

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105046202300056-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	VIDAL GERMÁN LOZANO VELÁSQUEZ
DEMANDADO	<ul style="list-style-type: none"> - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
Llamadas en garantía	<ul style="list-style-type: none"> - AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA - ALLIANZ SEGUROS DE VIDA

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

El señor **Vidal Germán Lozano Velásquez** pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM), al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de la AFP Colfondos S.A., por omisión al deber de información. En consecuencia, se le ordene a esta y a la AFP Protección S.A., retornar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, rendimiento, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses; que se ordene a Colpensiones a recibirlo en el RPM, y actualizar su historia laboral; condenar a los demandados al pago de las costas, agencias en derecho y a lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones señaló en síntesis, que desde el 01 de Julio de 1990, hasta el 01 de diciembre de 1996, estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales; que el 30 de septiembre de 1996, se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos cuando estos le presentaron el nuevo régimen; que posteriormente se

pasó a la AFP Protección mediante formulario firmado el 29 de octubre de 2003 y allí permanece hasta la actualidad.

Resaltó que, los asesores de las AFPs mencionadas le manifestaron que si se quedaba en el ISS perdería lo cotizado hasta el momento, sin derecho a pensión porque los fondos del Estado estaban en quiebra; que si se cambiaba al RAIS tendría mayores rendimientos, podrían pensionarse en el momento que lo deseara; que no le informaron acerca del derecho de retracto que le asistía, tampoco le entregaron un plan de pensiones, ni le explicaron las consecuencias del traslado del RPM al RAIS, y que lo mantuvieron en error al momento de afiliarse a cada fondo.

Narró que, el 4 de enero de 2023, interpuso derecho de petición ante Colpensiones, solicitando la declaratoria de nulidad del traslado del RPM al RAIS, pero tuvo respuesta negativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 14, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, solo aceptó el derecho de petición interpuesto por el demandante a esta entidad y la respuesta emitida; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a terceros. Como excepciones perentorias, propuso las de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 17, carpeta 1ª inst, exp digital) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, solo aceptó la afiliación realizada el 20 de octubre de 2003, por parte del actor a esa AFP; frente a los demás, dijo que no eran ciertos o que no le constaban por corresponder a un tercero. Formuló como excepciones de mérito, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la 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 de la afiliación por falta de causa y porque afecta a derechos de terceros de buena fe y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto.

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó (archivo 15, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, solo aceptó el traslado del actor a través del formulario firmado el 30 de septiembre de 1996; frente a los demás, dijo que no eran ciertos o que no le constaban. Formuló como excepciones de fondo, las de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la prescripción, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.

Adicionalmente, solicitó el llamamiento en garantía a **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.** y a **SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S.A.** hoy **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.** (f.º 34-39 y 98-103 archivo 16, carpeta 1ª inst exp. digital), en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos entre dichas entidades y Colfondos cuyas vigencias fueron respectivamente entre el 01 de enero de 1994, hasta el 31 de diciembre del 2000, y el 01 de enero del 2001 hasta el 31 de diciembre del 2001; que luego se prorrogó de común acuerdo solo para esta última, para las vigencias de los años 2002, 2003, y 2004, llamamiento que fue admitido por el Juzgado de origen (archivo 18, carpeta 1ª inst, exp. digital), y una vez notificadas las aseguradoras, contestaron la demanda. señalaron que se oponían a las pretensiones de esta y que no le constaba ningún hecho. Frente al llamamiento en garantía, expusieron que el seguro previsional expedido por ellos no tenía esa cobertura, por cuanto únicamente cobijaba el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente.

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. formuló como excepciones de mérito, las de: *i)* inexistencia de obligación de restitución de la prima del seguro previsional al estar debidamente devengada en razón del riesgo asumido; *ii)* inexistencia de obligación a cargo de Allianz Seguros de Vida S.A. Por cuanto la prima debe pagarse con los recursos propios de la AFP cuando se declara la ineficacia del traslado; *iii)* la ineficacia del acto de traslado no conlleva la invalidez del contrato de seguro previsional; *iv)* la eventual declaratoria de ineficacia del traslado no puede afectar a terceros de buena fe; *v)* falta de cobertura material de la póliza de seguro previsional No. 0209000001; *vi)* prescripción extraordinaria de la acción derivada del seguro; *vii)* aplicación de las condiciones del seguro y *viii)* cobro de lo no debido (archivo 20, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Por otro lado, **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, formuló las de inexistencia de cobertura por cuenta de la póliza de invalidez y sobrevivientes No.006, imposibilidad jurídica de devolver o reintegrar la prima devengada por cuenta de la póliza de invalidez y sobrevivientes No. 006, inexistencia de la obligación indemnizatoria a cargo

de Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. Por culpa negativa del llamante en garantía, enriquecimiento sin justa causa, obligación condicional del asegurador y límite de la cobertura la obligación indemnizatoria de conformidad con las condiciones de la póliza colectiva de invalidez y sobrevivientes (archivo 26, carpeta 1ª inst. exp. digital)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 09 de mayo de 2024 (archivo 37 y 38, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO.- DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por VIDAL GERMÁN LOZANO VELÁSQUEZ con destino a la AFP COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS, el 30 de septiembre de 1996 efectiva a partir de 1° de noviembre de ese mismo año; de acuerdo con las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO.- ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres rubros debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia del actor en esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. Para lo cual, se le concede un plazo de 30 días a la AFP PROTECCIÓN S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

TERCERO.- ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., a trasladar los dineros descontados por concepto de gastos de administración, 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, por todo el tiempo de permanencia del actor en esta AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. Para lo cual, se le concede un plazo de 30 días a la AFP COLFONDOS SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

CUARTO.- CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los valores referidos en los ordinales anteriores y a mantener la afiliación de VIDAL GERMÁN LOZANO VELÁSQUEZ como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional, debiendo actualizar su historia laboral.

QUINTO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas

SEXTO.- CONDENAR en costas de esta instancia a COLPENSIONES y a las AFP PROTECCIÓN SA y COLFONDOS S.A. Liquidense por secretaría, incluyendo en ellas como agencias en derecho el equivalente a un smlmv a cargo de cada una de las demandadas y a favor del demandante.

SÉPTIMO.- ABSOLVER a las llamadas en garantía AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA SA y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA SA, de acuerdo con lo esbozado en la parte motiva del presente proveído.

OCTAVO:- CONDENAR en costas a COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS y a favor de las llamadas en garantía AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA SA y ALLIANZ

SEGUROS DE VIDA SA. Líquidense por secretaría, fijando como agencias en derecho el equivalente a medio smlmv para cada una de ellas.

Para **Fundamentar su decisión**, se basó en varias normas y jurisprudencia, incluyendo, artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citando específicamente sentencias como la SL12136-2014, SL1467-2021, y SL 4025-2021, entre otras. Hizo especial énfasis en que el deber de información ha existido desde la creación de las AFP, y que ha evolucionado con el tiempo.

Recalcó que, las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen la obligación de proporcionar información clara, suficiente, transparente y oportuna a los afiliados al momento del traslado de régimen pensional. Lo que implicaba ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, al igual que sobre la existencia del régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales y brindar asesoría y buen consejo, lo que iba más allá de simplemente llenar un formulario. Señaló que este deber de información ha pasado por tres etapas históricas; de 1993 a 2009: el deber de información necesaria; de 2009 a 2014: el deber de asesoría y buen consejo y del 2014, en adelante el deber de doble asesoría; y que al haber realizado el cambio de régimen el 30 de septiembre de 1996 este se enmarcaba en la primera etapa.

Respecto de la carga de la prueba, estableció que le correspondía a las AFP demostrar que cumplieron con su deber de información, no al afiliado probar que no recibió dicha información. Esto se basa en que, la negación de no haber recibido información era un hecho negativo indefinido que no requería prueba y las AFP estaban obligadas a conservar en sus archivos la documentación que acredite el cumplimiento de su deber de información.

Consideró que, no existía evidencia de que Colfondos hubiera proporcionado información completa y detallada al demandante sobre las consecuencias del traslado; resaltó que el formulario de afiliación por sí solo no podía ser considerado prueba suficiente del cumplimiento del deber de información; que no se encontró evidencia de que se hubiera informado al demandante sobre su derecho de retracto y que no se aportaron pruebas de que se hubiera realizado una comparación entre los regímenes pensionales. Del interrogatorio de parte realizado al actor, adujo que, aunque este afirmó haber recibido cierta información sobre algunos beneficios del RAIS, ello no constituía una confesión respecto de que lo hubiesen ilustrado de forma completa y adecuada según los estándares jurisprudenciales. La *a quo* argumentó que las expresiones genéricas sobre beneficios no eran válidas cuando la persona desconocía la incidencia

que estas podían tener en sus derechos prestacionales, y que el deber de información no se agotaba en enumerar las ventajas del régimen de ahorro individual, sino que debía incluir también las desventajas y aspectos negativos.

En consecuencia, declaró ineficaz el traslado de régimen pensional realizado el 30 de septiembre de 1996 a través de la AFP Colfondos, y ordenó a esta y a la AFP Protección trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres rubros debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia del actor en cada una.

Absolvió a las aseguradoras llamadas en garantía, por considerar que las pólizas no cubrían la devolución de primas en caso de ineficacia del traslado y no existía un compromiso contractual que obligara a las aseguradoras a devolver las primas pagadas.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso en contra de la anterior providencia, argumentó que no participó en el proceso de traslado del demandante, que su responsabilidad se limitaba a aceptar la solicitud de traslado y afirmó que no existía para Colpensiones ningún otro deber legal más allá de aceptar la solicitud.

Sostuvo que, conforme el artículo 167 del CGP le incumbía a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagraba el efecto jurídico que ellas persiguen; que en este caso no podía considerarse al demandante como la parte débil de la relación, porque la misma norma estableció en cabeza de los potenciales afiliados el deber de asesorarse de la mejor manera, o por lo menos asistir a celebrar el negocio jurídico con una información mínima, por lo que el a quo debió tener en cuenta las circunstancias particulares de este caso. Agregó que nadie podía alegar su propia culpa a su favor.

COLFONDOS impetró recurso de alzada resaltando que el demandante en su interrogatorio de parte había manifestado que al momento del traslado si le había informado sobre los rendimientos financieros, que tendría un capital, el cual era heredable, que la charla fue grupal y duro entre 30 a 60 minutos aproximadamente, que había recibido una llamada antes de cumplir 52 años de edad de la AFP Protección donde le dieron una información y analizaron su futuro pensional. Agregó que la inconformidad del promotor del litigio radica única y exclusivamente en el valor de la mesada pensional.

Sostuvo que, para 1996 cuando el demandante se afilió a esa AFP no existía obligación de dejar constancia documental de la información suministrada, por lo que era imposible probar el cumplimiento del deber de información; que para esa data tampoco existía el deber de doble asesoría, ni las proyecciones pensionales, ni desincentivar al demandante para la afiliación al RAIS; que en sentencia CC SU107-2024 se moduló la interpretación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y se indicó que no era procedente realizar la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por la AFP Colfondos y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el traslado al régimen de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Colfondos S.A. y posteriormente a otra AFP, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Vidal Germán Lozano Velásquez nació el 08 de enero de 1962; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 30 de julio de 1990, hasta el 30 de septiembre de 1996, acumulando 242,29 (f.º 1041 y ss archivo 36, carpeta 1ª inst. exp. digital); *iii)* que el **30 de septiembre de 1996** se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. el cual se hizo efectivo a partir del 01 de noviembre de igual año (archivo 15, carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iv)* que el 29 de octubre de 2003, suscribió solicitud de vinculación a la AFP Protección, la cual se hizo efectiva el 01 de diciembre del mismo año (archivo 17, carpeta 1ª inst exp. Digital) donde ha venido cotizando hasta la fecha.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271

de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Asimismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse 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, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que 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 mismas 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», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, 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».*

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP 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.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte

de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**30 de septiembre de 1996**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

De otra parte, resulta importante aludir a la sentencia **SU 107 de 2024**, que recientemente profirió la Corte Constitucional, en donde hizo algunas precisiones relacionadas con el deber de información en los casos en que se alega la ineficacia de traslado, señalando que en gran parte compartía los postulados de la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, precisando puntualmente sobre el tema, lo siguiente:

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.*

No obstante, indicó la Corte Constitucional que el precedente de la Corte Suprema de Justicia podía generar algunas dificultades frente al debate estrictamente probatorio, arguyendo la alta Corporación:

322. *Sin embargo, al tiempo que se acepta todo lo anterior, la Sala también encuentra razonables algunos de los argumentos expuestos por las autoridades públicas que han participado en este proceso judicial. Así, por una parte, en lo que tiene que ver con el debate estrictamente probatorio, el precedente de la Corte Suprema de Justicia puede generar algunas dificultades. En efecto, con fundamento en la normatividad existente sobre la materia, puede resultar altamente complejo para una AFP demostrar -en la actualidad y por medio de pruebas directas- que sí brindó información a una persona que se trasladó en el periodo comprendido entre 1993 y 2009. Y ello tiene que ver con que el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 establecía que: “[c]uando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido”.¹ (Subrayas fuera de texto).*

323. *En una inmensa mayoría de casos, las AFP solo cuentan en sus archivos con el formulario exigido en la norma trascrita, formulario que, sin embargo, y como lo ha resaltado la propia Corte Suprema de Justicia, no es tenido en consideración a efectos de establecer si la afiliación se dio, en efecto, con pleno conocimiento de causa.*

324. *Distinta es la situación que se presenta, al menos, desde la expedición del Decreto 2241 de 2010, pues, en su artículo 7 -parágrafo 2-, se dispuso de manera categórica que era obligación de las AFP guardar todos los documentos a través de los cuales se pudiese verificar que “el consumidor financiero recibió la información suficiente y la asesoría requerida y que, en consecuencia, entiende y acepta los efectos legales, así como los potenciales riesgos y beneficios de su [traslado]”. Este mandato se volvió a incluir en la Circular Externa 016 de 2016, expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia. Así, toda aquella documentación que dé cuenta de la información que se prestó a la persona afiliada en el traslado que este hizo luego del año 2010, debe encontrarse en poder de las administradoras. Estas deben cumplir con la obligación de custodia documental, en el sentido expuesto por la jurisprudencia constitucional, debiendo guardar todos estos archivos y haciéndose responsables por su preservación.²*

¹ Decreto 692 de 1994, Artículo 11, inciso 7.

² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-214 de 2004. “Los archivos, en contextos de complejidad sistémica como los son las sociedades contemporáneas, suponen no sólo la correcta organización de los

325. De cualquier modo, las dificultades probatorias que se advierten en esta clase de procesos, no deberían suplirse solo acudiendo a la figura de la inversión de la carga de la prueba. De hecho, debería promoverse la participación de la parte demandante (que podría aportar los elementos con que cuente) y del juez (que podría acudir a sus poderes oficiosos), con el objeto de que se esclarezcan los hechos, tal y como se señaló supra.

326. De otra parte, en lo referido al argumento de la presunta afectación de la garantía de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, esta Corte advierte que aquella puede presentarse en alguna medida. Como se ha visto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ha sostenido que, de las 478.000 personas que ya no pueden trasladarse libremente entre regímenes porque están a 10 años o menos de adquirir la edad pensional, demandarían 223.306. Igualmente, el Ministerio señala que, en un 100%, las AFP perderían estas demandas. Ese Ministerio da por sentado que siempre que se demande se declarará la ineficacia del traslado entre regímenes. Esto, aunque puede ser relativo, debe llamar la atención de esta Corte.

Por consiguiente, la Corte Constitucional marcó las siguientes reglas de decisión:

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 acápite 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). (Subrayada y negrilla fuera del texto original).

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.** (Subrayada y negrilla fuera del texto original).

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,

documentos que se producen en el ejercicio estatal, sino que implican la posibilidad de ejercer derechos tan diversos como el acceso a la información y el goce efectivo de prestaciones sociales –entre otros-. Constituye además, uno de los pilares sobre los cuales se edifica el Estado de derecho en la modernidad: la posibilidad de ejercer control social, político y jurídico de las actuaciones que se desarrollan al interior de Administración pública. En la sistematización de la información, además, se manejan un saber y un poder específicos que, como tales, deben estar abiertos al conocimiento y debate públicos –dadas ciertas excepciones-.”

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 intermediación, 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. (Subrayado fuera texto original, negrilla texto original).

Como bien se desprende de la tesis planteada por la Corte Constitucional, en los casos de ineficacia de traslado ocurridos entre los años 1993 a 2009, al Juez le corresponde decretar y practicar las pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes conforme a las reglas de la sana crítica y solo de manera excepcional debe acudir a la inversión de la carga de la prueba. Acotó igualmente, la sentencia citada, que el anterior criterio debe ser aplicado a los procesos ordinarios que se encuentran en curso, bien sea en primera o segunda instancia e incluso en sede casación y los que se susciten en sede de tutela, con el fin de no transgredir el principio de seguridad jurídica.

Siguiendo el anterior derrotero jurisprudencial, procede la Sala a revisar las actuaciones procesales surtidas en primera instancia a fin de poder determinar si en efecto la parte actora logró acreditar a través de los medios probatorios decretados y practicados, que la AFP Colfondos S.A., no cumplió con su deber de información.

En el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **30 de septiembre de 1996**, el cual podría constituir un indicio de haber cumplido con esa obligación respecto del deber de información, no obstante, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse categóricamente que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, sin que además se allegaran otros elementos de juicio que permitieran corroborar tal aspecto fáctico.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En cuanto al interrogatorio de parte rendido por el actor, advierte la Sala que una vez escuchado el audio en su integridad se encontró que el señor Lozano Velásquez, indicó que es ingeniero civil con especialización en gerencia integral de obras, que actualmente no se encuentra pensionado, que se afilió el 30 de septiembre de 1996 a la AFP Colfondos, que firmó el formulario de manera libre, consciente y voluntaria, que recibió una charla grupal inicial seguida de una asesoría personalizada, que la charla duró entre 30 minutos y una hora, que le informaron sobre ventajas del traslado principalmente que sus aportes generarían unos mejores rendimientos, los que irían a su cuenta y así crecería, que en caso de fallecer sabía que sus aportes sería para sus beneficiarios; que no le explicaron cuáles eran las diferencias entre los dos regímenes pensionales, que no le presentaron proyecciones pensionales para poder entender la diferencia en la liquidación de la mesada; que recibía los extractos de Colfondos pero que no los entendía; que antes de cumplir 52 años de edad recibió una llamada de un asesor de la AFP Protección, quien le informó que era más beneficioso quedarse en el fondo privado, con la sorpresa de que hacía dos años se había acercado a preguntar por su pensión y resulta que era inferior a la que le hubiese correspondido en Colpensiones.

De lo anterior, se evidencia que al actor le informaron que tendría una cuenta de ahorro individual, a la cual irían sus aportes los que generarían rendimientos, para acrecentar su capital, y que sabía que sus aportes eran para sus beneficiarios en caso de fallecer; por ende, no se observa que la AFP que propició el cambio de régimen, le hubiese dado una información adecuada, suficiente, clara, transparente y detallada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada modelo pensional, pues era su deber o su obligación dar a conocer toda la verdad objetiva de los dos regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro, circunstancias que no se probaron en este asunto.

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de

por medio el acceso a un derecho fundamental, como es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen pensional, lo cual brilla por su ausencia en este caso.

De otro lado, **los actos u omisiones posteriores del afiliado**, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que el actor pasó de Colfondos a Protección, o porque le realizaron una reasesoría antes de cumplir 52 años de edad, **no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.**

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

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

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

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

De otra parte, no puede admitirse que actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que por ello no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1996; y el hecho que se hubiese trasladado entre fondos privados no convalida el cambio de régimen, primero, porque la ineficacia es insubsanable (sentencia CSJ SL1688-2019), y segundo, porque el hecho de realizar «*sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello*» convalide el incumplimiento del deber de información (sentencia CSJ SL3349-2021).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, aspectos que fueron analizados por el *a quo* y por esta instancia judicial a la luz de las reglas de la sana crítica de que trata el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, apreciándose libremente los medios de convicción que fueron allegados al presente proceso y que básicamente consistieron en el formulario de afiliación y el interrogatorio de parte rendido por el actor, fundamentándose esta decisión bajo los elementos de juicio que más persuadieron a su credibilidad y que conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, pues aunque para el momento en que se profirió la sentencia se apoyó en los fundamentos de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la inversión de la carga de la prueba, lo cierto es que analizó en conjunto todas las pruebas arrimadas al plenario, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y demás ítems ordenados devolver debidamente indexados**, en la sentencia SU 107 de 2024, sobre ese particular se sostuvo:

299. En relación con estas 25 modalidades de devolución, es menester aclarar que materialmente a pesar de que se declare la ineficacia del traslado no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Así, tan solo es susceptible de traslado 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. Incluso, tampoco sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS y que implicaron beneficios tributarios a efectos de la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, pues se trata de una serie de situaciones que consolidaron.³ (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

300. 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. En la Sentencia SU-313 de 2020, la Corte recordó que en relación con la distribución de la cotización obligatoria que del 16% que la compone, la Administradora de Fondos Pensionales que corresponda deberá destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Así entonces, la Corte explicó que la forma en la que se financia una pensión de invalidez en el RAIS, de acuerdo con el inciso primero del artículo 70 de la Ley 100 de 1993, así:

“6.3.3. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS deberá, por mandato de la ley, ser colectivo. Esas AFP no podrán realizar este tipo de negocios jurídicos en beneficio de un solo individuo, sino en favor del conjunto de sus afiliados. Una vez se suscriba el contrato, el pago de la prima debe efectuarse de manera obligatoria toda vez que, si ello no ocurre y el siniestro se produce, le corresponderá al fondo responder por los perjuicios que se causen a la persona.

“Quien habrá de tomar la póliza, como se desprende de lo antedicho, será la AFP. Ello debe hacerse garantizando, en todo caso, una licitación pública que haga posible la libre concurrencia de las entidades que estén autorizadas para asegurar este tipo de riesgos. Ejercicio que deberá permitir la igualdad de acceso, de información, la objetividad en la selección, la periodicidad y la publicidad. Una vez seleccionada la sociedad que servirá a este propósito, se entenderá que aquella habrá de responder por la suma adicional que haga falta para completar el capital suficiente a fin de financiar (i) la pensión de invalidez, solo en caso de que lo contenido en la cuenta individual de la persona no sea suficiente para el mismo propósito –como ya se dijo– y (ii) la pensión de sobrevivientes, en circunstancias similares a la anterior.”⁴

301. En cuanto a los gastos de administración, si bien no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, esta Corte ha expresado frente a los mismos gastos de administración en salud “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.”⁵ Ahora es de resaltar, que esta utilidad por la administración en pensiones tiene un impacto incluso para determinar a qué fondo pertenece un afiliado. Por ejemplo, en la Sentencia T-266 de 2023 la Corte amparó los derechos de una afiliada a la que Colpensiones le negó el traslado por considerar que no se encontraba en su aplicativo de traslados. En esta ocasión, la Sala Segunda de Revisión concluyó que operó la figura de la afiliación tácita: “(i) por la actitud que tuvo la administradora al aceptar, sin reparos, el traslado de la actora; (ii) porque (la entidad accionada) ha recibido sus aportes hasta la actualidad y durante un lapso prolongado; y (iii) porque cuando se solicitó el traslado de régimen, solo se había trasgredido la prohibición del artículo citado en este párrafo por dos meses... (la entidad accionada) vulneró los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y a la seguridad social de la (accionante) cuando negó el

³ Los aportes voluntarios a fondos de pensiones obligatorias están permitidos solo para los afiliados al RAIS, y se tienen como un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional de hasta el 25% del ingreso laboral anual o de la cédula general, porcentaje que no podrá ser superior en todo caso a 2.500 UVT.

⁴ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-313 de 2020.

⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-262 de 2013.

reconocimiento de una pensión de vejez bajo el argumento de que el traslado hecho hacia el RPM era nulo.”⁶(Negrilla y subrayado fuera del texto original).

[...]

303. 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.** (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

[...]

305. Desde la perspectiva constitucional, derivada del Acto Legislativo 01 de 2005, sobre el anterior argumento habría que reiterar dos cuestiones. La primera, es que, como ya se ha sugerido, **la afectación a la sostenibilidad financiera del RPM no está dada en el corto plazo, sino en el mediano y largo. En efecto, nunca el valor que la AFP traslada a Colpensiones por razón de la declaratoria de la ineficacia de un traslado (así se incluyan valores como el porcentaje destinado a gastos de administración, el pago de primas o los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, entre otros) será suficiente para financiar una prestación en el RPM. Y no lo será porque el RPM tendrá que financiar el subsidio a pensiones con altos ingresos en su base de cotización. Y la financiación será más elevada en la medida en que el monto de la mesada crezca.** (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

306. La segunda, es que la argumentación de la Corte Suprema de Justicia pasa por alto la regla que limita los traslados entre regímenes, impidiendo que estos se lleven a cabo si al afiliado le restan 10 años o menos para cumplir la edad de pensión. Esa regla tiene un fundamento técnico y financiero, dirigido precisamente a proteger la sostenibilidad financiera del sistema. En efecto, la regla de los 10 años ha procurado garantizar una adecuada responsabilidad fiscal en el manejo de los recursos del RPM.

307. La posición de la Corte Suprema de Justicia es que, si el traslado de un ciudadano hacia el RAIS se declara ineficaz, entonces habrá de asumirse que este ciudadano jamás salió del RPM. Pero, lo que sostiene esta Corporación, es que no es lo mismo haber estado siempre vinculado al RPM, que pasar a dicho régimen a último momento por cuenta de la declaratoria judicial de la ineficacia de un traslado.

308. En efecto, la persona que siempre estuvo afiliada al RPM contribuyó, con sus aportes, al pago de las pensiones en ese mismo régimen, dado que dicho fondo es común, solidario y de naturaleza pública. Si todas las personas que hoy se devuelven al RPM por cuenta de la declaratoria de la ineficacia de su traslado siempre hubiesen estado afiliadas -verdaderamente- a dicho régimen, este habría contado con más recursos para financiar sus pensiones y, en consecuencia, se habría acudido en menor proporción al presupuesto general de la Nación para completar el pago de pensiones. Esto supone, a su turno, que una buena parte del dinero que del presupuesto se destinó para el pago de pensiones en el RPM, pudo utilizarse en otras materias que resultaran importantes para el Estado y que hicieran parte del gasto público social.

[...]

312. En suma, la tesis de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, la declaratoria de la ineficacia no afecta la sostenibilidad financiera del RPM porque los aportes recibidos por el RAIS deben ser devueltos, comporta algunas complejidades. Esto por tres razones: (i) porque desconoce que el valor de los aportes devueltos es, de ordinario, insuficiente para financiar una mesada con un IBC elevado; (ii) porque desconoce las importantes razones, de orden técnico y financiero, que tuvo el legislador para imponer el límite de los 10 años a los traslados entre regímenes y, (iii) por más que se declare que por conducto de la ineficacia el tiempo se devuelve al día del traslado ello es materialmente imposible, pues el afiliado en el RAIS durante muchos años o incluso décadas se benefició de la administración de su pensión, su capital obtuvo rendimientos, pudo hacer aportes voluntarios, se

⁶ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-266 de 2023.

pagaron primas para los riesgos de invalidez y muerte, entre otras situaciones consolidadas. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

313. Además, sería muy importante recalcar en este punto que la protección de la sostenibilidad financiera es vinculante para todas las ramas y órganos que integran el Poder Público. De hecho, es muy dicente que el legislador, en el proyecto de ley No. 293 de 2023 Senado “Por medio de la cual se establece el Sistema de Protección Social Integral para la Vejez, Invalidez y Muerte de origen común, y se dictan otras disposiciones”, haya tenido la precaución de salvaguardar dicha sostenibilidad financiera. En efecto, el Gobierno Nacional, así como el Congreso de la República, han procurado respetar la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social a efectos de que el proyecto de reforma pensional no suponga un menoscabo a las finanzas de la Nación. Sobre dicho proyecto, como puede advertirse en la Gaceta del Congreso No. 1435 del 9 de octubre de 2023, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público conceptuó que:

“(…) la implementación de la propuesta de reforma, consistente con las disposiciones del articulado de ponencia propuesto para segundo debate, implicaría un impacto fiscal neto que se acoge a las posibilidades financieras de la Nación en el marco de las restricciones fiscales actuales y proyectadas. Todas las consideraciones incluidas son fiscalmente factibles manteniendo la sostenibilidad del sistema de protección a la vejez de las finanzas públicas en el largo plazo, de modo que pueden incorporarse en la planeación financiera del Gobierno nacional en línea con las restricciones presentadas por el Marco Fiscal de Mediano Plazo (MFMP), el Marco de Gasto de Mediano Plazo (MGMP) y el estricto cumplimiento de la regla fiscal”.⁷

314. Esta Corte ha sido enfática en que el deber de respetar la sostenibilidad financiera del régimen pensional no es una obligación exclusiva del legislador, toda vez que los jueces de la República también están vinculados por ese principio. Al respecto, en la Sentencia SU-063 de 2023, esta Corte sostuvo que “[e]l inciso séptimo del artículo 48 de la Constitución, adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, le impuso al Estado el deber de garantizar “la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional”. La Corte Constitucional ha reconocido en varias ocasiones que este principio es cardinal en la citada reforma, por lo que tiene naturaleza de principio constitucional específico del sistema de seguridad social, que debe ser consultado en todas las medidas de dirección y control de este sistema y contiene un mandato hermenéutico para los operadores judiciales (...)”.⁸

En atención a este nuevo criterio doctrinal, relativo a que NO resulta dable la devolución de las sumas destinadas a la garantía de pensión mínima ordenadas por el Juez, en virtud a que afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, que la Sala acoge por tratarse de sentencia de unificación con efectos *inter pares*, como expresamente se indicó en la parte resolutive de la referida providencia, razón por la cual esta Sala de Decisión rectificará su criterio, para en su lugar disponer que, no hay lugar a la devolución por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, ordenándose únicamente trasladar los aportes junto con los rendimientos y si se ha pagado bono pensional; en consecuencia, se revocará la decisión de primer grado en este puntual aspecto solo respecto de la AFP Colfondos por ser la única apelante.

PRESCRIPCIÓN

⁷ Gaceta del Congreso No. 1435 del 9 de octubre de 2023. P. 12.

⁸ Cfr., Corte Constitucional. Sentencia SU-063 de 2023.

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió adelante.

COSTAS

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera instancia.

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

RESUELVE:

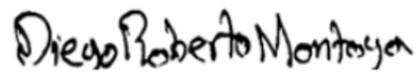
PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 46 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ABSOLVER** a la AFP Colfondos S.A. de la devolución por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 46 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

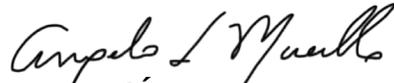
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

046 2023 00056 01

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la Colpensiones la suma de \$1.300.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado