

TEMA: DEBER DE INFORMACIÓN- Los promotores de la AFP ante la suscripción del formulario de traslado, independiente de si el demandante era beneficiario o no del régimen de transición, tenía no solo el deber sino la obligación de brindarle una asesoría personalizada, analizando las circunstancias particulares, y mostrando aspectos concretos de su situación pensional.

DEVOLUCIÓN DE SALDOS- 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 7° 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.

HECHOS: Solicitó el demandante se declare que Protección S.A. engañó al señor Henry de Jesús Ospina Maya con el fin de trasladar y mantenerlo afiliado en ese régimen pensional, así como la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual ordenándose la inmersión en el régimen de prima media con prestación definida. El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado en sentencia de primera instancia declaró la ineficacia de la vinculación al RAIS. Debe la sala analizar la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen del demandante, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

TESIS: (...) lo acreditado en el proceso, resulta evidente que para la fecha en la que entró en vigor el Sistema General de Pensiones el demandante tenía menos de 40 años de edad y menos de 15 años de servicio. Pero de acuerdo con el análisis efectuado en el acápite sexto de esta providencia y con el precedente jurisprudencial sobre la materia, los promotores de la AFP ante la suscripción del formulario de traslado, independiente de si el demandante era beneficiario o no del régimen de transición, tenía 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, 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 (...) se observa con claridad de acuerdo con el análisis que se ha venido efectuando y a la luz de lo previsto en el artículo 61 del Código Procesal del trabajo, que en el proceso no se acreditó que protección hubiese suministrado esta información clara, completa y detallada, sin que se hubiese efectuado confesión en contra por el señor Henry diligencia en la fue enfática en reiterar las afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. (...) En efecto, el conjunto del acervo probatorio en manera alguna lleva al convencimiento de que los asesores de Protección hubiesen informado a la parte actora 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 el traslado éste se efectuaba de manera verbal, de modo que no se 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 del traslado de régimen. (...) Finalmente, en relación con las sumas de dinero que se deben trasladar, se parte de la premisa determinada en la jurisprudencia de ambas corporaciones, 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 (...) 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 Protección 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. (...) 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 7° 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: 11/07/2024

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: HENRY DE JESÚS OSPINA MAYA
DEMANDADO: AFP PROTECCIÓN S.A. – COLPENSIONES
RADICADO: 052663105-001202300188-01
ACTA N°: 51

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ** y **HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO**¹, se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **HENRY DE JESÚS OSPINA MAYA** para pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado 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 51** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA²

Con este proceso se pretende básicamente lo siguiente: Se **DECLARE** que PROTECCIÓN S.A. engañó al señor HENRY DE JESÚS OSPINA MAYA con el fin de trasladar y mantenerlo afiliado en ese régimen pensional, así como la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual ordenándose la inmersión en el régimen de prima media con prestación definida. Se **DECLARE** que COLPENSIONES debe aceptar el traslado de régimen pensional y se **CONDENE** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el 100% de las COTIZACIONES, BONOS, etc. con los rendimientos que hubieren causado debidamente indexados; y que pague de su patrimonio los dineros que fueron extraídos de las cotizaciones y que tenían como fin el pago del Fondo de garantía de pensión

¹ 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.

² Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 01DemandaConAnexos.pdf / Págs. 6 – 11

mínima, gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, Fondo de solidaridad y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Todo lo anterior debidamente indexado. Se **CONDENE** a COLPENSIONES a recibir, que realice el cargue de las semanas en la historia laboral. Se **CONDENE** en costas y agencias en derecho que el proceso causare.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** El señor **HENRY DE JESÚS OSPINA MAYA** se afilió al RPMPD en agosto de 1982, cotizando en dicho régimen hasta mayo de 1997. El día 8 de mayo de 1997 un asesor de PROTECCIÓN S.A. le hizo suscribir un formulario de afiliación sin explicarle las características de los regímenes pensionales con el fin de que tuviera la oportunidad de escogencia. **ii)** Manifiesta el demandante que al momento de la afiliación no se le hizo una asesoría personalizada, no le explicaron sobre la situación de los requisitos de pensión de vejez, del bono pensional, devolución de saldos, etc. PROTECCIÓN S.A. no le informó que de no regresar a COLPENSIONES antes de cumplir 52 años de edad, jamás podría regresar. **iii)** El demandante presentó petición a PROTECCIÓN S.A. y en respuesta se le informó que no se cuenta con el archivo físico de la asesoría que recibió al momento de la afiliación a la AFP y que el valor del monto de su mesada pensional a la edad de 62 años en comparación con el RPMPD. Además, hace referencia a que el demandante fue objeto de reasesoría pero fue tan incipiente la información que no se tomó una decisión en dicho momento, simplemente se le informó al demandante que le convenía más quedarse en la AFP, la cual no informa todas las características de los regímenes pensionales. También se solicitó traslado a COLPENSIONES, pero se le ha negado ya que le faltan menos de 10 años para pensionarse. radicada el 29 de marzo de 2022 solicitó a PROTECCIÓN S.A. que autorizara el traslado a COLPENSIONES sin recibir respuesta. Y dirigió petición a COLPENSIONES radicada el 31 de marzo de 2022, solicitando ser admitida dentro de dicho régimen y recibió respuesta negativa el mismo día.

2. CONTESTACIONES

2.1. PROTECCIÓN S.A.³

La AFP se opuso a todas y cada una de las pretensiones de nulidad y/o ineficacia de la afiliación en las que se le involucre. Propuso como excepciones las que denomino: 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 AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, APLICACIÓN DEL PRECEDENTE

³ Carpeta 01PrimerInstancia /Archivo 05ContestaciónProtección / Págs. 3 – 30

SOBRE LOS ACTOS DE RELACIONAMIENTO AL CASO CONCRETO, FALTA DEL JURAMENTO ESTIMATORIO DE PERJUICIOS COMO REQUISITO PROCESAL, GENÉRICA.

2.3. COLPENSIONES⁴

La administradora del Régimen de Prima Media se opuso a la declaratoria y condena de las pretensiones invocadas en su contra. Propuso como excepciones las que denominó: ERRÓNEA E INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTICULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL, DESCAPITALIZACIÓN DEL SISTEMA PENSIONAL, IMPOSIBILIDAD JURÍDICA, INEXISTENCIA DEL DERECHO PARA REGRESAR AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN LABORAL, CADUCIDAD, INEXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD, SANEAMIENTO DE LA NULIDAD ALEGADA, NO PROCEDENCIA AL PAGO DE COSTAS EN INSTITUCIONES ADMINISTRADORAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN ORDEN PÚBLICO, INNOMINADA.

3. SENTENCIA⁵

En la audiencia del **08 de marzo de 2024** el **JUEZ PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE ENVIGADO** tomó las siguientes decisiones⁶: **PRIMERO: DECLARÓ** la ineficacia de la vinculación al RAIS del señor HENRY DE JESÚS OSPINA MAYA identificado con CC. 71'618.473 administrado por la sociedad PROTECCIÓN S.A. **SEGUNDO: ORDENÓ** a la sociedad PROTECCIÓN S.A., a trasladar del RAIS al RPMPD administrado por la COLPENSIONES EICE los aportes del demandante HENRY DE JESÚS OSPINA MAYA como son cotizaciones, gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causando en el tiempo en que el actor estuvo vinculado a dicha administradora, en razón a la declaración de la ineficacia de la vinculación. **TERCERO: ORDENÓ** a PROTECCIÓN SA, a **indexar** los dineros a devolver por gastos de administración, esto es, costos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causando, durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado a dicho fondo de pensiones y sin aplicar equivalencia alguna, igualmente se dispone que al momento de cumplir la orden los conceptos aparezcan discriminados por la AFP con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información importante que los justifique. **CUARTO: COLPENSIONES** deberá recibir los dineros entregados por la PROTECCIÓN SA. y activar la vinculación al señor HENRY DE JESÚS OSPINA MAYA al RPMPD sin solución de continuidad. **QUINTO: CONDENÓ** en costas a cargo de las entidades demandadas. **SEXTO: NO PROSPERA** la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta PROTECCIÓN S.A. y

⁴ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 04Contestación / Págs. 3 – 37

⁵ 01PrimerInstancia / Archivo 21ActaAsistenciayResolutiva

⁶ 01PrimerInstancia / Archivo 12GrabaciónAudiencia / Min. 2:51:39 – 2:57:59

COLPENSIONES EICE, y la de CADUCIDAD PROPUESTA POR Colpensiones. **SÉPTIMO: ABSOLVIÓ** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte actora.

4. RECURSO DE APELACIÓN DE COLPENSIONES⁷

Se solicita **se revoque la condena en costas** impuesta a la entidad porque Colpensiones es llamada con el fin de reactivar la afiliación y recibir los aportes realizados lo que es solo la consecuencia lógica de la orden previamente impartida en este proceso. Señala que la litis se originó porque la AFP no cumplió con su obligación de dar una debida información al demandante respecto de su traslado de régimen pensional, sin que esto demuestre que en el acto de traslado hubiese existido responsabilidad alguna por parte de Colpensiones. Resalta que se trata de afiliado que ya superó la de edad permitida para el traslado según el art 13 de ley 100 del 93 modificado por la ley 797 de 2003, siendo competencia es exclusiva del juez ordinario laboral declarar la ineficacia, lo que impiden a COLPENSIONES dar una respuesta favorable a la solicitud.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia, la apoderada de **COLPENSIONES** solicita se revoque la sentencia, señalando lo siguiente⁸: En primer lugar, dice que a la fecha el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del traslado de régimen no se logró desvirtuar con las pruebas aportadas. Invoca el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y dice que, para la fecha de admisión de la demanda, el demandante contaba con 66 años, lo que deviene en la imposibilidad de trasladarse de régimen; prohibición que se aplica en los casos de traslado voluntario y en los de ineficacia de afiliación inicial al RAIS. Así, dice que COLPENSIONES actúa según lo ordenan las características filosóficas de sus funciones, sin que pueda ejecutar hechos prohibidos por la ley y mucho menos violar su propio reglamento. El actuar ha sido de buena fe y nada tuvo que ver con la ineficacia del traslado puesto que no era su obligación prestar la información debida al momento de la afiliación al RAIS y tampoco era la entidad competente para resolver la solicitud de traslado del demandante debido a la prohibición legal de autorizar dicho traslado vía administrativa.

En segundo término, dice que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo)

⁷ 01PrimerInstancia / Archivo 12GrabaciónAudiencia Min. 2:59:05 – 3:03:25

⁸ SEGUNDA INSTANCIA – archivo 09

Subsidiariamente, solicita que si la Sala confirma la providencia SE CONDICIONE el cumplimiento por parte de COLPENSIONES al previo cumplimiento de LA DEVOLUCIÓN de la totalidad de las sumas obrantes en la CAI del demandante por la AFP, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al FGPM, Porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, y los demás a que hubiera lugar, debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado al fondo privado. Invoca la sentencia con Radicado 31989 de 8 de septiembre de 2008, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019.

Finalmente, solicita la NO condena en costas toda vez que no participó en el acto que se presume ineficaz o nulo siendo un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a COLPENSIONES.

El apoderado del **DEMANDANTE** a su turno, solicita se CONFIRME la sentencia en su integridad, insistiendo en los planteamientos esbozados en la demanda y en los alegatos de conclusión en primera instancia⁹.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación de **COLPENSIONES**, así como en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta entidad, 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 traslado de régimen inicial al RAIS. Así, se analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISIÓN de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN del DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

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 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.

⁹ SEGUNDA INSTANCIA - archivo 11

En relación con este aspecto, la Sala laboral de la Corte Suprema ha desarrollado un precedente pacífico¹⁰ 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 tema¹¹.

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 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

¹⁰ **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**

¹¹ Ver sentencias SL-1452 de 2019, SL 1688 de 2019.

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

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) HENRY DE JESÚS OSPINA MAYA** nació el **08 de abril de 1962**, por lo que en este momento cuenta con **62 años**¹²; **ii)** Inició su vinculación laboral afiliándose al I.S.S el **20 de agosto de 1982** entidad en la que cotizó 764,71 semanas hasta **30 de abril de 1977**¹³. Y no es objeto de discusión que se trasladó del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL suscribiendo formulario con solicitud de vinculación a **PROTECCIÓN S.A.** el **5 de mayo de 1997**¹⁴.

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

¹² Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 01DemandaConAnexos / Pág. 12

¹³ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 04Contestación/ Pág. 62

¹⁴ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 01DemandaConAnexos / Pág. 43

afiliación suscrito por el actor, 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**).

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 atienda 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 adoptada en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en régimen de transición.

Lo anterior, porque tal como ha quedado visto, antes del traslado el afiliado 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**.

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 este tipo de procesos. 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, resulta evidente que para la fecha en la que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones **HENRY DE JESÚS OSPINA MAYA**, éste tenía menos de **40 años** de edad y menos **de 15 años de servicio**. Pero 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 traslado, **independiente de si el demandante era beneficiario o no del régimen de transición**, tenía no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una **asesoría personalizada**, analizando **las circunstancias particulares, y mostrando aspectos concretos de su situación pensional**.

Como para la época en que suscribió el formulario no había entrado en vigencia la Ley 797, se le debió explicar que si permanecía en el I.S.S. el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 60 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 1400 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 por estar cotizando al I.S.S.

Y se le debió indicar además, que si se trasladaba para el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: **i)** Se podría pensionar antes de los 60 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)** Como el demandante tenía cotizaciones en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA, debía saber que las cotizaciones que habían efectuado en el I.S.S. se verían representadas en un bono pensional tipo A que sólo **se redime en el caso de los HOMBRES a los 62 años**, de manera que, si se daban las condiciones para pensionarse anticipadamente, habría que negociar el bono en el mercado financiero, disminuyendo su valor, lo que tendría efecto en el valor de la mesada, en la medida en que disminuiría el valor del capital para financiar la prestación. **iii)** Frente al valor de la pensión en el RAIS, se 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. **iv)** 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 62 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 como beneficiaria de transición. **v)** Y que la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, es un beneficio que no se presenta en todos los casos porque está 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. **vi)** En adición, al resaltar 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 destinan a la masa hereditaria, como una característica eventualmente favorable en relación con el Régimen de Prima Media, 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 de acuerdo con el análisis que se ha venido efectuando y a la luz de lo previsto en el **artículo 61 del Código Procesal del trabajo**, que en el proceso no se acreditó que **PROTECCIÓN** hubiese suministrado esta información clara, completa y detallada, sin que se hubiese efectuado confesión en contra por el señor **HENRY DE JESÚS OSPINA VILLA** 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 **PROTECCIÓN** hubiesen informado a **HENRY DE JESÚS OSPINA VILLA** 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 el traslado éste se efectuaba de manera verbal, de modo que no se 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 con el análisis referido a 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 DEL TRASLADO DE RÉGIMEN**.

Debe destacarse que las ADMINISTRADORAS 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 de ambas corporaciones, 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**.

Y en ese contexto ha decantado en su precedente que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de traslado jamás hubiera existido. 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 lo 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 del traslado materialmente no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado, por lo que 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 Salud¹⁵.
- 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"*¹⁶. 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

¹⁵ "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."

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-687 de 2017.

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 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 al afiliado para trasladarlo 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) ¹⁷, encuentra sustento en

¹⁷ 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**

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 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 PROTECCIÓN 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 vinculante¹⁸ y en él se invoca el **artículo 7° del Decreto 3995 de 2008** norma que fue expedida para efectos de traslado en asuntos de múltiple vinculación¹⁹, situación que no corresponde a la aquí ventilada.

¹⁸ **“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.”

¹⁹ **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 incurso 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

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

De otro lado, no es objeto de discusión que la fecha de redención normal del Bono Pensional *tipo A* modalidad 2 por haberse trasladado al Régimen de Ahorro Individual con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y tener una historia laboral de cotización al I.S.S superior a 150 semanas tiene lugar en la fecha en la cual el demandante alcanza los **62 años** de edad de que trata el **literal a) del artículo 20 del Decreto 1748 de 1995**, recopilado en el **Decreto 1833 de 2016**.

Pues bien, en el pasado esta corporación había considerado procedente ordenar en casos como el presente que se adelantaran los trámites dirigidos a la correspondiente anulación del bono para que la AFP devolviera a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público las sumas que por este concepto hubiere recibido debidamente indexadas. Pero se reexamina el asunto, partiendo de las siguientes premisas.

En primer lugar, de acuerdo a lo previsto en el **artículo 63 de la Ley 100** modificado por el **artículo 49 de la Ley 1328 de 2009** en la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado se abonan las cotizaciones obligatorias y voluntarias, y las sumas existentes en ella sólo pueden ser utilizadas para acceder a las pensiones del Régimen de Ahorro Individual salvo lo dispuesto en los artículos 85 y 89 de dicha Ley.

En segundo lugar, los bonos pensionales hacen parte de las contribuciones destinadas a financiar las prestaciones del Sistema General de Pensiones en los términos definidos en el **artículo 115** de la Ley 100²⁰, y al redimirse hacen parte de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado.

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

²⁰ **ARTÍCULO 115. BONOS PENSIONALES.** Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones. Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público; b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos; c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones; d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono.

Siendo, así las cosas, en caso de que sea un hecho consumado la redención del bono pensional y ahora hiciera parte del capital de la cuenta de ahorro individual del señor **HENRY DE JESÚS OSPINA VILLA**, lo procedente es que dicho monto sea trasladado a Colpensiones junto con los dineros correspondientes a los aportes y los rendimientos que esas sumas hayan generado dado que, la declaración de ineficacia de traslado de régimen pensional y de retorno del demandante al de prima media constituye un hecho sobreviniente.

Así, se adicionará la providencia para ordenar a Colpensiones y a la Oficina de Bonos Pensionales, que de manera conjunta y coordinada realicen las gestiones necesarias con el fin de establecer las fuentes de financiación de la respectiva pensión y devolverle a ésta Oficina del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el valor que corresponda. Sobre el particular, se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral en providencias como **AL 607 – 2023** a partir de lo definido en las sentencias **SL 3676 – 2020 y SL 3109 – 2021**, señalándose en aquella la doctrina reiterada:

“En lo relativo al bono pensional, la Corte considera oportuno reiterar que, al emitirse y redimirse un bono pensional, tales recursos integran los dineros que conforman la cuenta de ahorro individual de titularidad del afiliado y al declararse la ineficacia del traslado del RPM a RAIS deben trasladarse a Colpensiones, toda vez que dichos recursos hacen parte de las contribuciones destinadas a financiar las prestaciones pensionales, al tenor del artículo 115 de la Ley 100 de 1993.

A su vez, esta Corporación ha indicado que las particularidades que surjan con posterioridad a los trámites adelantados por las administradoras de pensiones en lo relativo a los bonos pensionales, no suponen que se ordene la devolución de dichos valores a quienes lo emitieron, ni tampoco que se disponga una nueva redención de los mismos, sin perjuicio de que, al estar ya redimido dicho título, Colpensiones adelante las gestiones necesarias con la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público -O.B.P.-, con el fin de establecer las fuentes de financiación de la respectiva pensión y, si es del caso, devolverle a la O.B.P. el valor que corresponda (**CSJ AL3713-2021, reiterada en CSJ AL2298-2022 y CSJ AL2915-2022**).

8. COSTAS

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: En primera instancia se CONDENÓ en PROTECCIÓN S. A. y COLPENSIONES decisión que fue cuestionada por la administradora del Régimen de Prima Media y a ello se accederá, porque tal como se ha analizado a lo largo de esta providencia, la razón para declarar la ineficacia del traslado de régimen se sustenta en que la AFP PROTECCIÓN no acreditó el haber suministrado una información clara, suficiente y completa al actor en la etapa previa a la suscripción del formulario de traslado, todo ello a la luz de lo previsto en los artículos 271 y 13 literal b) de la Ley 100, y el precedente jurisprudencial pacífico y reiterado sobre la materia. Así, las órdenes que en este proceso se profieren en contra de COLPENSIONES solo encuentran sustento en tal declaración en contra de la AFP que originó el traslado, siendo claro que, cuando el demandante solicitó el traslado de régimen se encontraba inmerso en la prohibición legal por faltarle en ese momento menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez.

Y respecto a las **costas en esta instancia** éstas no se causan, al prosperar el recurso de apelación de COLPENSIONES.

9. 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 Primero Laboral del Circuito de Envigado por las razones esbozadas en esta providencia, con las siguientes modificaciones:

- El numeral **CUARTO** se **ADICIONA** porque se ordena a **COLPENSIONES** que de manera conjunta y coordinada con la Oficina de Bonos Pensionales del **MINISTERIO DE HACIENDA** y en caso de que el bono pensional tipo A modalidad 2 del señor **HENRY DE JESÚS OSPINA VILLA** se hubiere redimido y el dinero haga parte del capital que integra la cuenta de ahorro individual que en este proceso se ordena trasladar al Régimen de Prima Media, realicen las gestiones necesarias con el fin de establecer las fuentes de financiación de la respectiva pensión y se devuelva a la Oficina de Bonos Pensionales el valor que corresponda.
- El numeral **QUINTO** se revoca parcialmente, solo respecto a la condena en costas en contra de COLPENSIONES, para en su lugar, **ABSOLVER** a la entidad por este concepto

SEGUNDO: En esta instancia no se causan costas.

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