte Suprema ha desarrollado un precedente pacífico<sup>14</sup> y sobre el origen del deber de información, ha señalado que éste cada vez involucra un mayor nivel de exigencia a medida que se genera una conciencia de las implicaciones, derechos y deberes que implica la afiliación al sistema general de pensiones; identificando **tres etapas** de acuerdo a la normativa vigente que regula y desarrolla este tema<sup>15</sup>.

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003  Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009  Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Pero lo cierto es que ha enfatizado que el núcleo del deber de información a cargo de las AFP se encuentra establecido **desde la misma creación de estas entidades** comprendido en el marco regulatorio que se observa en la primera etapa del cuadro anterior, sin perjuicio de

<sup>14</sup> **SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020, SL 2208 -2021 – SL 3871-2021- SL 5686-2021- SL 5688-2021- SL 1055-2022**

<sup>15</sup> Ver sentencias SL-1452 de 2019, SL 1688 de 2019.

la normativa posterior que fue expedida con atención a las reformas paramétricas que le sobrevinieron como la limitación de los traslados en el tiempo (Ley 797 de 2003) y la creación de los multifondos (Ley 1328 de 2009), que determinaron el deber de asesoría y buen consejo, al igual que la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Se resalta que en la sentencia **SU 107 del 2024** la Corte Constitucional enfatiza en este deber en cabeza de las AFP y en el efecto de la omisión que se concreta en la ineficacia del acto jurídico cuando no estuvo precedido de la información sobre las características esenciales del régimen al que la persona pretendía trasladarse, destacando que, si bien la obligación fue modificándose y haciéndose más exigente con el tiempo, se encontraba vigente desde el momento de la creación del Sistema General de Pensiones definido en la Ley 100:

**317.** Precisamente **por las diferencias estructurales que han existido desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 entre ambos regímenes, era absolutamente necesario que quien se decidiera por uno u otro conociera de antemano sus características esenciales. Solo así, la decisión de pertenecer al RPM o al RAIS habría sido libre y voluntaria.** En otras palabras, **si una persona desconoce las características del régimen al cual se afilió o se trasladó, su decisión no habría sido plenamente consciente y, por tanto, no habría sido tomada bajo una libertad informada.**

**318.** Dicho ello, la Sala Plena de esta Corte Constitucional comparte buena parte de lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia. **El deber de información que debía prestarse a los afiliados, antes de que estos optaran por el nuevo régimen pensional, existía desde el mismo momento en que se creó el RAIS.** Fue a partir de la Ley 100 de 1993 que las personas tuvieron la opción de escoger entre el régimen pensional hasta el momento conocido y el nuevo régimen pensional que entraba a competir por los afiliados y escoger implicaba, de suyo, conocer los alcances de tal decisión.

**319.** Es cierto que, como lo señaló Asofondos en su intervención ante esta Corte, las razones que pueden tomar en consideración las personas para afiliarse a un régimen pueden ser muchas y muy variadas (v. gr. consejos de sus amigos o de sus familiares). Sin embargo, **lo que aquí se discute no es cuál fue el motivo que cada persona tuvo, en su fuero interno, para trasladarse. Lo que realmente interesa es definir si las personas fueron debidamente informadas o no, de acuerdo con el estándar que existía para la fecha del traslado, antes de adoptar una decisión que a la postre repercutiría en su derecho pensional.** En este orden, el deber legal de las administradoras era simplemente informar y hacerlo de manera objetiva. Si luego de ello la persona voluntariamente resolvía trasladarse al RAIS, esa determinación gozará de plena validez, con independencia de que aquella les hubiere dado más importancia a las opiniones de terceros, que a la misma información suministrada por las AFP.

**320.** También puede señalarse, como conclusión preliminar, que el deber de información fue modificándose y haciéndose más exigente con el tiempo. **En esto, también hay una coincidencia con la Corte Suprema de Justicia. En efecto, de 1993 a 2009, se debía informar sobre las características esenciales del régimen al que la persona pretendía trasladarse.**

**321.** También se coincide con la Corte Suprema de Justicia en el hecho de que **no informar debidamente a los usuarios, conforme al estándar exigido por las normas vigentes al momento en que estos efectuaron su respectivo traslado, genera la ineficacia del mismo pues esa es la consecuencia jurídica que determina el artículo 271 de la Ley 100 de 1993** a la práctica de obstruir (en este caso a través del ocultamiento de datos relevantes) el derecho a la libre elección entre regímenes. (Negrilla intencional)

## 7. EL CASO CONCRETO

### 7.1. LA INEFICACIA DE AFILIACIÓN

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) LUCY YASMINA BLANDÓN SÁNCHEZ** nació el **20 de mayo de 1969**, por lo que en este momento cuenta con **55 años**<sup>16</sup>. **ii) Se afilió al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**

<sup>16</sup> 01PrimerInstancia / Archivo 03AnexosDemanda / Pág. 22

suscribiendo formulario con solicitud de vinculación a la **AFP PORVENIR S.A.** el **27 de julio de 1995**<sup>17</sup>. **iii)** Se observa que en algunos períodos entre octubre de 1996 y febrero de 1997 los empleadores efectuaron cotizaciones al RPM, sin que esto en manera alguna hubiese significado un traslado de régimen<sup>18</sup>. Para aquella época éste sólo podía efectuarse válidamente por una sola vez cada 3 años, una vez efectuada la selección inicial en los términos del artículo 13 literal e) de la Ley 100 en su versión original. Finalmente, se trasladó a **COLFONDOS S.A.** suscribiendo la vinculación el **20 de abril de 1998**<sup>19</sup>, AFP en la que se encuentra en la actualidad.

Las demandadas han afirmado a lo largo del proceso que la SELECCIÓN DE RÉGIMEN se tomó de **forma libre, espontánea y sin presiones** en los términos del formulario de afiliación suscrito por la actora, pero en criterio de la Sala, leyendas de este tipo no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, **acreditan un consentimiento, pero no informado**. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha precisado de forma reiterada que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como "*la afiliación se hace libre y voluntaria*", "*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*" u otro tipo de leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (**CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020**).

Pues bien, sea lo primero señalar que se trata de una **afiliación inicial**, aspecto analizado en las sentencias **SL 4211- 2021, SL 1806-2022, SL 4059-22, SL 3020 – 2023, SL 140 – 2024 y SL 162 - 2024** proferidas por Salas de Decisión de Descongestión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>20</sup>, esta corporación en ejercicio de la autonomía establecida en la Carta Política se aparta de lo en ellas decidido, por lo siguiente:

Es claro que dentro del sistema general de pensiones coexisten los regímenes de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual, sistemas que aunque cubren las mismas contingencias prevén distintos requisitos y métodos para acceder a las prestaciones, siendo la inscripción a uno u otro régimen un **acto libre y voluntario** que corresponde a cada afiliado; libertad que no podrá ser limitada por ninguna persona, so pena de imponerse sanciones pecuniarias, además de entender que "... La **afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador**" (artículo 271 Ley 100 de 1993 y artículo 13 ley 100 de 1993).

<sup>17</sup> 01PrimerInstancia / Archivo 03AnexosDemanda /Pág. 32

<sup>18</sup> 01PrimerInstancia / Archivo 03AnexosDemanda /Pág. 62

<sup>19</sup> 01PrimerInstancia / Archivo 11ContestaciónColfondos /Pág. 19

<sup>20</sup> Se resalta por esta corporación que de acuerdo a lo definido en la **Ley 1781 de 2016 artículo 2** los casos en que sea necesario modificar o crear un precedente las Salas de Descongestión de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia deben inexorablemente remitir la respectiva ponencia a la Sala permanente de esa corporación judicial para que sea ésta quien estudie su viabilidad y pertinencia - **Ver Sentencias C-154 de 2016, SL 593 de 2021**.

Para la Sala es relevante el análisis de la expresión de voluntad del actor ya que de cara a los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, cuando la **elección** del régimen pensional no es producto de una decisión libre se genera la ineficacia y la exclusión de todo efecto jurídico del acto jurídico. El citado artículo 271 de la Ley 100 de 1993 abarca todo el universo de situaciones que atenten contra la libertad de selección o afiliación del régimen pensional, por tanto cualquier evento en que el ciudadano no haya prestado su consentimiento para la elección de sistema pensional tendrá por consecuencia que “...la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”; sin que tales normas hagan diferencia entre la selección inicial y el traslado de régimen pues claramente el precepto refiere a **la manifestación por escrito al momento de la vinculación o del traslado**. Así, en criterio de esta corporación no resulta constitucionalmente aceptable afirmar que la selección libre y voluntaria **solo se presenta en el caso de traslado entre regímenes y no para la selección inicial**, pues ello, de un lado, desconocería de tajo el texto legal, y de otro, atentaría contra el derecho a la igualdad, que llevaría a concluir que ante **la selección inicial** sí queda en cabeza del afiliado el deber de ilustrarse y verificar cuáles son sus condiciones dentro del sistema.

Así, se advierte cómo la Sala de Casación Laboral, aunque referido a eventos en los que se discute es la ineficacia del traslado de régimen, ha señalado en relación con el deber de información para concretar la **afiliación libre y voluntaria para la época de la Fundación de las AFP**, los siguientes aspectos que resultan claramente aplicables para el caso que hoy ocupa la atención de la Sala:

“El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir *«libre y voluntariamente»* aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse *«que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y*

suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

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

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición

de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*». **(SL 1688- 2019)**

Ahora, en los términos del **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, ello no se agota solo con traer los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada fue suficiente para la persona, lo que no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada atiende las pautas para que se adopte una decisión completamente libre.

De acuerdo con lo previsto en los **artículos 97 y 98** del Estatuto Financiero vigente en 1994 referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, no se trataba únicamente de completar un formato ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión a adoptar en relación con la afiliación al Sistema General de Pensiones.

Lo anterior, porque tal como ha quedado visto, antes hacerlo debió conocer la lógica del RAIS y la esencia de su funcionamiento sustentado en la capacidad efectiva del ahorro a lo largo de toda la vida para poder garantizar el derecho a una pensión de vejez. Y debió tener total claridad acerca de los aspectos relacionados no sólo con el monto y los requisitos de causación de esta prestación, sino las particularidades en relación con los bonos pensionales y la eventual opción de no acceder a ella. Todos estos aspectos debieron ser expresamente informados, para que pudiese efectuar la comparación con las disposiciones que regulan el derecho pensional a los afiliados en el Régimen de Prima Media, y al contar con el detalle de las diferentes alternativas tras el análisis de su caso, tomar la mejor decisión en los términos **del artículo 13 en sus literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100** en concordancia con lo previsto en el **artículo 97 del Decreto 663 de 1993**, normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y **tomar decisiones informadas**.

Ahora, la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia **SU 107 de 2024** procuró flexibilizar el precedente establecido por la Corte Suprema de Justicia en lo relativo a la inversión de la carga de la prueba en los procesos en que se discute la ineficacia del traslado de régimen. Para ello, ordenó que deben tenerse en cuenta, de manera exclusiva, las reglas contenidas en la Constitución Política, en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y en el Código General del Proceso, que se refieren al debido proceso, haciendo énfasis en que la inversión de la carga de la prueba es **una opción** de la que puede hacer uso el juez en casos excepcionales, pero no puede ser la única herramienta que por regla general permita resolver los casos como los que son objeto de análisis.

Consideró necesario entonces que tanto las partes como el juez contribuyan a la reconstrucción de los hechos, haciendo uso de las herramientas que ya se encuentran dispuestas en el CPTSS y en el CGP. Y señaló que esta regla de decisión debe ser aplicada en todos aquellos procesos que siguen su trámite actualmente, y en los que se inicien con posterioridad a esa providencia, prescribiendo así una **regla de unificación a aplicar con efectos inter pares** que debe ser aplicada directamente en los procesos en curso de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, así como también en aquellos litigios que se susciten ante los jueces de tutela, remitiendo expresamente a los acápites **327, 328 y 329**, así:

**327.** Lo primero sea precisar tres cuestiones relevantes: (i) el alcance de esta decisión se circunscribe **a los procesos judiciales donde se demanda la ineficacia de un traslado ocurrido entre 1993 y 2009**, en tanto y en cuanto todas las personas que hacen parte de las tutelas que se revisan se trasladaron en dicho periodo; (ii) de las pruebas aportadas, las intervenciones realizadas en la audiencia y en el mismo precedente de la Sala de Casación Laboral se identificó que se hace referencia a la *nulidad* y a la *ineficacia* del traslado como si se tratara de figuras similares o iguales. Frente a este punto, **se aclara que la tesis correcta es la de la ineficacia del traslado** no siendo posible aplicar o hacer referencia a la nulidad del traslado, ya que ello, de por sí, llevaría a la anulación de la sentencia por cuanto no existe una norma legal que contemple una causal expresa de nulidad tal y como se vio en acápites previos (*supra* 220 y ss). Y, (iii) en los casos en los que se declare la ineficacia del traslado **solo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni menos dichos valores de forma indexada** (*supra* 298 y ss).

**328.** Lo segundo que debe advertirse, es que con la flexibilización que se hace en esta Sentencia de unificación, sobre el precedente de la Corte Suprema de Justicia, se reconoce que la Constitución y la ley procesal no permiten imponer cargas probatorias imposibles de cumplir para ninguna de las partes (ni al afiliado, ni a la AFP). Para esta Corte es sumamente importante no despojar al juez de su papel de director del proceso, de su autonomía judicial para decretar y practicar todas las pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes para analizar las pretensiones o las excepciones propuestas y de su facultad para, **conforme a las reglas de la sana crítica, valorar las pruebas** con el objeto de resolver los casos de ineficacia de traslados de los afiliados del RPM al RAIS.

**329.** Por ello, en contraste con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia, se dispondrá que en los procesos donde se pretenda declarar la ineficacia de un traslado deberán tenerse en cuenta, de manera exclusiva, las reglas contenidas en la Constitución Política, en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y en el Código General del Proceso, que se refieren al debido proceso. Esto supone que el juez, debe actuar como director del proceso judicial, con la autonomía e independencia que le son propios y, dentro de las muchas actuaciones dirigidas a formar su convencimiento para decidir lo que en derecho corresponda, **puede:**

**(i) Analizar si el afiliado conocía las consecuencias que tendría al trasladarse al RAIS, en el periodo 1993-2009.** De manera más precisa, el juez debe identificar si, en los términos del artículo 13, literal b, de la Ley 100 de 1993 y del artículo 97 -numeral 1- del Decreto 663 de 1993, los asesores de las AFP comunicaron sobre: a) los riesgos que se reconocen en el RAIS; a) las posibilidades de efectuar cotizaciones adicionales; c) las consecuencias que tendría el no reunir el capital mínimo exigido para pensionarse por vejez; d) la garantía de la pensión mínima; o, e) la devolución de saldos, etc.

**(ii) Decretar, practicar y valorar en igualdad todas las pruebas que soliciten las partes que sean necesarias, pertinentes y conducentes para demostrar los hechos que sirven de causa a las pretensiones o las excepciones.** En ese propósito, el juez debe procurar la obtención de todas las pruebas que requiera, acudiendo a las enlistadas en el artículo 161 del Código General del Proceso: "(...) *la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes*", y a las demás que considere necesarias. De hecho, el artículo 51 del CPTSS dispone que en el proceso laboral "[s]on admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley". Estas pruebas pueden ser solicitadas o aportadas por las partes, o pueden ser requeridas de manera oficiosa. La práctica de estas pruebas es importante si se asume que el objeto del proceso ordinario laboral es reconstruir los hechos ocurridos en el pasado para, en caso de comprobarse, acceder a las pretensiones o negarlas. La prueba, en tal sentido, tiene el propósito de desentrañar la verdad de lo ocurrido.

**(iii) Valorar las pruebas decretadas y debidamente practicadas con su inmediación, de manera individual y en su conjunto con las demás,** luego de lo cual puede determinar el grado de convicción que aquellas ofrecen sobre lo ocurrido.

**(iv) En lo relativo a las pruebas documentales, el juez puede oficiar para que se aporte al expediente ordinario, por ejemplo, el formulario de afiliación.** En ese formulario, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 692 de 1994 -artículo 11-, pueden encontrarse leyendas preimpresas en las que normalmente se señala "*que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones*". Esta Corte entiende que esa sola prueba no demuestra, *per se*, el suministro de información y que, por tanto, no puede ser suficiente para absolver a las demandadas. En ello le halla razón a la Corte Suprema de Justicia. Con todo, en criterio de esta Corte, dicho formulario debe ser una prueba más en el expediente que deberá ser estudiado en su conjunto con las demás que se alleguen. Igualmente, en materia de documentos, los jueces pueden solicitar de oficio a la AFP la carpeta administrativa del accionante para establecer si de allí pueden extraerse elementos de juicio que permitan identificar si la persona fue informada o no.

**(v) Ahora, si se asume que, en este tipo de procesos, como se ha dicho, es muy complejo acudir a pruebas directas (v. gr. los documentos), a partir de las cuales pueda sostenerse - más allá de toda duda- que la información realmente se entregó, corresponderá al juez acudir, por ejemplo, a los interrogatorios. En efecto, en los interrogatorios las partes y el juez pueden formular diversas preguntas sobre las circunstancias en que pudo -o no- prestarse la información que se echa de menos,** esto en los términos dispuestos en los artículos 59 y 77 del CPTSS, y 198 del CGP.

De conformidad con lo indicado en el artículo 59 del CPTSS, el juez puede "*ordenar la comparecencia de las partes a las audiencias a fin de interrogarlas libremente sobre los hechos controvertidos*". En este ejercicio el juez puede, comunicando a las partes sobre las consecuencias de faltar a la verdad, pedirles que informen sobre las circunstancias en que se entregó la información, sobre las razones que los asesores de las AFP suministraron en ese momento y que motivaron el traslado final, sobre la forma en que se prestó asesoría (si se hizo en una reunión o de manera individual), etc. **En este ejercicio podría, inclusive, obtenerse alguna confesión por parte del demandado o del demandante.**

**(vi)** Igualmente, los testimonios pueden ser fundamentales. Específicamente cuando se citan personas que pudieron atender la asesoría en un mismo espacio, y que por ello pudieron escuchar los argumentos presentados por los asesores de las AFP cuando conminaron a diversos ciudadanos a trasladarse al RAIS. Como lo dispone el artículo 221 -numeral 3- del CGP, en este supuesto el juez puede exigir "*al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento*". Luego de ello podrá valorar si lo dicho por el testigo puede tener mayor o menor valor probatorio.

**(vii)** A su turno, el juez puede tener en cuenta **diversas pruebas indiciarias** que, en cualquier caso, también deberán analizarse en conjunto con los demás elementos probatorios aportados, en los términos de los artículos 176 y 242 del CGP.

(viii) Finalmente, el juez también podría, excepcionalmente, invertir la carga de la prueba, más no como único recurso. La inversión de la carga de la prueba **no puede ser una regla de obligatorio uso en este tipo de procesos** (como lo ordena la Corte Suprema de Justicia), pero, al mismo tiempo, tampoco puede ser prohibida. En efecto, no se debe usar esa posibilidad cuando con las pruebas debidamente aportadas, decretadas, practicadas y valoradas se logra demostrar los hechos que sirven de causa a las pretensiones de la demanda. Pero puede suceder que, en casos excepcionales, el juez esté ante un demandante que se encuentra en la imposibilidad de probar los hechos que le sirven de causa a sus pretensiones o en un proceso en el cual a pesar de los esfuerzos de las partes y de la facultad oficiosa desplegada por el juez no sea posible desentrañar por completo la verdad".

Pues bien, según lo acreditado en el proceso y de acuerdo con el análisis efectuado en el **acápito sexto** de esta providencia y con el precedente jurisprudencial sobre la materia, los promotores de la AFP ante la suscripción del formulario de afiliación tenían no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una **asesoría personalizada**, analizando **las circunstancias particulares, y mostrando aspectos concretos de su situación pensional**. Así, como para la época en que suscribió el formulario (**27 de octubre de 1995**) no había entrado en vigencia la Ley 797 estando vigente la Ley 100 original en materia de pensión de vejez, se le debió explicar que si se afiliaba en el I.S.S. el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 55 años de edad y acreditando 1000 semanas cotizadas para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del 85 % en caso de cotizar 1500 semanas, sobre un IBL integrado en los términos del artículo 21 de la Ley 100. Lo anterior, en virtud de lo previsto en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 que sería el aplicable en su caso de optar por el Régimen de Prima Media.

Y se le debió indicar además, que si se afiliaba en el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: **i)** Se podría pensionar antes de los 55 años, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima (artículo 64 Ley 100); **ii)** Frente al valor de la pensión en el RAIS, se le debió explicar que ésta depende del capital consignado en la cuenta individual y según la modalidad pensional elegida (artículos 79 a 82 de la Ley 100), y que el valor que se abonaría a la cuenta individual no sería equivalente al 100% de la cotización, porque una parte se destinaría a pagar la prima mensual de la compañía de seguros, a gastos de administración y al fondo de solidaridad del RAIS. **iii)** También se debía indicar, que en caso de que no completara el capital suficiente para obtener una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones actualizado con el IPC), entonces **debía seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 57 años**, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrándole las claras diferencias en los requisitos de la pensión con los del régimen de prima media. **iv)** Y que la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA era un beneficio que no se presentaba en todos los casos porque estaba sujeto a unas condiciones y explicarle cuáles (artículo 84 de la Ley 100, vigente para la época), para que tuviese claro que, si no cumplía con ello, no obtendría pensión de vejez y por ello, la entidad le devolvería los saldos que estuvieran en su cuenta individual, con el efecto que eso genera en relación con la afiliación en salud. **v)** En relación con la ausencia de beneficiarios en materia de pensión de sobrevivientes y la posibilidad de que los dineros de la cuenta de ahorro

individual se destinen a la masa hereditaria, se debió precisar que **ello no ocurre si la muerte se presenta siendo pensionado bajo la modalidad de renta vitalicia** informando así sobre las modalidades de pensión y sus características. (artículos 79 a 82 Ley 100)

Así, si bien no es adecuado comparar el nivel de exigencia del deber de información que deben prestar las AFP a los afiliados en cada una de las etapas, porque se impone tener en cuenta la dinámica legislativa y reglamentaria que les impuso tomar a los afiliados nuevas decisiones durante la época de acumulación, no por ello se pueda desconocer el deber de información que acompañó a las AFP desde su misma fundación que, además, permanece vigente durante todos los periodos, sin perjuicio del grado de intensidad que se fue adquiriendo dependiendo el momento histórico en el que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido. Pues tal como ha quedado visto, las normas aplicables para la época del traslado exigían a las AFP brindar ilustración sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de ventajas y desventajas de cada régimen pensional, lo cual en el presente caso no se demostró

Pero se observa con claridad que en el proceso no se acreditó por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES el haber suministrado esta información clara, completa y detallada, sin que se hubiese efectuado confesión en contra por la señora **LUCY YASMINA BLANDÓN SÁNCHEZ**, diligencia en la fue enfática en reiterar las afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. Se resalta la importancia de su declaración dado que a partir de la entrada en vigencia del artículo 165 del Código General del Proceso se introdujo como medio de prueba independiente a la confesión, lo cual se ve reafirmado en el inciso final del artículo 191 del mismo estatuto procesal, que previó la posibilidad de valorarla de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas, lo que no va en contravía del principio según el cual a nadie le está permitido fabricar la propia prueba en su favor, siendo claro que su valoración se está efectuando con el conjunto de la prueba documental recaudada (SL 4093-2022).

En efecto, el conjunto del acervo probatorio en manera alguna lleva al convencimiento de que los asesores de **AFP PORVENIR S.A.** hubiesen informado a la señora **LUCY YASMINA BLANDÓN SÁNCHEZ** al menos sobre estas características mínimas que se han descrito, conclusión a la que se llega después de analizar el formulario de afiliación con las demás pruebas del proceso y la tesis de defensa planteada por la pasiva en sus diferentes intervenciones a lo largo del trámite, referida a la ausencia de otra prueba relacionada con la información efectivamente suministrada, exponiendo que para la época en que se concretó la afiliación ésta se efectuaba de manera verbal y no cuenta con material probatorio que muestre la información efectivamente suministrada. Debiéndose reiterar que de acuerdo a lo indagado en el interrogatorio de parte respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se entregó la información antes de la suscripción del formulario, se advierte que ésta en manera alguna fue completa, sin que se observe la

existencia de pruebas indiciarias en los términos de los artículos 176 y 242 del CGP que pudieran llevar a una conclusión diferente.

Y en relación la  **semejanza en el monto de la pensión de vejez en cada régimen** , la Alta Corporación también se ha pronunciado, en sentencias como la  **SL 5686 – 2021**  en la que indicó:

Recuérdese que el análisis judicial sobre el cumplimiento del deber de información a cargo de los fondos privados está al margen, en principio, de la situación pensional de la persona, por lo que no sería coherente exigir que se acredite que el traslado causó una lesión injustificada que impidió el acceso a un derecho pensional en abstracto, a menos que el litigio se dirija justamente a acreditar un perjuicio como pretensión complementaria, sin que esto incide en la declaratoria de ineficacia de traslado.

Y es que en un estadio de afiliación activa al sistema y más aún cuando el derecho pensional aún está en formación, los jueces no pueden elucidar en abstracto sobre la conveniencia de estar o permanecer en uno u otro régimen y los perjuicios que ello eventualmente acarrearía, pues cada uno de los modelos consignan características que pueden ser convenientes tanto para el afiliado como a sus eventuales beneficiarios en determinada situación particular.

A raíz de ello, la jurisprudencia de la Corte ha garantizado el  *derecho básico*  de los trabajadores  *a recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional* , como una garantía mínima consagrada en el artículo 53 de la Constitución Nacional, que encuentra respaldo en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 y se armoniza con artículo el 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos  *«no produce efecto»*  (CSJ SL3871-2021), de modo que incumplida esa prerrogativa, es imperativo declarar la ineficacia del traslado.

Debe entonces la Sala CONCLUIR, conforme las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado, que resulta procedente  **CONFIRMAR**  la decisión de  **DECLARAR LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN DE RÉGIMEN** .

Lo anterior, sumado al hecho de que, el traslado que hubiese efectuado la demandante a otra AFP en manera alguna convalida la omisión en las obligaciones de información en la vinculación inicial al RAIS. La Corte Suprema en su Sala Laboral ha señalado en su precedente ( **SL 5686 -2021, SL 1055 -2022** ) que no puede desconocerse que un afiliado durante su vida laboral puede hacer varios traslados entre regímenes pensionales,  **o entre administradoras** , sin que tal evento signifique que la  **AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información**  a que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores. En la sentencia  **CSJ SL 3349 de 2021**  expresó:

el hecho de tener sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello se derive una suerte de purga en el deber de información o de convalidación en su incumplimiento, tampoco el hecho de que el impugnante se haya vinculado, de manera discontinua al RAIS, aún con la misma administradora, significa  *per se*  que se tenga suficiente ilustración, conocimiento o comprensión de cada uno de los regímenes o que, se itera, tal situación releve del cumplimiento de sus deberes a la AFP, como lo exigen las normas aplicables en el momento en que acaezca tal evento.

Es decir, las administradoras siempre tendrán el deber de brindar información completa y veraz a los afiliados en cada vinculación, sin que pueda exonerarse de ella argumentando que el afiliado ya conocía previamente el régimen al que se vincula; Y sin que las sucesivas vinculaciones convaliden aquella que se hizo con vicios y dieron lugar a la declaratoria de ineficacia.

Debe destacarse que la ADMINISTRADORA DEL RAIS y COLPENSIONES en la contestación propusieron la EXCEPCIÓN de PRESCRIPCIÓN, pero en el contexto que se ha venido analizando, debe señalarse que estamos en presencia de la ineficacia del traslado: Y una de las características esenciales de la inexistencia, es que es insubsanable por la prescripción - No adquiere vida por el transcurso del tiempo, por lo tanto, en cualquier tiempo puede ser alegada su inexistencia. En la sentencia **SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**, la Sala Laboral de la Corte explicó con claridad sobre la inoperancia del medio exceptivo, no solo por su conexidad con un derecho fundamental e irrenunciable, sino porque el sustento fáctico del proceso da lugar a consolidar el status de pensionado, y, en consecuencia, propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.

Finalmente, **en relación con las sumas de dinero que se deben trasladar**, se parte de la premisa determinada en la jurisprudencia referida a que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional por transgresión del deber de información debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia (**CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4322- 2022**).

En esa línea es que se ha explicado en la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral que por no encontrarse una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación Civil, es pertinente acudir al precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, es decir, al artículo **1746 del Código Civil**, y así concluir que el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, como se memoró en la sentencia **CSJ SL2877-2020**.

Por ello, en tratándose de *afiliados*, ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a trasladar a Colpensiones el **porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del **porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima**.

Ahora bien, advierte esta corporación que en la sentencia **SU 107 del 2024** en los numerales **298 al 314** se aborda un análisis sobre las sumas a trasladar a COLPENSIONES y la Alta

Corporación señala que pesar de que se declare la ineficacia tan solo es susceptible trasladar el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y si se ha pagado el valor de un bono pensional pues no toda la cotización es apta de traslado toda vez que el aporte se desglosa entre otros, en primas de seguros, gastos de administración, el porcentaje para el fondo de garantía mínima.

- Se afirma en la providencia que de acuerdo con la naturaleza de las primas de seguros y el riesgo que amparan hacen que mes a mes se pague el respectivo seguro para cubrir ya sea el riesgo de invalidez o de muerte y refiere al análisis efectuado en la sentencia **SU-313 de 2020** y a lo consagrado en el **inciso primero del artículo 70 de la Ley 100 de 1993**.
- En cuanto a los gastos de administración, se indica que, si bien no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, en la sentencia C-262 de 2013 sí se abordó respecto al Sistema General de Salud<sup>21</sup>.
- Y se hizo referencia a la sentencia C-687 de 2017 en la que analizó una demanda de inconstitucionalidad sobre la imposición de la contribución para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima -FGPM- expresando que, pese a que en aquella oportunidad se declaró inhibida, dentro de las razones esgrimidas se destaca que la cotización en el RAIS no solo tiene por destino nutrir la cuenta de ahorro individual sino también nutrir un componente de solidaridad. Y que en las pruebas recaudadas se constató que con los recursos del FGPM *“han sido reconocidas 3568 pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima”*<sup>22</sup>. Es así como finalmente en el **numeral 303** expresa:

“En suma, ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional”.

Y se observa que en el pie de página se señala:

“Por las razones expuestas en esta providencia, se advierte que la restitución que dispone la Corte Suprema de Justicia es sumamente compleja. Al tiempo, **no podría ordenarse, por ejemplo, a las aseguradoras que han recibido la prima con el objeto de cubrir pensiones de invalidez o de sobrevivientes, restituir esos dineros**. Esto último porque en la inmensa mayoría de casos, aquellas no han hecho parte del proceso judicial que declara la *ineficacia* del traslado y, por tanto, dicha declaratoria les es inoponible”. **Negrilla intencional**

Se advierte así que en relación con las sumas a trasladar a COLPENSIONES como consecuencia de la decisión que en este proceso se adopta, se presenta en la actualidad diversidad de criterios entre las Altas Cortes, y en esta oportunidad se presentan los

<sup>21</sup> “que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren y perciban una utilidad razonable, pero que la consecución de esa retribución no puede afectar el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Tal interpretación es acorde con la protección de la libertad de empresa y del derecho de propiedad de las EPS.”

<sup>22</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-687 de 2017.

argumentos para separarse de lo definido en la sentencia **SU 107 del 2024**, debiendo denotar lo siguiente:

En primer lugar, es claro que al ser la Sala de Casación Laboral el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, sus decisiones tienen fuerza vinculante en virtud de los principios de igualdad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, pero siempre que tengan la capacidad de responder adecuadamente a la realidad fáctica del asunto concreto, así como la social, económica y política del momento (**CC C-836-01 y CC -621-2015**).

En segundo término, al existir una postura diferente de la CC en la sentencia **SU 107 del 2024**, las razones del disenso de esta Sala se sustentan no solo en las divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales (**CC C-621-2015**); sino en el respeto irrestricto de la Carta Política.

En efecto, se observa que la tesis de la Corte Suprema de Justicia **propugna en mejor medida por no afectar la sostenibilidad financiera del RPM** al ordenar devolver todos los aportes recibidos por el RAIS, principio vinculante para todas las ramas y órganos que integran el Poder Público. De hecho, así se expresa en la sentencia **SU-313 de 2020** en la que se enfatiza que la Corte Constitucional ha reconocido en varias ocasiones que este cardinal principio de naturaleza constitucional específico del sistema de seguridad social debe ser consultado en todas las medidas de dirección y control del Sistema General de Pensiones y contiene un mandato hermenéutico para los operadores judiciales; haciendo referencia a la sentencia **SU-063 de 2023** en la que se sostuvo que “[e]l inciso séptimo del artículo 48 de la Constitución, adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, le impuso al Estado el deber de garantizar “la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional”.

Se resalta que imponer a la administradora que indujo en error a la personas para afiliarla al régimen de ahorro individual la obligación de devolver al régimen de prima media el 100% de los aportes efectuados (**las cuotas de administración, el dinero con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de las aseguradoras** descontadas durante el periodo de afiliación)<sup>23</sup>, encuentra sustento en el **artículo 10 del Decreto 720 de 1994**, disposición normativa según la cual, los errores, infracciones u omisiones que perjudiquen a los afiliados serán responsabilidad de las administradoras de fondos de pensiones, por lo que en manera alguna se impone la devolución a la compañía aseguradora que tuvo a su cargo el seguro previsional:

**Artículo 10. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES.**

Cualquier **infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados-** en que incurran los promotores de las sociedades

<sup>23</sup> Ver sentencias **SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020, SL373-2021, SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021 y SL 3709-2021**

administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad **compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción** o con la cual, **con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación** sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradoradel sistema general de pensiones.

Siendo claro que es en virtud de la prevalencia de la aplicación de este principio de raigambre constitucional y fundamentalmente con el fin de garantizar la no afectación financiera del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES para que pueda satisfacer las prestaciones que se generan a su cargo producto de la declaratoria de ineficacia; que se considera que **todos los recursos recibidos por COLFONDOS y PORVENIR S.A. con motivo de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual deben trasladarse**. Y que al momento de cumplirse la orden los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

No puede perderse de vista que tales sumas repercutirán en la conformación de un eventual derecho pensional, dado que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional se cubren las prestaciones causadas, por lo que en manera alguna se acredita el enriquecimiento sin causa para COLPENSIONES.

En cuanto a los **aportes para financiar la garantía de pensión mínima**, es oportuno señalar que el **artículo 14 de la Ley 797 de 2003** estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión mínima para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para su manejo –artículo 14 *ibidem*-. Dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional a través de sentencia **C-797-2004**, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el **artículo 8.º del Decreto 510 de 2003**, hoy compilado en el **artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016**.

Además, el **artículo 7º del Decreto 3995 de 2008** contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, en criterio de esta corporación no le asiste razón a la AFP a lo largo de su intervención en este proceso cuando refiere que *"las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder"*, debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones. Y de otro lado, se encuentran los claros fundamentos normativos para señalar, contrario a lo que se define en la sentencia **SU 107 del 2024**, que se trata de unas sumas que se deben trasladar a COLPENSIONES.

Y también se comparte la decisión adoptada por la Sala de Casación Laboral referida a que se debe realizar el traslado de estas sumas **debidamente indexadas** con el fin de que se satisfagan en su valor actualizado, siendo claro que esta condena no implica el incremento del valor del crédito ya que su función consiste únicamente en *evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda colombiana* que constituye un hecho notorio. Tampoco puede verse como una sanción, ya que lejos de castigar a la AFP lo que garantiza es que estas sumas no pierdan su valor real. Así, se impone proferir una condena que ponga a la administradora del Régimen de Prima Media en la situación más cercana al supuesto en que se hallaría de no haberse producido el menoscabo tal como lo dispone el **artículo 16 de la Ley 446 de 1998** según el cual dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de los daños irrogados atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales. Y la forma en que aquello se garantiza en el marco de la protección especial de los derechos laborales y de la seguridad social es a través de la indexación como consecuencia de la incontenible depreciación de la moneda (**SL 359 -2021**).

Finalmente, se advierte que si bien las AFP sustentan su argumento referido a que no deben trasladarse los gastos administración y prima de seguro previsional amparándose en el **Concepto del 17 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia**, este en manera alguna tiene carácter vinculante<sup>24</sup> y en él se invoca el **artículo 7º del Decreto 3995 de 2008** norma que fue expedida para efectos de traslado en asuntos de múltiple vinculación<sup>25</sup>, situación que no corresponde a la aquí ventilada.

Es el conjunto de consideraciones precedente que llevan a esta corporación en este aspecto a **CONFIRMAR** la providencia que se revisa.

## 7.2. COSTAS

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se CONDENÓ en COSTAS a PORVENIR y COLFONDOS S.A. lo que no fue cuestionado de manera concreta por ninguna de las recurrentes. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia** al no prosperar

<sup>24</sup> **ARTÍCULO 28. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS.** <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución."

<sup>25</sup> **Decreto 3395 de 2008 ARTÍCULO 1o. ÁMBITO DE APLICACIÓN.** <Artículo compilado en el artículo 2.2.2.4.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> Las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a los afiliados al Sistema General de Pensiones que, al 31 de diciembre de 2007, **se encuentren incursos en situación de múltiple vinculación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad** y señala algunas normas de traslados de afiliados, recursos e información.

A las personas que, después de un año de entrada en vigencia la Ley 797 de 2003, se trasladaron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) faltándoles 10 años o menos para tener la edad exigida para tener derecho a la pensión en este régimen, se les aplicará lo que establecen los artículos 7o, 8o y 12 del presente decreto

los recursos interpuestos por **PORVENIR y COLFONDOS S.A.** se causan a su cargo. Agencias en derecho 1 salario mínimo mensual vigente del 2024.

## 8. LA DECISIÓN

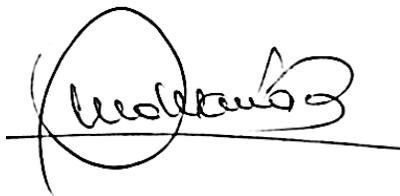
En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **DECIDE:**

**PRIMERO:** Se CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado **Veintitrés** Laboral del Circuito de Medellín.

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLFONDOS. Agencias en derecho (1) salario mínimo legal vigente del 2024.

Se ordena la notificación mediante EDICTO y vencido el término se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen. Se termina la audiencia y en constancia se firma por quienes intervinieron.

**Los Magistrados,**



**ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ**



**HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO**

**MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA**

CON IMPEDIMENTO