

RV: 2023-416 ASPECTOS IMPORTANTES PARA RESALTAR SEGÚN SENTENCIA SU 107 de 2024. PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE JAVIER RICARDO PEÑA ANAYA CONTRA PORVENIR S.A. y OTROS

Juzgado 03 Laboral Circuito - Santander - Bucaramanga


<j03lcbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 2024-06-14 10:17

Para: Henry Fabiano Bohorquez Bravo <hbohorqb@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Luis Evelio Jaimes Vargas

<ljaimesv@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: Saray Idalith Arengas Ardila <sarengaa@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 2 archivos adjuntos (3 MB)

JAVIER RICARDO PEÑA ANAYA.pdf; SU-107-24__T-7.867.632_AC (1) - copia SIEMPRE ENVIAR CON MEMORIALES.pdf;

De: Carmen Acevedo <carmen.acevedo@gustavogarciayasociados.com>

Enviado: viernes, 14 de junio de 2024 8:00

Para: Juzgado 03 Laboral Circuito - Santander - Bucaramanga <j03lcbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Fwd: 2023-416 ASPECTOS IMPORTANTES PARA RESALTAR SEGÚN SENTENCIA SU 107 de 2024. PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE JAVIER RICARDO PEÑA ANAYA CONTRA PORVENIR S.A. y OTROS

Señores

JUEZ TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA
E.S.D

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE JAVIER RICARDO PEÑA ANAYA CONTRA PORVENIR S.A. y OTROS.

RAD. JUZGADO: 68001310500320230041600

ASUNTO: ASPECTOS IMPORTANTES PARA RESALTAR SEGÚN SENTENCIA SU 107 de 2024.

Del Honorable Juez:

CARMEN ROCÍO ACEVEDO BERMÚDEZ, abogado con Tarjeta Profesional No. 137.767 del Consejo Superior de la Judicatura y cédula de ciudadanía No. 37.726.059, actuando como apoderado general de **PORVENIR S.A**, me permito mediante el presente escrito, poner en conocimiento del despacho aspectos importantes para resaltar según la sentencia SU 107 de 2024 de la Honorable Corte Constitucional, ya que, la referida decisión en virtud de lo establecido en el artículo 241 de la Constitución Política es vinculante y obligatoria en todas las instancias de la Rama Judicial.

Señores

JUEZ TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA
E.S.D

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE
JAVIER RICARDO PEÑA ANAYA CONTRA PORVENIR S.A. y OTROS.

RAD. JUZGADO: 68001310500320230041600

ASUNTO: ASPECTOS IMPORTANTES PARA A RESALTAR SEGÚN
SENTENCIA SU 107 de 2024.

Del Honorable Juez:

CARMEN ROCÍO ACEVEDO BERMÚDEZ, abogado con Tarjeta Profesional No. 137.767 del Consejo Superior de la Judicatura y cédula de ciudadanía No. 37.726.059, actuando como apoderado general de **PORVENIR S.A.**, me permito mediante el presente escrito, poner en conocimiento del despacho aspectos importantes para resaltar según la sentencia SU 107 de 2024 de la Honorable Corte Constitucional, ya que, la referida decisión en virtud de lo establecido en el artículo 241 de la Constitución Política es vinculante y obligatoria en todas las instancias de la Rama Judicial.

Teniendo en cuenta la carga desproporcional que se le había impuesto a las AFP respecto de allegar material probatorio distinto del formulario de afiliación, el reciente pronunciamiento ha hecho referencia a la modulación de la carga de la prueba y el papel preponderante que debe realizar el juzgador a efectos la respectiva valoración probatoria a la luz del artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral y de la seguridad social; junto con los poderes probatorios que le asisten, pues si para la época de vinculación del potencial afiliado, lo único que se requería era la suscripción libre y voluntaria del formulario de afiliación. Máxime que la afiliación se realizaba de manera verbal, por lo

tanto, no es posible pretender exigencias probatorias que para la época o periodo comprendido entre 1993 y 2009 no se requerían.

En ese entendido, está en cabeza del extremo activo probar los supuestos que pretende hacer valer según lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., el cual indica:

“ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”

Lo anterior, teniendo en cuenta que el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia era desproporcionado, pues las administradoras del fondo de pensiones se encontraban ante una imposibilidad fáctica y jurídica, pues se pretendía hacer valer normatividad y disposiciones proferidas con posterioridad, incluso a la fecha de afiliación. Y por lo tanto no se puede partir de una negación indefinida y afirmar simplemente que se invierte la carga de la prueba.

En ese entendido, se reitera que el formulario de afiliación era el único soporte probatorio que se requería para el año de vinculación del hoy demandante y en consecuencia queda plenamente desvirtuadas las apreciaciones subjetivas, carentes de todo respaldo probatorio que realizó la parte demandante.

Finalmente, solicito muy respetuosamente que al darse aplicación a la sentencia que se ha hecho alusión, esto es, a la sentencia SU 107 de 2024 esta indicó que solo es posible trasladar los saldos de la cuenta de ahorro individual de la parte actora. Dicha providencia hizo alusión que ni las primas de seguros, los gastos de administración o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en


el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional.

Esto es, que para la aplicación de la sentencia referida debe tenerse en cuenta:

(i) se trata de una decisión que en virtud de lo establecido en el artículo 241 de la Constitución Política es vinculante y obligatoria en todas las instancias de la Rama Judicial, (ii) Se debe hacer un contundente análisis de cara al caso concreto y de las pruebas recaudadas bajo el principio de la unidad de la prueba, puesto que no basta con el dicho del demandante y (iii) reiterando en todo caso que, de ser declarada la ineficacia del traslado, la decisión se debe enmarcar en las reglas fijadas por la Corte Constitucional, principalmente en lo que atañe a la imposibilidad de ordenar trasladar cuotas de administración, primas de seguro previsional y/o los porcentajes de fondo de garantía de pensión mínima, menos aún de manera indexada.

Anexo: Sentencia SU 107 DE 2024

Del señor Juez, atentamente



CARMEN ROCIO ACEVEDO BERMUDEZ
C.C. 37.726.059 de Bucaramanga
T.P. 137.767 del C.S de la J.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA SU-107 DE 2024

Expedientes AC: T-7.867.632, T-7.930.563, T-7.936.682, T-7.938.558, T-7.940.054, T-7.944.741, T-7.946.315, T-7.946.354, T-7.981.335, T-8.031.929, T-8.040.807, T-8.224.223, T-8.235.289, T-8.256.424, T-8.261.557, T-8.255.677, T-8.319.475, T-8.322.441, T-8.355.875, T-8.357.853, T-8.405.298, T-8.464.250, T-8.464.951, T-8.484.811 y T-8.489.328

Acciones de tutela instauradas por la Administradora Colombiana de Pensiones -en adelante, Colpensiones- y por particulares determinados, en contra de diversas autoridades judiciales del país.

Magistrado Ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar

Bogotá, D.C., nueve (9) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en el proceso de revisión de los fallos de tutela expedidos en cada uno de los expedientes acumulados, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. La Corte Constitucional procede a revisar veinticinco (25) decisiones con las cuales se decidieron sendas acciones de tutela impetradas contra providencias judiciales en las que se resolvió sobre la presunta *ineficacia* de los traslados que realizaron algunas personas, en el período comprendido entre 1993 a 2009, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante, RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante, RAIS-.

2. Las acciones de tutela presentan una narrativa similar, con algunas particularidades. Por razones metodológicas, la presentación de los antecedentes se dividirá en dos grupos.¹

¹ El relato pormenorizado de los hechos que soportan de cada una de ellas y que están contenidos en cada uno de los expedientes, se sintetiza en el Anexo 1 de esta Sentencia.

3. En el primero,² se ubican las acciones de tutela que se dirigen contra providencias judiciales en las que no se accedió a la declaratoria de la *ineficacia* del traslado que una persona hizo del RAIS al RPM, argumentando la necesidad de estudiar cada demanda a partir del régimen de las *nulidades sustanciales*.³

4. En el segundo, se ubican las acciones de tutela dirigidas contra providencias judiciales en las que no se accedió a las pretensiones de los demandantes, pero por razones distintas a las del primer segmento. Estas razones son las siguientes: (i) se decretó la prescripción de la acción;⁴ (ii) probatoriamente se llegó a la conclusión de que la persona no fue engañada, en modo alguno, al momento de efectuar su traslado del RPM al RAIS;⁵ (iii) no se hizo uso del derecho al retracto;⁶ (iv) con posterioridad al traslado, la demandante se afilió a distintas Administradoras de Fondos de Pensiones privados -en adelante, AFP-, lo cual confirmó su intención de continuar en dicho régimen y no en el RPM (*teoría de los actos de relacionamiento*)⁷ y, (v) en sede de casación, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció que la *ineficacia* del traslado era imprescriptible. A partir de esta decisión, casó la sentencia del *ad quem*, en la que se habían negado las pretensiones de la persona demandante por cuenta del tiempo que transcurrió entre el momento del traslado y la formulación de la demanda (17 años). Contra esa determinación, Colpensiones instauró la correspondiente acción de tutela.⁸

5. De otro lado, cabe advertir que, dentro de las 20 acciones de tutela que hacen parte del *primer grupo*, se presentaron 5 casos donde las personas demandantes presentaron una *multi vinculación*. Esto es, permanecieron durante algún periodo afiliados a ambos regímenes y su pertenencia definitiva a uno de ellos se determinó administrativamente, luego de que las AFP y Colpensiones definieran su situación de conformidad con las reglas contenidas en el Decreto 3995 de 2008.⁹ De cualquier manera, dentro de los procesos ordinarios laborales que se siguieron en estos 5 casos, nunca se discutió la múltiple afiliación de los usuarios. En efecto, ni las personas ni los demandados hicieron hincapié en este asunto, de manera que el proceso judicial se centró en identificar si cada

² Expedientes T-7.930.563, T-7.936.682, T-7.938.558, T-7.940.054, T-7.944.741, T-7.946.315, T-7.946.354, T-8.040.807, T-8.224.223, T-8.235.289, T-8.256.424, T-8.261.557, T-8.322.441, T-8.355.875, T-8.357.853, T-8.405.298, T-8.464.250, T-8.464.951, T-8.489.328 y T-8.255.677.

³ En estas providencias, como se relatará más adelante, las autoridades judiciales accionadas establecieron que: (i) el precedente de la Corte Suprema de Justicia, según el cual, la carga de la prueba respecto del deber de información recae en las AFP siempre que se demande la ineficacia del traslado pensional, es aplicable solo en aquellos eventos en los que las personas que se trasladaron hubieren contado con la expectativa de hacer parte del régimen de transición o, en su defecto, que estuvieren cerca de consolidar un derecho pensional en el RPM. (ii) El deber de información, para el periodo comprendido entre 1993 y 2009, se acredita con el formulario de traslado. (iii) Los demandantes no cumplieron con la carga de demostrar que fueron engañados por las AFP al momento de realizar sus traslados, y (iv) la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

⁴ Expediente T-8.031.929. En los términos del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

⁵ Expediente T-7.981.335.

⁶ Expediente T-8.319.475. Derecho contemplado en el Decreto 1161 de 1994 -artículo 3-, del que podía hacerse uso dentro de los 5 días siguientes al traslado inicial.

⁷ Expediente T-8.484.811.

⁸ Expediente T-7.867.632.

⁹ Se trata de los siguientes casos: Armando Padilla Romero (T-7.936.682); María del Carmen Castañeda (T-7.938.558); Maritza Navarro García (T-7.944.741); Elsy Jeannete Garzón Martínez (T-8.256.424); y Magda Cristina Suárez Rodríguez (T-8.355.875).

afiliado fue debidamente informado o no antes de que efectuara su traslado al RAIS. Asimismo, esta situación tampoco había sido informada en los procesos de tutela y solo se conoció después de que Asofondos remitiera, el 7 de junio de 2022, un escrito a la Corte en el que daba cuenta de esta circunstancia.

A. Hechos relevantes en el primer grupo y decisiones de instancia

6. De los veinticinco (25) casos acumulados, veinte (20) comparten una situación fáctica similar.¹⁰ Se trata de personas que pasaron del RPM al RAIS, como ya se dijo, en el periodo comprendido entre 1993 y 2009. Luego iniciaron un proceso ordinario laboral con el ánimo de que allí se declarara la *ineficacia* de ese traslado, sobre la base de que habían sido indebidamente informadas y asesoradas por las AFP al momento en que tomaron dicha determinación. Los demandantes señalaron que esa ausencia de información repercutió en la decisión de optar por un régimen que, a la postre, les resultó lesivo.

7. En la mayoría de estos casos, los jueces de primera instancia accedieron a las pretensiones de los demandantes y declararon la *nulidad* o la *ineficacia* del traslado.¹¹ En otros casos, los jueces negaron lo pretendido.¹²

8. De cualquier modo, luego de que en cada proceso se surtiera el grado jurisdiccional de consulta o se interpusiera el respectivo recurso de apelación, los jueces de segunda instancia confirmaron las decisiones que negaban la *ineficacia* del traslado, o revocaron aquellas en las que se había accedido a ello.¹³ Las razones para tomar estas decisiones fueron las mismas y se pueden resumir del siguiente modo:

Primera. Los demandantes que se trasladaron al RAIS no estaban llamados a recuperar el régimen de transición, por tener menos de 15 años de cotizaciones antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994). Los tribunales resaltaron que, atendiendo a razones de estabilidad económica del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993,¹⁴ y el Decreto 3800 de 2003, limitaron el derecho de traslado de régimen impidiendo que el mismo se llevara a cabo por una persona cuando a esta le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Sin embargo, la posibilidad de retornar al RPM solo se mantuvo para aquellos que contaran con 15 años de cotizaciones a la entrada en vigencia del sistema. Como los demandantes

¹⁰ Expedientes T-7.930.563, T-7.936.682, T-7.938.558, T-7.940.054, T-7.944.741, T-7.946.315, T-7.946.354, T-8.040.807, T-8.224.223, T-8.235.289, T-8.256.424, T-8.261.557, T-8.322.441, T-8.355.875, T-8.357.853, T-8.405.298, T-8.464.250, T-8.464.951, T-8.489.328 y T-8.255.677.

¹¹ Expedientes T-7.930.563, T-7.936.682, T-7.938.558, T-7.940.054, T-7.944.741, T-7.946.315, T-7.946.354, T-8.224.223, T-8.235.289, T-8.322.441, T-8.357.853, T-8.405.298, T-8.464.250, T-8.464.951, T-8.489.328 y T-8.255.677.

¹² Expedientes T-8.040.807, T-8.256.424, T-8.261.557 y T-8.355.875.

¹³ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral- (Expedientes T-7.930.563, T-7.936.682, T-7.938.558, T-7.940.054, T-7.944.741, T-7.946.315, T-7.946.354, T-8.224.223, T-8.235.289, T-8.256.424, T-8.261.557, T-8.322.441, T-8.355.875, T-8.357.853, T-8.405.298, T-8.464.250, T-8.464.951, T-8.489.328 y T-8.255.677). Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia -Sala Civil, Familia, Laboral (Expediente T-8.040.807).

¹⁴ Modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

no acreditaban esta condición -advirtieron las autoridades judiciales censuradas- no podían regresar al RPM. Asimismo, también se hizo hincapié en que ninguno de los demandantes, para el momento en que se trasladó al RAIS, estaba cerca de acceder a la pensión en el RPM.

Segundo. Dado que los demandantes alegaron que, por virtud de la ausencia de información, se afiliaron al RAIS, correspondía establecer si su consentimiento se vio viciado por esta circunstancia. Al resolver sobre las demandas formuladas en estas causas, los jueces accionados concluyeron que no era posible trasladar la carga de la prueba a las AFP. En consecuencia, y desde su interpretación, cada demandante debía acreditar de qué manera fue objeto de coacción, error o inducción a efectos de probar que su decisión de trasladarse al RAIS no fue consciente ni libre; esto siguiendo los términos del artículo 167 del Código General del Proceso. Así las cosas, dado que no se demostró, en ningún caso, la existencia de presuntas presiones indebidas por parte de los asesores del RAIS, no era posible acceder a las pretensiones de los demandantes.

Tercero. Todos los demandantes suscribieron debidamente el formulario de afiliación al RAIS, sin que, como ya se dijo, demostraran probatoriamente haber sido engañados en la toma de esa decisión. Además, lo firmaron en una época en la que el deber de información, que debían prestar las AFP, se acreditaba con la explicación de los dos regímenes y las implicaciones genéricas de pertenecer a uno u otro. Reiteraron los tribunales que, en la época comprendida entre 1993 y 2009, las AFP no estaban en la obligación de realizar proyecciones pensionales más específicas, pues ello solo se ordenó con la Ley 1748 de 2014.¹⁵

9. Contra estas decisiones, en la mayoría de los casos, no se instauró el correspondiente recurso de casación.¹⁶ En otro, el recurso se promovió, pero se negó en auto del 31 de octubre de 2018, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia - Sala Civil, Familia, Laboral-.¹⁷ En otro, se presentó, pero luego se declaró desierto por falta de sustentación.¹⁸ Y en tres más se promovió, pero las demandantes, a través de apoderado, desistieron del mismo.¹⁹

10. A pesar de no agotar todos los recursos ordinarios y extraordinarios con que contaban, todos los demandantes formularon acciones de tutela contra las sentencias de los tribunales. En ellas señalaron, básicamente, que los accionados habían desconocido el precedente establecido por la Corte Suprema de Justicia al abordar materias como

¹⁵ En el caso de la accionante Claudia Victoria Pareja Martínez (T-8.040.807), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Armenia señaló, como juez de segunda instancia, que el traslado al RAIS no implicó para la actora la pérdida del régimen de transición, por lo cual ella tenía el deber de demostrar algún vicio de consentimiento al momento en que efectuó su traslado, y no lo hizo. Algo similar se argumentó en el caso de Maritza Navarro García (T-7.944.741). Allí se dijo que la actora no era beneficiaria del régimen de transición pues no contaba ni con 35 años de edad, ni con 15 años de servicio para el 1 de abril de 1994. La demandante diligenció el formulario de Colmena de manera voluntaria y podía continuar en el ISS si así lo quería. Por tanto, el traslado al RAIS cumplió con los presupuestos legales requeridos para su validez.

¹⁶ Expedientes T-7.930.563, T-7.936.682, T-7.938.558, T-7.940.054, T-7.944.741, T-7.946.315, T-7.946.354, T-8.224.223, T-8.235.289, T-8.256.424, T-8.261.557, T-8.322.441, T-8.357.853, T-8.489.328 y T-8.255.677.

¹⁷ T-8.040.807.

¹⁸ T-8.355.875

¹⁹ T-8.405.298, T-8.464.250 y T-8.464.951.

estas. En dicho precedente, señalaron que se tiene establecido, entre otras cosas, (i) que corresponde a las AFP demostrar que sí informaron debidamente a los usuarios del sistema sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, y (ii) el formulario de afiliación no es prueba suficiente e idónea para demostrar dicho suministro de información.

11. En todos los casos, quien conoció del proceso de tutela en primera instancia fue la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral. También, en todos los casos, se amparó el derecho al debido proceso de los tutelantes, al comprobarse que las autoridades judiciales accionadas habían desconocido el precedente vertical, establecido en sede de casación. En estas providencias se expusieron los siguientes argumentos relevantes:

Primero. La Corte Suprema de Justicia concluyó, de manera preliminar, que todos los casos eran procedentes. Ahora, respecto del presupuesto de la subsidiariedad, esa Corporación fue consciente de que el recurso extraordinario de casación no se adelantó en debida forma (o se desistió de él). Sin embargo, señaló que esta circunstancia no impedía que las acciones de tutela procedieran contra las decisiones judiciales censuradas. La razón fundamental para concluir aquello fue que el desconocimiento de su precedente, por parte de las accionadas, había sido *evidente*, al punto que, de declarar la improcedencia de la acción, se ocasionaría una seria lesión a los derechos de los accionantes.

El siguiente fragmento es tomado de una de las sentencias de tutela, pero replicado en todas las demás:

“El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En este caso, si bien la accionante no agotó el recurso extraordinario de casación, considera la Sala que este requisito debe flexibilizarse en aras de la defensa del orden jurídico, la libertad ciudadana, la dignidad, el debido proceso, el derecho a la igualdad y el respeto a los derechos fundamentales de los potenciales pensionados que se trasladaron entre regímenes pensionales, sin la debida información.

“En efecto, esta Corporación en sentencia STL13133- 2019 explicó que el requisito de subsidiariedad no es absoluto y debe examinarse en cada caso concreto, «al punto que es posible que ceda cuando se advierte la vulneración de derechos fundamentales que no pueden ser restablecidos efectivamente mediante las vías ordinarias, pues de no concederse el amparo, se consumaría un daño irreparable».

“Ahora, es cierto que en otras oportunidades la Sala ha considerado improcedente la acción de tutela por no haberse agotado el recurso de casación; sin embargo, una nueva reflexión sobre la materia la lleva a concluir que cuando en sede de tutela se detecte una rebeldía infundada y obstinada contra la jurisprudencia consolidada de esta Corporación, en relación con un asunto decantado por más de una década, se impone flexibilizar este requisito para garantizar la supremacía constitucional y la vigencia de los valores de un sistema jurídico que aspira a ser justo.”²⁰

²⁰ Expediente T-8.261.557. Contenido en *siicor*. Ver sentencia de primera instancia.

Segundo. Respecto del fondo, se adujo que los tribunales desconocieron abierta y deliberadamente el precedente establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Se recordó que dicha Corte ha establecido algunas reglas o pautas en lo relativo a la forma en que los jueces ordinarios en lo laboral deben resolver las cuestiones referidas a la *ineficacia* de los traslados pensionales. Una de esas reglas establece que es deber de las AFP “*suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.*”²¹

12. La Corte resaltó que esta regla no debe aplicarse únicamente en favor de aquellos beneficiarios del régimen de transición, o de quienes, para el momento del traslado, estaban *ad portas* de adquirir un beneficio prestacional en el RPM. Al contrario, dijo que, siempre que se busque en un proceso judicial la declaratoria de la *ineficacia* de un traslado, debe asumirse que las condiciones antedichas son irrelevantes a la hora de invertir la carga de la prueba, “*dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, en sí mismo considerado.*”²²

13. También recordó la Corte que desde la Sentencia CSJ SL 9 sep. 2008, rad. 31989, se adujo que la simple suscripción del formulario de afiliación, “*al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, 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, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*”²³

14. Se indicó que, según lo dicho por esa Corte, el deber de información ha existido desde el momento mismo en el que se creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. En tanto todos los demandantes, como se ha mencionado, pretendían en el proceso ordinario laboral la declaratoria de la *ineficacia* de los traslados que hicieron del RPM al RAIS, en el periodo comprendido entre 1993 y 2009, la Sala reiteró, al resolver cada tutela, que lo exigido a las AFP, por la normatividad vigente en ese momento, era: “*dar a conocer «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen [los afiliados], de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado» (numeral 1.º, artículo 97 Decreto 663 de 1993).*”²⁴ Según la misma Corte, este deber implicaba “*una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado [pudiera] conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; pero también la obligación de dar a*

²¹ Ibidem. Para ello se citaron sentencias como las siguientes: CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

*conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible.”*²⁵

15. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia también hizo énfasis en que los tribunales desconocieron el hecho de que la consecuencia de la afiliación desinformada es la *ineficacia* y no la *nulidad*. Explicó la Sala que, desde la óptica de las nulidades sustanciales, correspondería a los afiliados demostrar la existencia de vicios en su consentimiento (error, fuerza y dolo). Sin embargo, estos vicios no deben ser demostrados si se alega la falta de información en el acto del traslado. Según la Sala, la Corte Suprema de Justicia ha asumido que, a partir de la lectura de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el incumplimiento del deber de información trae como consecuencia la declaratoria de la *ineficacia* del acto de traslado.

16. También se resaltó que el desconocimiento del deber de información no se sana con el tiempo, lo que sí puede ocurrir con determinadas nulidades. En consecuencia, y frente a todos los casos, la Corte Suprema de Justicia concluyó que los tribunales:

*“[transgredieron], de nuevo, el precedente de esta Corporación al analizar la temática propuesta desde el régimen de las nulidades, exigiendo a [los demandantes] la prueba de vicios del consentimiento. En vez de ello, [debieron] abordar el asunto a partir del instituto de la ineficacia en sentido estricto, terreno en el cual no se exige la presencia de vicios en el consentimiento, sino que le basta al afiliado alegar el incumplimiento del deber de información de la administradora para que opere una inversión de la carga de la prueba”.*²⁶

17. Dicho esto, en todos los casos señalados en este primer grupo, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral, actuando como juez de tutela, amparó el derecho al debido proceso de los accionantes y dejó sin efectos las sentencias censuradas. Acto seguido, otorgó un plazo para que los accionados emitieran una nueva decisión teniendo en cuenta el precedente aludido.

18. Luego de impugnadas estas decisiones, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (en sus distintas Salas de Decisión de Tutelas), resolvió confirmar las sentencias proferidas en primera instancia con fundamento en los mismos argumentos del *a quo*.

B. Hechos relevantes respecto del segundo grupo y decisiones de instancia

Expediente T-8.031.929 (sobre la prescripción de la solicitud de ineficacia)

19. La accionante²⁷ inició proceso ordinario laboral con el objeto de que se reconociera la *ineficacia* del traslado que efectuó del RPM al RAIS en agosto del año 2000.²⁸ El 12

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ María Cecilia Gamboa Casablanca.

²⁸ Expediente ordinario laboral No. 11001310503420160002200. Folio 5.

de marzo de 2018, el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá accedió a sus pretensiones. Empero, el 22 de agosto de 2018, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-, revocó la antedicha decisión, sobre la base de que había operado el fenómeno de la prescripción trienal establecida en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto advirtió que la accionante había descubierto los efectos adversos del traslado que había efectuado al RAIS, desde el 3 de agosto de 2009, momento en el que solicitó a las administradoras su devolución al ISS, y solo acudió a la jurisdicción ordinaria laboral el 11 de marzo de 2016.²⁹

20. La accionante formuló la presente tutela el 7 de febrero de 2020, tras considerar que el fallo del *ad quem* había desconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, la solicitud relativa a la *ineficacia* del traslado es imprescriptible.³⁰

21. El 27 de mayo de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia profirió fallo. Allí señaló, primero, que había que flexibilizar los presupuestos de inmediatez (la acción de tutela se dirige contra una providencia judicial emitida 1 año y 6 meses antes de su formulación) y de subsidiariedad (no se presentó recurso de casación), porque el desconocimiento del precedente jurisprudencial había sido evidente. Sobre el fondo del asunto, la Corte indicó que “*esta Sala se ha pronunciado en relación con la aplicación del fenómeno prescriptivo, en aquellos casos relacionados con la ineficacia del traslado de regímenes pensionales, considerando que esta extinción, no es ajustable a este tipo de asuntos*”.³¹ La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas No. 1-, el 21 de julio de 2020.³²

Expediente T-7.981.335 (se niega el amparo porque la decisión censurada se soportó en elementos materiales probatorios recaudados)

22. La accionante³³ se trasladó al RAIS el 4 de abril de 1995. El 8 de septiembre de 2017 formuló demanda ordinaria laboral contra Colpensiones y Porvenir S.A., solicitando la declaratoria de la *ineficacia* de dicho traslado. Informó en la demanda ordinaria laboral, por conducto de apoderado, que:

“Luego de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, la señora Patiño Duque fue visitada y contactada por una dependiente de la Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir,

²⁹ Ibidem. Folio 485.

³⁰ Expediente T-8.031.929. Contenido en *siicor*. Ver acción de tutela.

³¹ Expediente T-8.031.929. Contenido en *siicor*. Ver sentencia de tutela de primera instancia. Allí se citó la Sentencia CSJ SL1421-2019, en la que se señaló sobre el particular lo siguiente: “De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo”.

³² Expediente T-8.031.929. Contenido en *siicor*. Ver sentencia de tutela de segunda instancia.

³³ Gloria Patricia Patiño Duque.

quien la invitó y asesoró para trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

“La asesoría de la dependiente de la AFP Porvenir consistió en convencer a la demandante de que si se producía el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, tendría una pensión de vejez no solo anticipada sino superior a la que obtendría si se mantuviera en el régimen de prima media con prestación definida y con derecho a excedentes de libre disposición.”³⁴

23. Aunque en providencia del 30 de julio de 2018, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira declaró la ineficacia de dicho traslado, en segunda instancia tal determinación fue revocada por el Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial -Sala Laboral-, en sentencia del 30 de abril de 2019. El análisis de esta última autoridad judicial fue fundamentalmente probatorio. Advirtió, sobre el particular, que se había demostrado a través de un interrogatorio de parte que la accionante había recibido información sobre las implicaciones del cambio de régimen y que esto había sido confirmado con los testimonios brindados por sus compañeros de trabajo.

24. Contra esta decisión, la accionante no presentó recurso de casación. Pero sí formuló, el 14 de agosto de 2019, acción de tutela. Señaló que la sentencia censurada había valorado indebidamente las pruebas y que, además, había desconocido el precedente de la Corte Suprema de Justicia, dado que no invirtió la carga de la prueba en su favor, para que fuese la AFP quien demostrara que actuó con diligencia en el suministro de información relativa a la afiliación al RAIS.³⁵

25. En sentencia del 27 de agosto de 2019, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió no amparar el derecho fundamental alegado. Para esto, indicó que la sentencia censurada no contenía ninguna “*vía de hecho*”, pues, de cualquier manera, la decisión se fundó en el material probatorio obrante en el expediente, del cual se desprendía que la accionante, el 4 de abril de 1995, sí fue debidamente informada respecto de las características de ambos regímenes, luego de lo cual, optó por afiliarse al RAIS.³⁶ El 17 de marzo de 2020, la sentencia de primera instancia fue revocada por la Sala de Casación Penal -Sala de decisión de tutelas No. 3- de la Corte Suprema de Justicia. En esa oportunidad, el *ad quem* señaló que la acción debió ser declarada improcedente desde el inicio, luego de verificar que no se agotó el recurso extraordinario de casación.³⁷

Expediente T-8.319.475 (sobre el derecho de retracto respecto del traslado)

26. La accionante³⁸ nació el 6 de febrero de 1955. Estuvo afiliada al RPM hasta el 27 de marzo de 1995, fecha en la cual se trasladó al RAIS mediante la AFP Colfondos. El 28 de octubre de 1996, según señaló la tutelante, presentó una “*solicitud de retracto*”,

³⁴ Expediente ordinario laboral No. 66001310500420170041300. Folios 13-15.

³⁵ Expediente T-7.981.335. Contenido en *siicor*. Ver acción de tutela.

³⁶ Expediente T-7.981.335. Contenido en *siicor*. Ver sentencia de tutela de primera instancia.

³⁷ Expediente T-7.981.335. Contenido en *siicor*. Ver sentencia de tutela de segunda instancia.

³⁸ Araminta Angarita.

amparándose en lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995, según el cual, “[l]as personas que con ocasión de la vigencia del Sistema General de Pensiones se trasladaron de régimen podrán, hasta el 31 de diciembre de 1996, solicitar su retiro de la entidad administradora seleccionada y por lo tanto regresar a la entidad administradora de la cual se desafiliaron, cuando se cumplan los siguientes dos requisitos: // 1. Que el solicitante sea beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos; y // 2. Que el traslado de régimen evidencie un perjuicio al afiliado frente al régimen del cual se trasladó”.³⁹

27. El 27 de abril de 1997, el Gerente de Colfondos le informó que la solicitud de retracto había sido aprobada. Sin embargo, luego de solicitar a Colpensiones, en el año 2015, una certificación de pertenencia al RPM, esa Administradora le informó que no estaba afiliada allí. Acudió entonces a Colfondos, donde se le informó que seguía afiliada al RAIS, en concreto, desde el 27 de marzo de 1995. Así las cosas, formuló demanda ordinaria laboral contra Colpensiones y Colfondos, solicitando tener en cuenta “el derecho de retracto” del que trata el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995.⁴⁰

28. A pesar de que, en sentencia del 20 de noviembre de 2019, el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá accedió a las pretensiones de la demandante, en segunda instancia dicha providencia fue revocada por el Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial - Sala Laboral-, el 30 de septiembre de 2020. En interpretación de esta última autoridad, si la demandante quería hacer efectivo el derecho de retracto respecto del traslado que realizó hacia el RAIS, debía manifestarlo así en los 5 días siguientes a ese momento. Esto según lo establecido en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994.⁴¹ Dado que la demandante no cumplió con dicho requisito, porque la solicitud de traslado al ISS la presentó el 28 de octubre de 1996, no era posible acceder a sus pretensiones.

29. De otra parte, indicó la autoridad judicial que, además, si la accionante pretendía trasladarse del RAIS al RPM, debía cumplir los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994 -artículo 15- según el cual, “[u]na vez efectuada la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior”. Dicho esto, concluyó que para el momento en que la señora Angarita solicitó el traslado “no habían transcurrido 3 años”.⁴²

30. Contra esta decisión, la accionante no presentó recurso de casación. Pero sí formuló, el 11 de diciembre de 2020, acción de tutela. Señaló que la sentencia censurada había

³⁹ Decreto 1642 de 1995. Artículo 2. Parágrafo transitorio.

⁴⁰ Expediente T-8.319.475. Contenido en *siicor*. Ver acción de tutela.

⁴¹ Decreto 1161 de 1994. Artículo 3. “Se entenderá permitido el retracto del afiliado en todos los casos de selección con el objeto de proteger la libertad de escogencia dentro del Sistema General de Pensiones, de una administradora de cualquiera de los regímenes o de un plan o fondo de pensiones, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquel haya manifestado por escrito la correspondiente selección. // En caso de retracto deberá darse aviso al empleador o a la administradora según sea el caso, con el objeto de que esta traslade la correspondiente cotización. // Cuando las administradoras efectúen procesos de promoción, deberán informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse de que trata el presente artículo.”

⁴² Expediente T-8.319.475. Contenido en *siicor*. Ver sentencia de tutela de primera instancia.

desconocido el derecho al debido proceso, contenido en el artículo 29 de la Constitución Política, tras haber interpretado de modo restrictivo las normas que regulaban el traslado entre regímenes en la época.⁴³

31. En sentencia del 27 de enero de 2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió amparar el derecho fundamental alegado. Esa autoridad judicial citó el contenido de la petición presentada por la accionante el 28 de octubre de 1996, de donde se extrae que su intención no era hacer efectivo el derecho de retracto contemplado en el Decreto 1161 de 1994, ni solicitar un traslado normal, sino acogerse al “Decreto 1642, artículo 2º, parágrafo transitorio, emanado el 25 de septiembre de 1995”. En consecuencia, la Sala de Casación Laboral concluyó:

“(…) se equivoca el ad quem al establecer que el traslado de la afiliada se regía de conformidad con el artículo 15 del Decreto 642 de 1994 y, por ello, Angarita debía esperar el término de 3 años para efectuar dicha elección, pues como ya se dijo, la norma que rige el traslado de aquella es el parágrafo transitorio del artículo 2 de Decreto 1642 de 1995, disposición posterior a la reseñada por el colegiado, ya que la afiliada radicó esa solicitud el 28 de octubre de 1996 y esa norma otorgó esa posibilidad hasta el 31 de diciembre de esa anualidad, esto es, dentro de dicho período.”⁴⁴

32. Esta sentencia fue confirmada por la Sala de Casación Penal -Sala de decisión de tutelas No. 2-, el 23 de marzo de 2021, con base en los mismos argumentos expuestos por el *a quo*.⁴⁵

Expediente T-8.484.811 (sobre los actos de relacionamiento)

33. La accionante Ana Esperanza Lara Rodríguez nació el 10 de julio de 1957. Estuvo afiliada al RPM hasta el 30 de noviembre de 1998, pues, en diciembre de ese mismo año, se trasladó al RAIS. Desde esa fecha, en adelante, cambió constantemente de AFP dentro del mencionado régimen. En concreto, estuvo afiliada a Horizonte S.A.,⁴⁶ Porvenir S.A.,⁴⁷ y Colfondos S.A.⁴⁸ La señora Lara formuló demanda ordinaria laboral con el objeto de que se declarara la *nulidad o ineficacia* del traslado que efectuó al RAIS a finales de 1998. En tanto este, según afirmó, fue consecuencia de un “*acoso sistemático por parte de los asesores de la AFP BBVA HORIZONTE, quienes le ofrecieron beneficios superiores a los que podría obtener con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al momento de pensionarse*”.⁴⁹

34. En sentencia del 1 de julio de 2015, el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá desestimó las pretensiones y absolvió a las entidades demandadas. Decisión que se

⁴³ Expediente T-8.319.475. Contenido en *siicor*. Ver acción de tutela.

⁴⁴ Expediente T-8.319.475. Contenido en *siicor*. Ver sentencia de tutela de primera instancia.

⁴⁵ Expediente T-8.319.475. Contenido en *siicor*. Ver sentencia de tutela de segunda instancia.

⁴⁶ En dos periodos: a) desde el 1 de diciembre de 1998 hasta el 30 de mayo de 1999; y b) desde marzo hasta agosto de 2004.

⁴⁷ En cuatro periodos: a) desde junio de 1999 hasta mayo de 2001, b) desde junio de 2002 hasta mayo de 2003, c) desde diciembre de 2003 hasta febrero de 2004, y d) desde septiembre de 2005 hasta el 13 de noviembre de 2007.

⁴⁸ En un periodo: desde junio de 1999 hasta mayo de 2001.

⁴⁹ Así se relata en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL3752-2020, a través de la cual se resolvió el recurso de casación dentro del proceso ordinario No. 11001310502820140013900.

confirmó por parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial, el 7 de octubre de 2015. El *ad quem* advirtió, fundamentalmente, (i) que los elementos materiales probatorios que obraban en el proceso no acreditaban la existencia de vicios en el consentimiento de la demandante al momento de su traslado de régimen, aspecto que ella debía probar, según lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil; y (ii) que la demandante había sido juez de la República y, por tanto, debía conocer las normas jurídicas que regulaban aspectos tales como los traslados o el régimen de transición en el RPM.⁵⁰

35. Contra esta decisión, la accionante formuló recurso de casación. En él argumentó, nuevamente, que fue engañada por parte de la AFP demandada, que, entre otras cosas, debía demostrar en el proceso laboral que actuó con diligencia prestándole la información necesaria en su proceso de traslado. Dado que dicha AFP no cumplió con la mencionada carga, aquella debió ser condenada.⁵¹

36. La Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral, Sala de Descongestión No. 4-, en sentencia del 15 de septiembre de 2020, decidió no casar la sentencia del *ad quem*. Luego de recordar las reglas relativas (i) al deber de información que deben prestar las AFP en los traslados; (ii) a la inversión de la carga de la prueba en este tipo de casos; y (iii) a los efectos de la ineficacia del traslado, señaló lo siguiente:

“(…) si bien las conclusiones del Tribunal fueron inicialmente desacertadas, en el sentido de asignarle la carga de probar al afiliado los presuntos vicios del consentimiento en los que incurrió y no a las administradoras de pensiones, lo cierto es que tal desatino no sería relevante teniendo en cuenta la situación jurídica concreta de la señora Lara Rodríguez. Lo anterior, puesto que a través de los actos de relacionamiento que quedaron plenamente acreditados dentro del proceso, esto es, el traslado horizontal constante entre administradoras de pensiones dentro del Régimen de Ahorro Individual, la información, aunque parcial, dio cada uno de los fondos y el regreso permanente a la primera entidad elegida, se puede razonablemente entender la vocación que tenía la accionante de permanecer vinculada en el Régimen de Ahorro y, sobre todo, de no retornar a Colpensiones pese a las prerrogativas con las que allí inicialmente contaba.” (Subraya fuera de texto).⁵²

37. El 12 de noviembre de 2020, la accionante promovió la acción de tutela contra la anterior decisión. En sustento de ello, adujo que la sentencia censurada había desconocido su derecho al debido proceso tras haber resuelto el recurso extraordinario alejándose del precedente establecido por la propia Corte Suprema de Justicia en asuntos que guardan identidad fáctica con el suyo.⁵³

38. En Sentencia del 1 de diciembre de 2020, la Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de tutelas No. 1- de la Corte Suprema de Justicia, negó el amparo deprecado. Para tal efecto, señaló que la simple discrepancia con las razones contenidas en la sentencia censurada, no era suficiente para tener como acreditada la vulneración del derecho al

⁵⁰ Expediente ordinario laboral No. 11001310502820140013900. Folio 465.

⁵¹ Cfr., Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-. Sentencia SL3752-2020.

⁵² Ibidem.

⁵³ Expediente T-8.484.811. Contenido en *siicor*. Ver acción de tutela.

debido proceso.⁵⁴ Esta sentencia se confirmó por la Sala de Casación Civil, el 7 de julio de 2021, al reiterar los mismos argumentos del *a quo*.⁵⁵

Expediente T-7.867.632 (sobre la prescripción de la solicitud de ineficacia)

39. El señor José Benito Zúñiga Pino se afilió al RPM el 11 de febrero de 1978. Se trasladó al RAIS el 1 de octubre de 1995 y retornó al RPM el 1 de diciembre de 2002. Por virtud del traslado que efectuó al RAIS, perdió el régimen de transición y, en consecuencia, se le negó una pensión de vejez con base en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993.⁵⁶ Así entonces, tal y como ocurrió en los casos anteriores, presentó demanda ordinaria laboral con el objeto de que allí se declarara la *ineficacia* de su traslado al RAIS en 1995. Señaló que no obtuvo información por parte de los asesores de la AFP Porvenir respecto de las implicaciones del referido traslado.

40. El Juzgado 4 Laboral del Circuito de Pereira, en sentencia del 14 de junio de 2013, absolvió a las entidades demandadas. En segunda instancia, luego de formulado el respectivo recurso de apelación, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira confirmó la decisión. En ambas decisiones se expuso que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1502 y 1508 del Código Civil, son vicios del consentimiento el error, la fuerza y el dolo. También que, de acuerdo con el régimen general de las nulidades, la ausencia de información al afiliado, al momento de su traslado de régimen, deriva en una nulidad relativa y no en una absoluta. De modo tal que el tiempo con que cuentan las personas afectadas por este tipo de nulidades para demandar, es el previsto en el artículo 1750 del Código Civil (4 años). Este tiempo se cuenta desde el momento del traslado y, si no se formula la demanda en dicho lapso, cualquier vicio queda automáticamente saneado. Ese, señalaron las autoridades judiciales, fue el caso del señor Zúñiga Pino, quien alegó la presunta nulidad 17 años después de que tuviera lugar el traslado que reprocha.⁵⁷

41. El accionante formuló recurso de casación y aquel se resolvió en la Sentencia SL1689 del 8 de mayo de 2019, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En esta providencia, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral resaltó que el accionante había manifestado que la AFP no le brindó información relevante al momento de hacer efectivo su traslado. Así, la Corte recordó tres cosas: (i) Que este tipo de pretensiones derivan en la declaratoria de la *ineficacia* del traslado y no en su *nulidad*.⁵⁸ (ii) Que el derecho del trabajo y de la seguridad social contiene normas

⁵⁴ Expediente T-8.484.811. Contenido en *siicor*. Ver sentencia de tutela de primera instancia.

⁵⁵ Expediente T-8.484.811. Contenido en *siicor*. Ver sentencia de tutela de segunda instancia.

⁵⁶ A través de la Resolución No. 63224 del 12 de octubre de 2011. Porque no contaba con 15 años de cotizaciones efectuadas para el momento en que entra en vigencia el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

⁵⁷ Expediente T-7.867.632. Contenido en *siicor*. Cuaderno AC C1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1689-2019.

⁵⁸ Ibidem. Se advirtió en la sentencia lo siguiente: “Sea lo primero señalar que, en este asunto, el recurrente refirió como sustento de su demanda que el fondo accionado incumplió con el deber legal de brindarle información relevante al momento de su afiliación y, por tanto, solicitó que se declare la nulidad de tal vinculación. No obstante, la Corte advierte que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado -artículos 271 y 272 Ley 100 de 1993-; de ahí que, es este, el tratamiento que le corresponde a la Sala darle al examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión al deber de información”.

procesales propias, y solo es posible acudir a las reglas de otros ordenamientos ante la ausencia de regulación legal especial. En ese sentido, si se pretendía acudir a la figura de la prescripción, dicha institución debió abordarse desde los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, y no, como se hizo, desde el artículo 1750 del Código Civil. Y, por último, (iii) que la pretensión relacionada con la declaratoria de la *ineficacia* de un traslado, por falta de información, “goza del carácter de *imprescriptible*”. Sobre este último aspecto, la Corte amplió su argumento del siguiente modo:

*“En torno al punto, esta Corporación en la sentencia CSJ SL 8397, 5 jul. 1996, reiterada en CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347, 6 sep. 2012 y CSJ SL12715-2014, sostuvo que «la acción para obtener la decisión judicial declarativa de que un hecho ocurrió de una determinada manera jamás se extingue por prescripción». De acuerdo con dicha línea no es «aceptable sostener que el sistema legal cierre la posibilidad jurídica de que judicialmente se reconozca después de cierto tiempo la existencia de un hecho del cual dependan consecuencias legales». Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de «ineficacia», en la medida que esa consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque, desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”*⁵⁹

42. Con fundamento en lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia casó la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Acto seguido: (i) declaró la ineficacia del traslado efectuado el 1 de octubre de 1995 por el demandante (lo cual implica la asunción de que dicho traslado nunca se realizó); y (ii) ordenó a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de vejez al actor, teniendo en cuenta el régimen de transición del cual hace parte.⁶⁰

43. Contra esta última sentencia, Colpensiones formuló acción de tutela el 18 de octubre de 2019, tras considerar, entre otras cosas, que la providencia atacada desconocía que los derechos pensionales no son absolutos y que, al momento de definir sobre su prestación, deben seguirse los criterios relativos a la sostenibilidad financiera del sistema.⁶¹

44. En sentencia del 30 de octubre de 2019, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia -Sala de Decisión de Tutelas No. 3-, resolvió negar el amparo tras considerar que la sentencia de casación había resuelto el recurso extraordinario acudiendo a argumentos no solo razonables, sino respetuosos del precedente jurisprudencial. El *a quo* resaltó que la simple discrepancia con los argumentos vertidos en dicha providencia no conduce a la vulneración de derecho fundamental alguno.⁶² Esta sentencia fue confirmada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 16 de enero de 2020.⁶³

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Expediente T-7.867.632. Contenido en *siicor*. Ver acción de tutela.

⁶² Expediente T-7.867.632. Contenido en *siicor*. Ver sentencia de tutela de primera instancia.

⁶³ Expediente T-7.867.632. Contenido en *siicor*. Ver sentencia de tutela de segunda instancia.

Selección de los 25 casos y su conocimiento por parte de la Sala Plena

45. Por medio de distintos autos de selección, cuyas fechas corresponden al 29 de octubre de 2020,⁶⁴ al 29 de enero de 2021,⁶⁵ al 19 de julio de 2021,⁶⁶ al 30 de julio de 2021,⁶⁷ al 17 de septiembre de 2021,⁶⁸ al 28 de septiembre de 2021,⁶⁹ al 29 de octubre de 2021⁷⁰ y al 15 de diciembre de 2021,⁷¹ se escogieron, para su revisión, las tutelas de la referencia. Cada uno de los expedientes seleccionados se acumuló al proceso principal, cuya referencia es T-7.867.632.

46. En el Auto del 29 de octubre de 2020, a través del cual se escogieron los primeros 8 expedientes, el asunto se repartió a la Sala Segunda de Revisión. Esa Sala era, en su momento, presidida por la Magistrada Diana Fajardo Rivera, quien, de conformidad con lo consignado en el artículo 61 del Acuerdo 02 de 2015,⁷² puso el caso en conocimiento de la Sala Plena para que, si ésta lo consideraba pertinente, lo resolviera a través de una sentencia de unificación.

47. En sesión del 17 de junio de 2021, la Sala Plena asumió el conocimiento del proceso para que fuera resuelto mediante sentencia de unificación. Con todo, tanto la Magistrada Fajardo Rivera, como los Magistrados Alejandro Linares Cantillo y Alberto Rojas Ríos, presentaron impedimento para continuar con el conocimiento del caso. La Sala Plena, en sesión del 14 de octubre de 2021, aceptó los impedimentos formulados. De este modo, en esa misma sesión, el caso fue reasignado al Magistrado que obra como ponente de esta providencia.

48. Posteriormente, el 17 y el 31 de mayo de 2023, respectivamente, la Magistrada Natalia Ángel Cabo y el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo formularon impedimentos para conocer del caso. Esos impedimentos se aceptaron el 2 de agosto de 2023. En esa misma sesión se nombró por sorteo a los conjuces Ruth Stella Correa Palacio, Iván Darío Gómez Lee, Jaime Humberto Tobar Ordoñez y Juan Camilo Restrepo Salazar.

49. Los conjuces Ruth Stella Correa Palacio e Iván Darío Gómez Lee presentaron, el 9 y el 10 de agosto de 2023, respectivamente, manifestaciones de impedimento para participar en el presente proceso toda vez que concurrían en ellos la causal de tener

⁶⁴ Auto notificado el 13 de noviembre de 2020, a través del cual se seleccionaron los expedientes T-7.867.632, T-7.930.563, T-7.936.682, T-7.938.558, T-7.940.054, T-7.944.741, T-7.946.315 y T-7.946.354.

⁶⁵ Auto notificado el 12 de febrero de 2021, a través del cual se seleccionaron los expedientes T-7.981.335, T-8.031.929 y T-8.040.807.

⁶⁶ Auto notificado el 3 de agosto de 2021, a través del cual se seleccionaron los expedientes T-8.224.223 y T-8.235.289.

⁶⁷ Auto notificado el 13 de agosto de 2021, a través del cual se seleccionaron los expedientes T-8.256.424, T-8.261.557 y T-8.255.677.

⁶⁸ Auto notificado el 1 de octubre de 2021, a través del cual se seleccionaron los expedientes T-8.319.475 y T-8.322.441.

⁶⁹ Auto notificado el 13 de octubre de 2021, a través del cual se seleccionaron los expedientes T-8.355.875 y T-8.357.853.

⁷⁰ Auto notificado el 17 de noviembre de 2021, a través del cual se seleccionó el expediente T-8.405.298.

⁷¹ Auto notificado el 19 de enero de 2022, a través del cual se seleccionaron los expedientes T-8.464.250, T-8.464.951, T-8.484.811 y T-8.489.328.

⁷² “Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional”.

interés en la decisión. Esos impedimentos se aceptaron en la sesión de Sala Plena del 24 de agosto de 2023 mediante Auto 2012 de 2023, fecha en la que, a su turno, se seleccionaron, en reemplazo de los anteriores, las conjuces Adriana Guillén Arango y Diana Durán Smela.

50. A su turno, la Conjuez Diana Durán Smela expresó su impedimento el 6 de septiembre de 2023. El cual se aceptó por medio del Auto 2223 del 13 de septiembre de 2023. En su remplazo se designó por sorteo al Conjuez Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien mediante escrito del 13 de octubre de 2023 manifestó estar impedido para pronunciarse sobre el asunto por ser apoderado de una de las partes. Dicho impedimento se aceptó mediante Auto 2628 del 18 de octubre de 2023. Ese mismo día se designó como conjuez a Antonio Barreto Rozo.

51. Posteriormente, mediante oficio remitido el 25 de octubre de 2023, la Conjuez Adriana María Guillén Arango también formuló su impedimento para pronunciarse sobre la tutela de la referencia, pues consideró estar incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal. Este último impedimento se aceptó en el Auto 2757 del 2 de noviembre de 2023. Fecha en la que se designó por sorteo al Conjuez Mauricio Fajardo Gómez.

52. En sesión del 20 de febrero de 2024, y tras recomponerse la Sala Plena por el vencimiento del periodo del entonces Magistrado Alejandro Linares Cantillo, y la posesión del Magistrado Vladimir Fernández Andrade, éste último desplazó al Conjuez Mauricio Fajardo Gómez.

Audiencia pública

53. Mediante Auto 583 del 25 de agosto de 2021,⁷³ la Sala Plena convocó a una audiencia pública que tendría como fin indagar sobre la incidencia que la ineficacia de traslados tiene sobre las finanzas públicas y, especialmente, sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones. La audiencia se realizó el 28 de octubre de 2021, luego de que se establecieran las reglas sobre su metodología y desarrollo por medio del Auto 766 del 15 de octubre de 2021.⁷⁴

54. En dicha audiencia se abordaron cuatro ejes. El primero, correspondió al diseño económico-legal de la destinación de los aportes al Sistema General de Pensiones y de la política pública de traslados entre los regímenes que lo integran. El segundo, indagó por el diagnóstico sobre la litigiosidad judicial de la petición de traslado de régimen pensional, su impacto económico y su incidencia en el derecho a la seguridad social en pensiones. El tercero, buscó una interacción con la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Procuraduría General de la Nación. Y, el cuarto, buscó información

⁷³ Auto disponible en Web: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2021/A583-21.htm>

⁷⁴ Auto disponible en Web: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/AUTO%20766-21-%20T-7.867.632%20Agenda%20audiencia%2028%20Oct-23.pdf>

respecto del diseño e implementación operativa de los instrumentos de información puestos a disposición de los afiliados al sistema para definir su vinculación a cualquiera de los dos regímenes de pensiones.

55. En el desarrollo de la audiencia, cada una de las entidades invitadas tuvo la oportunidad de exponer sus proyecciones sobre el impacto fiscal que acarrearía la ineficacia de los traslados que las personas hicieron del RPM al RAIS. Aquellas resaltaron que, cuando dichas anulaciones son ordenadas vía judicial, quienes se ven beneficiados, en detrimento de la sostenibilidad del propio sistema, son los afiliados con mayores ingresos.

56. Adujeron que lo antes dicho obedece a que, contrario a lo que ocurre en el RAIS, donde el monto de la pensión depende de lo ahorrado por el afiliado y de las proyecciones sobre los años que vivirá, en el RPM una pensión de vejez se liquida con base en el salario percibido y una tasa de reemplazo que se establece de acuerdo al mayor o menor número de semanas cotizadas. Por esto, de ordinario, una persona con ingresos elevados, especialmente en los últimos 10 años de su vida laboral, tendrá una mesada más alta en el RPM que en el RAIS. En el Anexo III de esta providencia se hace un resumen de las posturas planteadas por los intervinientes en dicha audiencia.⁷⁵

57. En este punto, es importante señalar que, sobre el impacto fiscal que podría tener el precedente de la Corte Suprema de Justicia, algunas autoridades expresaron su preocupación en la audiencia. Allí se habló de algunas cifras, aunque las presentadas por las entidades diferían. De modo que fue necesario, posteriormente, solicitar mayor claridad sobre este aspecto.

58. Por ejemplo, el Ministro de Hacienda y Crédito Público señaló que, a la fecha de la audiencia, se habían presentado 43.277 demandas. De ellas, 39.941 demandas habían sido resueltas a favor de las personas demandantes, lo que arroja una tasa de pérdida del 92.4%. El Ministro estimó que, de las 478.000 personas que podrían demandar (porque les falta 10 años o menos para cumplir la edad de pensión), probablemente lo harían cerca de 223.306. Sin embargo, no todas esas personas se pensionarían en Colpensiones, pues solo lo harían 131.751. Con ello calculó que el impacto fiscal, respecto de las demandas que podrían presentarse a futuro, sería de 35 billones de pesos.

59. El Gerente General del Banco de la República, señaló que de continuar vigente el precedente de la Corte Suprema de Justicia, el costo fiscal sería de 68.1 billones de pesos (7 puntos porcentuales del PIB). El envío a Colpensiones de lo que en su momento fue aportado en el RAIS implicaría un ingreso, en favor del RPM, de 27.4 billones de pesos (3 puntos porcentuales del PIB). En tal sentido, el costo neto sería de 4 puntos porcentuales del PIB.

⁷⁵ Con Auto del 5 de agosto de 2022 se ordenó correr traslado a las partes y terceros con interés de “las 35 intervenciones que por escrito llegaron luego de la realización de la audiencia pública que se llevó a cabo el 28 de octubre de 2021, y (ii) el material probatorio recaudado a partir de los Autos del 13 de diciembre de 2021, del 31 de enero de 2022 y del 21 de abril de 2022”. Adicionalmente, en el Anexo III de la presente sentencia se encuentra disponible la relatoría de audiencia en cita.

60. Por su parte, el presidente de ANIF, indicó que, en un escenario laxo, solo la mitad de quienes potencialmente podrían trasladarse judicialmente al RPM, lo harían. Y solo el 59% de esas personas (135.000) cumpliría los requisitos para acceder a una pensión en el RPM. El costo total de esos traslados sería de 46 billones de pesos (4 puntos porcentuales del PIB). Ese costo lo asumirían todos los colombianos a través de impuestos, de modo que el desequilibrio fiscal sería elevado y se vería agravado por los efectos de la pandemia en la economía. Ahora, el 74% de esos subsidios (34 billones de pesos) se destinaría al 20% de las personas trasladadas (las que devengaron mayores salarios). Mientras tanto, menos del 1% de esos subsidios, se destinaría al 20% más pobre, lo cual incrementaría la desigualdad que podría ser peor si, en un escenario no laxo, se asumiera que se trasladarían más de 135.000 personas.

Recusación formulada contra el Magistrado Sustanciador

61. Luego de concluida la Audiencia pública del 28 de octubre de 2021, la ciudadana Anhy Durley González Durán formuló recusación en contra del Magistrado sustanciador tras considerar que su imparcialidad en la resolución del caso estaba comprometida. La solicitud se resolvió por parte de la Sala Plena de esta Corporación, mediante Auto 483 de 2022. En esa oportunidad se le informó a la solicitante que en los procesos de tutela no cabe la formulación de recusaciones, dado que se trata de trámites que deben ser resueltos de manera célere, con el objeto de garantizar la protección de derechos fundamentales.

Decreto de pruebas

62. Debido a la diversidad de temas y de sujetos procesales, y con el fin de aclarar la situación fáctica dentro de los 25 casos acumulados, se prohirieron diversos autos de pruebas. Así, mediante Auto del 1 de febrero de 2021 se requirieron algunos expedientes que contenían los procesos ordinarios laborales promovidos por algunos accionantes.⁷⁶ De estas pruebas se ordenó el traslado respectivo, trámite dentro del cual solo se remitió a la Corte un escrito, presentado por Claudia Álvarez Vejarano, en su calidad de apoderada de Mauricio Perea Restrepo (accionante en el expediente T-7.940.054). En él solicitó a la Corte continuar con el amparo de los derechos fundamentales de su poderdante, tal y como ya lo había ordenado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su calidad de juez de tutela.⁷⁷

63. Luego, con Auto del 20 de agosto de 2021, y con el propósito de contar con elementos de juicio de tipo técnico, se requirió al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a Colpensiones y a Asofondos, para que remitieran datos exactos respecto de la

⁷⁶ Se solicitaron los expedientes ordinarios laborales de las tutelas T-7.867.632, T-7.930.563, T-7.936.682, T-7.938.558, T-7.940.054, T-7.944.741, T-7.946.315 y T-7.946.354.

⁷⁷ Expediente T-7.867.632. Contenido en *siicor*.

presunta afectación a la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por cuenta de la declaratoria masiva de la *ineficacia* de los traslados que, originalmente, los afiliados realizaron del RPM al RAIS. Igualmente, se solicitó a Colpensiones, a Asofondos y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mayor información respecto de los datos sobre la litigiosidad en este tipo de asuntos. En dicho Auto se otorgó un plazo de 10 días para la remisión de lo solicitado.⁷⁸ Luego de que las autoridades referidas solicitaran una ampliación del término otorgado para las respuestas, se les concedió 10 días hábiles más para allegar lo requerido.⁷⁹

64. Posteriormente, por medio de Autos del 13 de diciembre de 2021,⁸⁰ del 31 de enero de 2022⁸¹ y del 21 de abril de 2022,⁸² se decretó la práctica de diversas pruebas adicionales. Entre otras cosas, se solicitó (i) al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Director General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al Contralor General de la República, al Presidente de Colpensiones y al Presidente de Asofondos, una precisión respecto de las cifras presentadas en la audiencia pública del 28 de octubre de 2021; (ii) a Asofondos y a Colpensiones, información detallada respecto de la historia laboral de cada uno de las personas involucradas en las acciones de tutela que revisa en esta oportunidad la Corte; (iii) a varias autoridades judiciales del país, copia íntegra digital de los expedientes relativos a los procesos ordinarios laborales iniciados por las personas que fungen como parte en estas causas; y (iv) a la Contraloría General de la República, copia de los estudios denominados “*Análisis y discusión técnica de la situación del Sistema General de Pensiones (SGPe) en Colombia*” (2017) y “*COVID 19 y SGPe en Colombia: observaciones generales a la situación, gestión y resultado 2020*” (2021).

65. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Colpensiones y Asofondos, en conjunto, allegaron un nuevo documento en el que se refirieron a las razones por las cuales las cifras sobre el impacto fiscal de la anulación de traslados, presentados en la audiencia pública del 28 de octubre de 2021, diferían. Señalaron que ello sucedió por cuenta de los datos que cada una de las entidades tomó en la realización de la proyección.

66. A renglón seguido, concluyeron que, a pesar de lo antedicho, las cifras que más se aproximaban a la realidad eran las suministradas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.⁸³ Por otra parte, en respuesta al segundo requerimiento, Asofondos y Colpensiones remitieron las historias laborales de los accionantes y, además, presentaron las proyecciones respecto de lo que cada uno de ellos percibiría, por concepto de pensión de vejez, en el RAIS y en el RPM.⁸⁴ Asimismo, las autoridades judiciales requeridas

⁷⁸ Expediente T-7.867.632. Contenido en *siicor*.

⁷⁹ Expediente T-7.867.632. Contenido en *siicor*.

⁸⁰ Expediente T-7.867.632. Contenido en *siicor*.

⁸¹ Expediente T-7.867.632. Contenido en *siicor*.

⁸² Expediente T-7.867.632. Contenido en *siicor*.

⁸³ Expediente T-7.867.632. Contenido en *siicor*.

⁸⁴ Expediente T-7.867.632. Contenido en *siicor*.

remitieron, en su mayoría, los expedientes solicitados y lo propio hizo la Contraloría General de la República con los documentos que se le pidió.⁸⁵

67. De otra parte, el 7 de junio de 2022, Asofondos comunicó a esta Corte que en algunos de los casos estudiados los accionantes habían pasado por un proceso de *multi vinculación* antes de ser asignados al RAIS, en cumplimiento de las reglas contenidas en el Decreto 3995 de 2008. En atención a esta nueva información, a través del Auto de pruebas del 5 de agosto de 2022, se solicitó a Asofondos la presentación de un informe detallado en el que aportara, respecto de cada una de las personas que hacen parte de las tutelas bajo estudio, datos sobre su fecha de afiliación al Sistema de Pensiones y sobre el escenario de múltiple afiliación que presentaban. También le solicitó a Colpensiones y a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia pronunciarse sobre esta materia. Todas estas autoridades remitieron lo requerido. En el anexo II se encontrará un resumen de las respuestas.

Traslado de las pruebas

68. En virtud de lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 64 del Acuerdo 2 de 2015, por medio de Auto del 9 de agosto de 2022, se ordenó que, por conducto de la Secretaría General de la Corporación, debía ponerse a disposición de las partes y terceros con interés que figuran en estas causas, (i) las intervenciones que por escrito llegaron luego de la realización de la audiencia pública que se llevó a cabo el 28 de octubre de 2021, y (ii) el material probatorio recaudado a partir de los Autos del 13 de diciembre de 2021, del 31 de enero de 2022 y del 21 de abril de 2022.

69. En consecuencia, y de acuerdo con la información remitida por la Secretaría General de esta Corporación,⁸⁶ la señora Ana Esperanza Lara Rodríguez, un representante de Porvenir S.A. y uno de la UGPP, dieron respuesta al traslado. La señora Lara Rodríguez reiteró los argumentos formulados en su acción de tutela, mientras las dos entidades fijaron su postura sobre el tema en cuestión, oponiéndose a la línea jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia.

70. Asimismo, a través de Auto del 25 de octubre de 2022 se ordenó a la Secretaría General poner a disposición de las partes y terceros con interés el material probatorio remitido “(i) por Asofondos, el 7 de junio y el 6 de septiembre de 2022; (ii) por el presidente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el 2 de septiembre de 2022; y (iii) por Colpensiones, el 23 de septiembre de 2022. Ello con el fin de que, si las partes o los terceros con interés lo encuentran necesario, se pronuncien al respecto.”⁸⁷

⁸⁵ Expediente T-7.867.632. Contenido en *siicor*.

⁸⁶ A través de informe del 8 de septiembre de 2022.

⁸⁷ El recuento pormenorizado de las pruebas allegadas, y de los documentos remitidos por las partes o por terceros con interés luego del traslado que hiciera esta Corte, será relacionado en el Anexo II de esta providencia.

71. Al respecto, solo la apoderada del señor Mauricio Perea Restrepo envió un documento a través del cual manifestó adherirse a la posición expuesta por la Corte Suprema de Justicia en su sólida jurisprudencia. Los demás intervinientes, guardaron silencio.⁸⁸ A su turno, el 15 de diciembre de 2022, el doctor Luis Guillermo Guerrero Pérez, como apoderado de Porvenir S.A., remitió un escrito a esta Corte en el que cuestionaba el precedente de la Corte Suprema de Justicia, por desconocer los derechos fundamentales de las AFP y establecer en contra de estas una especie de responsabilidad objetiva.

II. CONSIDERACIONES

A. Competencia

72. La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos proferidos dentro de los expedientes de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política.⁸⁹ También en razón de lo ordenado en los Autos del 29 de octubre de 2020, del 29 de enero de 2021, del 19 de julio de 2021, del 30 de julio de 2021, del 17 de septiembre de 2021, del 28 de septiembre de 2021, del 29 de octubre de 2021 y del 15 de diciembre de 2021, a través de los cuales se seleccionaron los procesos de tutela para su revisión.

B. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución

73. En resumen, a partir del estudio de las veinticinco decisiones judiciales seleccionadas por la Corte Constitucional, se pretende indagar sobre las causas que pueden llevar a declarar ineficaz el traslado que una persona hizo entre regímenes pensionales. Especialmente, es necesario hacer énfasis en el traslado del RPM al RAIS ocurrido entre 1993 y 2009. También es preciso analizar las consecuencias que dicha ineficacia, vía judicial, tendría en el esquema del Sistema de Seguridad Social en Pensiones y en su sostenibilidad.

74. En el primer grupo de tutelas identificado, que reúne veinte (20) de las veinticinco (25), la narrativa es la misma. Se trata de personas que iniciaron procesos judiciales con el objeto de que se declarara la *ineficacia* o la mal llamada “*nulidad*” del traslado que, del RPM al RAIS, hicieron en el periodo comprendido entre 1993 y 2009. En segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral- (en 19

⁸⁸ La Secretaría General de esta Corte informó, a través de informe del 25 de noviembre de 2022, que esta fue la única intervención que se había aportado en respuesta al Auto del 25 de octubre de 2022.

⁸⁹ Constitución política. Artículo 86. (...) *El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión (...)*. Artículo 241. *“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales (...)*”.

casos) y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia -Sala Civil, Familia, Laboral- (en 1 caso) decidieron no acceder a esas pretensiones (para lo cual revocaron las sentencias que, en primera instancia, habían accedido a las pretensiones; o confirmaron aquellas que las habían negado).

75. Lo anterior, sobre la base de que los demandantes no estaban amparados por el régimen de transición, ni estaban cerca de pensionarse para el momento en el que surtieron el traslado. Además, sostuvieron que a los actores les correspondía la carga de la prueba respecto del vicio del consentimiento que alegaban. Así, como ellos no habían demostrado en cada proceso el engaño que sufrieron por parte de las AFP y, además, suscribieron debidamente cada formulario de afiliación, no podía declararse la nulidad de sus traslados.

76. La Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, al resolver las respectivas acciones de tutela en primera instancia, concluyó que los jueces ordinarios habían incurrido en el defecto denominado “*desconocimiento del precedente*”. Ello porque no se respetó la línea defendida por ésta Corte, según la cual, (i) corresponde a las AFP demostrar que suministraron la información suficiente al afiliado para que este, sobre esa base, eligiera en libertad el régimen pensional de su preferencia; (ii) el formulario de afiliación no es prueba suficiente para acreditar un consentimiento informado; y (iii) siempre que se alegue la ausencia de información, los casos deben resolverse a partir de la institución de la *ineficacia* y no de la *nulidad*.

77. La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral reiteró que este precedente aplica para la generalidad de los casos en los que se advierta ausencia de información, y no solo para aquellos en los que el demandante esté amparado por el régimen de transición o esté cerca de acreditar el derecho pensional en el RPM. En tal sentido, en todos los casos -se repite-, ordenó, como juez de tutela, la emisión de nuevas sentencias en lo ordinario laboral, que fuesen respetuosas de su precedente.

78. Dentro de este primer grupo, cinco (5) demandantes se encontraban en situación de *múltiple afiliación*. Sin embargo, como se adujo, esta circunstancia jamás fue ventilada en los procesos ordinarios laborales ni en las respectivas acciones de tutela. De manera que ninguna instancia judicial se pronunció sobre este particular aspecto del debate que resulta fundamental, pues se trata de personas que, en principio, fueron asignadas al RAIS a través de un proceso administrativo y siguiendo las directrices del Decreto 3995 de 2008. Por eso es importante estudiar este punto, pues los accionantes afirman que, en su traslado al RAIS, no se les brindó la información mínima correspondiente. Con todo, si su afiliación se definió por las administradoras, debido a la múltiple afiliación que presentaban, es necesario indagar si esta circunstancia afectó la libertad, con que contaban aquellos, de escoger el régimen de su preferencia. Y este análisis comprende elementos diversos a aquellos que se abordarán al resolver el grupo mayoritario de tutelas.

79. Por otra parte, los cinco (5) casos restantes tienen algunos elementos en común con los anteriores, pero también algunas diferencias. En el expediente T-8.031.929, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-, en segunda instancia y dentro de un proceso ordinario laboral promovido por la accionante, estimó que había operado el fenómeno de la prescripción. Sin embargo, luego de formulada la respectiva acción de tutela, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia concluyó que con el referido fallo se había desconocido el precedente de esa misma Corporación, según el cual, la solicitud de ineficacia de traslados entre regímenes es imprescriptible.

80. En el expediente T-7.981.335, se declaró en el proceso ordinario que la falta de información, alegada por la demandante, no se acreditó. Atacada esta decisión, vía acción de tutela, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia la declaró ajustada a derecho, luego de advertir que la misma se fundó en un análisis probatorio adecuado.

81. En el expediente T-8.319.475, se discutió si, en el caso de la accionante, debía darse aplicación (i) al artículo 2 -parágrafo transitorio- del Decreto 1642 de 1995, (ii) al artículo 3 del Decreto 1161 de 1994 o (iii) al artículo 15 del Decreto 692 de 1994. El Tribunal accionado, amparándose en las dos últimas normas, negó las pretensiones de la demandante. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la acción de tutela, encontró que el accionado debió dar aplicación a la primera. Por esto, tuteló el derecho al debido proceso de la actora.

82. En el expediente T-8.484.811, la Corte Suprema de Justicia indicó, en sede de casación, que, en tanto la accionante había estado afiliada a varias AFP luego de su traslado inicial al RAIS, había, con su actitud, ratificó su intención de estar en dicho régimen. Atacada esta determinación vía tutela, por el presunto desconocimiento del precedente jurisprudencial, la Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de tutelas No. 1- de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo requerido.

83. Por último, solo en el expediente T-7.867.632, Colpensiones es la accionante. Por medio de la acción de tutela busca dejar sin efectos una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que casó y declaró la ineficacia del traslado (del RPM al RAIS) por falta de información. En la decisión censurada, la Corte señaló que cuando se alega la falta de información en el acto de traslado, no es posible declarar prescripción alguna. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia -Sala de Decisión de Tutelas No. 3-, actuando como juez de tutela, negó el amparo.

84. Teniendo en consideración los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional resolver, en su orden, los siguientes problemas jurídicos, a saber:

(i) En la acción de tutela T-7.867.632, establecer si el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre la ineficacia de los traslados y la forma en que se debe probar el consentimiento informado, es contrario a la Constitución y, en consecuencia, debe ser matizado por la Corte Constitucional

(ii) Frente a las demás acciones de tutela, debe esta Corte establecer si las autoridades judiciales accionadas vulneraron los derechos a la seguridad social, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso de los accionantes, tras desconocer presuntamente el precedente establecido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos donde se discute la *ineficacia* de los traslados entre regímenes, o tras fundar sus decisiones en normas equivocadas, o interpretar de modo errado la figura de la *prescripción* en este tipo de acciones.

85. Con todo, antes de abordar directamente las cuestiones planteadas, la Corte debe identificar si en los casos que se examinan se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Si ello es así, (i) se describirán las características esenciales del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, y los regímenes que lo componen, haciendo énfasis en las reglas sobre el traslado entre ellos, en el deber de información que ha de garantizarse en ese proceso y en la manera en que se deben resolver las situaciones de *multi vinculación*. Acto seguido, (ii) se caracterizará el defecto relativo al desconocimiento del precedente jurisprudencial, (iii) se incluirán algunas consideraciones respecto de las tensiones constitucionales que produce el precedente de la Corte Suprema de Justicia, en materia de ineficacia de traslados y; (iv) con los elementos identificados, se estudiará si, en cada caso, se desconoció alguno de los derechos fundamentales alegados por los actores.

C. Procedibilidad de la acción de tutela

86. La Corte Constitucional ha admitido que la acción de tutela procede contra providencias judiciales, pero solo excepcionalmente. Esto, entre otras cosas, porque es necesario tener el máximo respeto por la seguridad jurídica, la cosa juzgada y la independencia judicial.⁹⁰ Los asuntos o discusiones propias de los procesos ordinarios no deben ser trasladados al juez de tutela, pues esto afecta de modo más o menos intenso la autonomía de los jueces al momento de fallar. Ello fue reconocido desde la Sentencia C-543 de 1992, providencia que, sin embargo, contempló la posibilidad excepcional de que el recurso de amparo procediera contra sentencias, especialmente, cuando se esté ante: “(...) actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales”, o en los eventos en que “(...) la decisión [del juez] pueda causar un perjuicio irremediable”.⁹¹

87. Inicialmente, la Corte construyó la doctrina de la “*vía de hecho*”,⁹² que, en esa interpretación inicial de la jurisprudencia, tenía lugar cuando con la lectura de la providencia censurada se advertía “(...) una manifiesta desconexión entre la voluntad

⁹⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencias SU-168 de 2017, SU-222 de 2016, T-006 de 1992, C-543 de 1992, T-079 de 1993 y C-590 de 2005.

⁹¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

⁹² Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-158 de 1993, T-173 de 1993, T-079 de 1993, T-322 de 1999, T-260 de 1999 y T-296 de 2000.

del ordenamiento y la del funcionario judicial”.⁹³ Con todo, desde la Sentencia C-590 de 2005, en adelante, se abandonó la denominación “*vía de hecho*”, para adoptar las “*causales de procedencia de la acción*”. Con esas causales se pretende lograr una armonización entre la supremacía de la Constitución, por una parte y, por la otra, el principio de autonomía judicial. Así, para que una tutela proceda contra una providencia judicial, el accionante debe demostrar que se acreditan determinados requisitos de naturaleza procesal (generales) y sustantiva (específicos).⁹⁴

88. En lo que concierne a este acápite, es necesario revisar si, en los casos que se estudian, se cumplen los requisitos generales de procedencia. Esto añadiendo la legitimación en la causa por activa y por pasiva.

89. De entrada, para la Sala es claro que en ninguno de los asuntos que conoce en esta oportunidad se enjuicia una presunta irregularidad procesal, así como tampoco se atacan sentencias proferidas en el marco de acciones de tutela. En lo referido a los demás requisitos generales de procedibilidad, se advierte lo siguiente.

90. *Legitimación en la causa por activa.* La Constitución política establece, en su artículo 86, que toda persona tendrá derecho a ejercer la acción de tutela. También, el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 10, resalta que toda persona podrá actuar por sí misma o a través de representante. En todos los casos bajo estudio, se observa que los accionantes promovieron las tutelas por sí mismos⁹⁵ o a través de apoderado judicial especialmente constituido,⁹⁶ con el fin de que se protegiera su derecho fundamental al debido proceso, que estimaron vulnerado por el actuar de las autoridades judiciales accionadas.

91. *Legitimación en la causa por pasiva.* El artículo 86 de la Constitución señala que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública. En estos procesos, las tutelas se dirigieron contra (i) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,⁹⁷ (ii) la Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión No. 4, de la Corte Suprema de Justicia,⁹⁸ (iii) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-,⁹⁹ (iv) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira -Sala Laboral-,¹⁰⁰ y (v) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia -Sala Civil, Familia, Laboral¹⁰¹.

⁹³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-231 de 1994.

⁹⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencias SU-950 de 2014 y SU-489 de 2016.

⁹⁵ En el caso de Colpensiones, Armando Padilla Romero, María del Carmen Castañeda, Maritza Navarro García, Claudia Victoria Pareja Martínez, Pilar Barrientos Ortega, Diana del Pilar Aguilera Anzola, Magda Cristina Suarez Rodríguez, José Manuel Ríos Martínez, Ana Esperanza Lara Rodríguez, Blanca Nieves Herrera Majén y Lucelly García Rico.

⁹⁶ En el caso de Ana Patricia Rodríguez Rubiano, Mauricio Perea Restrepo, Blanca Leonor Aponte Castro, Leyla Esperanza Escobar Vásquez, Gloria Patricia Patiño Duque, María Cecilia Gamboa Casablanca, Elsy Jeannete Garzón Martínez, Judith Rodríguez Gómez, Araminta Angarita, Nubia Ingrith Cardona, Rosa Ángela Cruz Poveda, Rocío del Socorro Jaimes Villamizar y Luz Stella Corredor Cañón.

⁹⁷ Expediente T-7.867.632.

⁹⁸ Expediente T-8.484.811.

⁹⁹ Expedientes T-7.930.563, T-7.936.682, T-7.938.558, T-7.940.054, T-7.944.741, T-7.946.315, T-7.946.354, T-8.031.929, T-8.224.223, T-8.235.289, T-8.256.424, T-8.261.557, T-8.319.475, T-8.322.441, T-8.355.875, T-8.357.853, T-8.405.298, T-8.464.250, T-8.464.951, T-8.489.328 y T-8.255.677.

¹⁰⁰ Expediente T-7.981.335.

¹⁰¹ Expediente T-8.040.807.

Todas son autoridades judiciales (y, por tanto, públicas) según lo previsto en el artículo 11 de la Ley 270 de 1996. Aquellas, presuntamente, incurrieron en el desconocimiento del derecho al debido proceso de los accionantes en los procesos ordinarios laborales promovidos por estos.

92. Relevancia constitucional. El juez constitucional no puede invadir o entrometerse en asuntos propios de otras jurisdicciones, creadas por el legislador para dirimir conflictos determinados. Solo le corresponde, en tal caso, ocuparse de asuntos que le permitan mantener la vigencia de la Constitución.¹⁰² En estos asuntos la Corte advierte que existe relevancia constitucional, pues, de un lado, se discute el alcance del derecho fundamental al debido proceso de las personas que buscan, en procesos que se adelantan en la jurisdicción de lo ordinario laboral, que las autoridades judiciales de menor jerarquía apliquen la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. De otro lado, es relevante e importante que esta Corte revise las implicaciones del precedente establecido por ese alto tribunal en materias como estas, especialmente, a la luz de lo contenido en el artículo 48 de la Constitución Política sobre el derecho a la seguridad social y la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

93. Inmediatez. En cada una de las tutelas que se estudian, el mecanismo constitucional se activó en los tiempos siguientes, contados desde la fecha de la emisión de la sentencia que cada accionante reprocha:

Número de proceso	Fecha de la sentencia censurada	Fecha en la que se interpone la acción de tutela	Tiempo de diferencia entre los dos momentos
T-7.867.632	8 de mayo de 2019	18 de octubre de 2019	5 meses y 11 días
T-7.930.563	25 de septiembre de 2019	16 de enero de 2020	3 meses y 22 días
T-7.936.682	21 de agosto de 2019	28 de octubre de 2019	2 meses y 8 días
T-7.938.558	20 de noviembre de 2019	3 de febrero de 2020	2 meses y 14 días
T-7.940.054	20 de marzo de 2019	2 de septiembre de 2019	5 meses y 13 días
T-7.944.741	18 de septiembre de 2019	19 de marzo de 2020	6 meses y 2 días
T-7.946.315	8 de mayo de 2019	24 de septiembre de 2019	4 meses y 17 días
T-7.946.354	5 de noviembre de 2019	9 de junio de 2020	7 meses y 5 días
T-7.981.335	30 de abril de 2019	14 de agosto de 2019	3 meses y 15 días
T-8.031.929	22 de agosto de 2018	7 de febrero de 2020	1 año, 5 meses y 16 días
T-8.040.807	27 de septiembre de 2018	7 de julio de 2020	1 año, 9 meses y 11 días
T-8.224.223	29 de septiembre de 2020	21 de octubre de 2020	23 días
T-8.235.289	31 de julio de 2020	17 de septiembre de 2020	1 mes y 18 días.
T-8.256.424	30 de julio de 2020	29 de octubre de 2020	3 meses
T-8.261.557	31 de agosto de 2020	7 de octubre de 2020	1 mes y 8 días
T-8.319.475	30 de septiembre de 2020	11 de diciembre de 2020	2 meses y 12 días
T-8.322.441	31 de julio de 2020	14 de octubre de 2020	2 meses y 15 días
T-8.355.875	11 de septiembre de 2018	21 de abril de 2021	2 años, 7 meses y 11 días
T-8.357.853	10 de marzo de 2020	27 de noviembre de 2020	8 meses y 18 días
T-8.405.298	22 de octubre de 2019	13 de enero de 2021	1 año, 2 meses y 22 días
T-8.464.250	6 de noviembre de 2019	16 de febrero de 2021	1 año, 3 meses y 11 días
T-8.464.951	29 de octubre de 2019	12 de abril de 2021	1 año, 5 meses y 14 días
T-8.484.811	15 de septiembre de 2020	12 de noviembre de 2020	1 mes y 28 días

¹⁰² Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-173 de 1993 y T-781 de 2011.

T-8.489.328	21 de enero de 2020	24 de noviembre de 2020	10 meses y 4 días
T-8.255.677	29 de septiembre de 2020	4 de noviembre de 2020	1 mes y 6 días

94. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha señalado que el objeto de la acción de tutela es garantizar la protección *inmediata* del derecho fundamental amenazado. Por esta razón, y porque no es posible eludir la protección de los derechos de terceros, corresponde a los accionantes interponer la tutela en un tiempo razonable, que deberá contabilizarse desde la ocurrencia del hecho, acto u omisión causante de la trasgresión.¹⁰³

95. Ahora, en lo relativo a la valoración que debe hacerse del requisito de la inmediatez, esta Corte ha sostenido que cuando la acción de tutela se formula contra una providencia judicial, el análisis del juez constitucional debe ser más estricto. Así, esta Corporación reiteró, en la Sentencia SU-108 de 2018, lo siguiente:

*“(…) En este sentido, el requisito de inmediatez, aplicado al análisis de procedencia de una tutela contra providencia judicial, **corresponde a un examen más estricto, en el sentido en el que su desconocimiento sacrificaría los principios de cosa juzgada y de seguridad jurídica, generando una total incertidumbre sobre la firmeza de las decisiones judiciales.** Así lo reconoció esta Corporación en la sentencia C-590 de 2005, en la que, al referirse a la aplicación del principio de inmediatez en tutela contra providencia judicial, la Corte estableció que “de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos. La anterior consideración de esta Corporación reviste la mayor importancia, por cuanto los ciudadanos confían en el sistema judicial como una institución legítima para la resolución de los conflictos que se pueden presentar en la sociedad, por lo que el cuestionamiento incesante a través de la tutela con respecto a las decisiones emitidas por el sistema judicial, podría generar una desconfianza frente a la legitimidad de las vías institucionales para dar solución final a los conflictos”.*¹⁰⁴

96. Como se advierte en el recuadro anterior (supra 93), la mayoría de las tutelas se instauraron antes de que hubieren transcurrido 6 meses contados desde la emisión de la sentencia censurada por cada accionante, plazo que, en algunos eventos, la Corte Constitucional ha estimado razonable. Con todo, en 9 expedientes, dicho plazo de 6 meses se superó de modo irrazonable.¹⁰⁵ Esos casos corresponden a los expedientes T-7.946.354, T-8.031.929, T-8.040.807, T-8.355.875, T-8.357.853, T-8.405.298, T-8.464.250, T-8.464.951 y T-8.489.328. En estos expedientes la Corte declarará la improcedencia de la acción, dado que los actores acudieron a la acción de tutela varios meses después de haber sido proferida la decisión judicial contra la cual dirigen su reproche. De otra parte, no se advierte que los actores se encuentren en una circunstancia especial de vulnerabilidad en virtud de la cual deba flexibilizarse este requisito específico.¹⁰⁶ En todos los demás asuntos, se acredita el requisito de la inmediatez.

¹⁰³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias SU-961 de 1999 y SU-108 de 2018.
¹⁰⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-108 de 2018.
¹⁰⁵ Se trata de los expedientes T-7.946.354, T-8.040.807, T-8.355.875, T-8.357.853, T-8.405.298, T-8.464.250, T-8.464.951 y T-8.489.328.
¹⁰⁶ En la Sentencia T-359 de 2019 se discutía un caso donde la persona solicitó que se declarara la ineficacia de un traslado de régimen pensional. En lo relativo al análisis de la inmediatez, la Corte resaltó lo siguiente: “la accionante se trasladó de

97. Identificación de los hechos que generaron la vulneración y si estos fueron alegados en el proceso judicial ordinario. En cada escrito de tutela los actores relataron, en detalle, en qué consistió el presunto desconocimiento del precedente jurisprudencial establecido por la Corte Suprema de Justicia. Sostuvieron que dicho desconocimiento significó la vulneración de sus derechos al debido proceso, a la seguridad social y a la igualdad.

98. Subsidiariedad, la regla general y sus excepciones. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela tiene un carácter estrictamente subsidiario. De modo que solo puede acudirse a ella cuando el actor no disponga de otro mecanismo judicial de defensa. En materia de tutela contra providencias judiciales, la Corte Constitucional ha resaltado que el accionante, antes de acudir al recurso de amparo, debe agotar todos los “medios –ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial”, excepto cuando aquel se presente como mecanismo transitorio.¹⁰⁷

99. Esta misma lectura es reproducida en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 -numeral 1-. Allí se dispone que la acción de tutela será improcedente “(...) cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante” (subrayas fuera de texto). De esta disposición se sigue que la acción de tutela será procedente contra una providencia judicial, a pesar de que no se agoten todos los mecanismos de defensa judicial principales, si (i) se acude a ella con el fin de evitar un perjuicio irremediable; o (ii) se advierte que, a la luz de las condiciones particulares de los sujetos involucrados, los medios con que aquellos cuentan no son *idóneos*¹⁰⁸ o *eficaces* para la protección de sus derechos fundamentales.

100. Cabe reiterar que los dos presupuestos anteriores son la excepción a la regla general. Pues, en principio, y especialmente en lo referido a tutelas contra providencias judiciales, las personas tienen el deber de “desplegar todos los mecanismos judiciales

régimen pensional desde el 1º de marzo de 2002 y, según ella manifiesta, solicitó por primera vez el cambio en el 2006, es decir, desde hace más de 10 años la demandante estaba inconforme con el traslado de régimen y, sin embargo, no fue sino hasta el año 2018 cuando acudió a este mecanismo judicial. Adicionalmente, no existe justificación alguna para la demora en la presentación de la demanda, que se logre evidenciar con las pruebas allegadas al expediente. // Finalmente, cabe destacar que, en algunos casos, cuando el conflicto se concentra en la mesada pensional o en prestaciones periódicas, esta Corporación ha considerado cumplido el requisito de inmediatez aun cuando, en principio, el tiempo transcurrido entre el primer hecho que ocasionó la vulneración de los derechos y la presentación de la tutela hubiese sido extenso, lo cual se ha justificado en que se trata de un perjuicio permanente. Sin embargo, en este asunto no está en discusión el derecho pensional en sí mismo, sino el traslado al régimen de prima media, en el cual la demandante considera que el monto de la mesada pensional sería más elevado cuando se reconozca el derecho. En esa medida, no resulta procedente la aplicación de este criterio.”

¹⁰⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-590 de 2005, SU-946 de 2014, SU-537 de 2017, entre otras.

¹⁰⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-499A de 2017. “(...) Esta Corporación ha entendido que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo cuando, por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido. La Corte ha señalado que por dimensión constitucional del conflicto se entiende la interpretación del asunto enfocada a una protección más amplia que la legal, ya que “tiene el propósito de optimizar un mandato en las más altas condiciones de racionalidad y proporcionalidad”. Cuando un mecanismo ordinario no sea idóneo, al juez constitucional le corresponderá asumir de fondo del conocimiento del asunto y, en caso de amparar el derecho invocado, deberá hacerse de forma definitiva”

*ordinarios [y extraordinarios] que el sistema jurídico les otorga para la defensa de sus derechos”.*¹⁰⁹ Si se desconociera masivamente esta regla, podría incurrirse en un vaciamiento de las competencias de otras jurisdicciones y en una indeseable concentración, en la jurisdicción constitucional, de los litigios pertenecientes a otras áreas del derecho.¹¹⁰

101. *La ineficacia del recurso extraordinario de casación.* Al revisar acciones de tutela contra providencias judiciales, proferidas en la Jurisdicción Ordinaria es su especialidad Laboral y de la Seguridad Social, esta Corte ha declarado la improcedencia de varias de ellas, bajo el argumento de que el actor desatendió el deber de agotar el recurso extraordinario de casación.¹¹¹ Pero, también en otros casos, la Corte ha entendido que aun cuando el accionante hubiere agotado el referido recurso extraordinario, aquel no resultaba eficaz para la protección de sus derechos.

102. Esto último ha ocurrido, especialmente, cuando en los tutelantes confluyen condiciones que los sitúan en un escenario de marcada vulnerabilidad, caso en el cual, la carga relativa a la instauración del recurso de casación resulta particularmente *desproporcionada*.¹¹² Ello tiene que ver con que, si se exigiera a todas las personas agotar los mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, con independencia de sus condiciones particulares, se atentaría contra el derecho fundamental a la igualdad, instituido en el artículo 13 de la Constitución Política. Particularmente, se desconocería lo contenido en el inciso 3 de dicho artículo, según el cual: “[e]l Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.¹¹³

103. En algunos casos puede resultar complejo identificar si el recurso extraordinario de casación es ineficaz en la protección de un derecho fundamental. La Corte ha adoptado algunos criterios para definir en qué consiste dicha *ineficacia*. Así, en la Sentencia SU-543 de 2019 la Corte advirtió lo siguiente:

“Para establecer la eventual eficacia del medio judicial principal al que podría acudir la persona, la Corte ha advertido que el juez constitucional deberá revisar si este tiene la virtualidad de proteger el derecho fundamental presuntamente conculcado y, además, de hacerlo en términos oportunos. Ello, que encuentra inescindible relación con la protección inmediata del derecho invocado –finalidad del recurso de amparo en los términos del artículo 86 Superior– implica para el juzgador cuestionar si el tutelante se encuentra en condiciones de asumir y soportar el trámite judicial principal que ha dispuesto la Ley.

“Para esto tendrá que analizar el asunto desde una doble perspectiva: (i) el objeto o los intereses que la persona pretende hacer valer con el escrito de tutela, así como sus condiciones reales que,

¹⁰⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

¹¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-180 de 2018.

¹¹¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-906 de 2005, T-453 de 2010 y T-828 de 2012, entre otras.

¹¹² Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-852 de 2011, T-112 de 2013, T-401 de 2015, T-629 de 2015 y T-464 de 2016, entre otras.

¹¹³ Constitución Política. Artículo 13, inciso 3.

por decir lo obvio, serán particularísimas y pertenecerán, por tanto, solo a ella, y (ii) el tiempo promedio que tarda ese medio judicial, basado en las reglas de la experiencia. De este modo la evaluación de la eventual procedencia habrá de hacerse caso a caso, como en efecto lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación.

“Estos dos aspectos tienen, necesariamente, que ser valorados por el juez de tutela en un mismo momento. Así, verbigracia, no podría afirmarse que un proceso judicial que tarda, en promedio, dos años en resolverse, adolece per se de eficacia, pues, lo que para una persona puede constituir una demora desproporcionada, para otra no. En asuntos pensionales, si una persona en edad avanzada acude a la acción de tutela a efectos de lograr el reconocimiento y pago de su pensión de sobrevivientes, pero cuenta con un ingreso importante que le proporciona la posibilidad de vivir dignamente desde la dimensión material, no le corresponderá al juez de tutela desplazar las facultades otorgadas por el legislador al juez ordinario. Empero, si además de la edad avanzada, la persona no cuenta con ingreso alguno y padece alguna enfermedad de tipo catastrófico, el análisis habrá de ser otro, pues la falta de eficacia en este último evento sería, cuando menos, notoria.”¹¹⁴

104. También es importante tener presente que, para evaluar la vulnerabilidad de los accionantes, debe identificarse si, dentro ese grupo, se ubican *“los niños, los adolescentes, los adultos mayores, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza.”*¹¹⁵

105. *Análisis de la subsidiariedad en los casos concretos.* De las dieciséis (16) tutelas conocidas en esta providencia, donde se superó el requisito de la inmediatez, solo dos (2) se dirigen contra fallos de la Corte Suprema de Justicia (T-7.867.632 y T-8.484.811). Es decir, solo en esos dos (2) casos existe certeza de que los accionantes agotaron todas las vías ordinarias y extraordinarias para defender sus pretensiones. En todos los demás procesos el recurso extraordinario de casación debió promoverse y sustentarse, y ello no se hizo.¹¹⁶ Esto supondría que, *prima facie*, en todos aquellos casos debió declararse la improcedencia en razón del incumplimiento del requisito de la subsidiariedad.

106. Esto sería así porque ninguno de los accionantes se encontraba, en principio, en una situación de indefensión tal que, instaurar el mencionado recurso extraordinario, le hubiere significado una *carga desproporcionada*. En efecto, la persona de mayor edad en el grupo de accionantes es la señora Araminta Angarita (expediente T-8.319.475), quien nació el 6 de febrero de 1955 y quien, para la fecha en que instauró la acción de tutela, tenía 65 años. A su turno, la persona más joven, dentro del grupo de tutelas seleccionado, nació el 26 de enero de 1963. Se trata de Lucelly García Rico (expediente T-8.255.677). Ella, cuando instauró la tutela, tenía 57 años.

¹¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-543 de 2019.

¹¹⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-719 de 2003, T-456 de 2004, T-700 de 2006, T-953 de 2008, T-707 de 2009, T-979 de 2011, T-1000 de 2012 y T-395 de 2013, entre otras.

¹¹⁶ Al revisar acciones de tutela contra providencias judiciales, proferidas en la jurisdicción ordinaria laboral, esta Corte ha declarado la improcedencia de varias de ellas, bajo el argumento de que el actor desatendió el deber de agotar el recurso extraordinario de casación. (Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-906 de 2005, T-453 de 2010 y T-828 de 2012, entre otras).

107. Ninguno de los actores, en consecuencia, contaba con una edad tan avanzada que, por esa circunstancia, no hubiese podido esperar el fallo de la Corte Suprema de Justicia en sede de casación. Pero, además, aquellos no demostraron, en las acciones de tutela formuladas, un estado de vulnerabilidad económica en virtud del cual resultara urgente e imperiosa la resolución de su caso. Para esta Corte, no es posible que todos los casos en los que no se formule o no se sustente el recurso extraordinario de casación superen automáticamente el requisito de subsidiariedad. Con esto, claramente, se propicia que litigios propios de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral y Seguridad Social se estén tramitando por conducto de la acción de tutela.

108. La Corte Constitucional, en consecuencia, es consciente de que la mayoría de las tutelas acumuladas debieron declararse improcedentes. Sin embargo, a pesar de lo antedicho, en este específico caso, y sin que implique un cambio en las reglas de subsidiariedad, la Corte Constitucional procederá a flexibilizar de manera excepcional y solo para los casos aquí mencionados el requisito señalado con base en dos argumentos:

(i) Durante un tiempo la Corte Suprema de Justicia entendió que la pretensión de la ineficacia era declarativa y que, en esa medida, no existía interés económico para recurrir en casación

109. En efecto, durante un tiempo extenso la Corte Suprema de Justicia consideró que la declaratoria de la *ineficacia* de un traslado no podía cuantificarse. En esa medida, cuando los tribunales de lo ordinario laboral no accedían a dicha pretensión, el demandante no tenía la posibilidad de acudir al recurso extraordinario de casación por no tener “*interés jurídico para recurrir*” (Cfr., Autos AL, 9 oct. 2012, rad. 57289. Reiterado en los autos AL, 29 jul. 2015, rad. 67272, AL5108-2017 y AL5102-2017). Sobre esto, cabe recordar que el artículo 86 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social -modificado por el artículo 43 de la Ley 712 de 2001-, dispone que “*sólo serán susceptibles del recurso de casación los procesos cuya cuantía exceda de ciento veinte (120) veces el salario mínimo legal mensual vigente*”.¹¹⁷ Para calcular dicho interés jurídico, es necesario, de acuerdo con la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia identificar “*el agravio que sufre el impugnante con la sentencia acusada, que tratándose del demandado se traduce en la cuantía de las condenas económicas impuestas y, en el caso del demandante, en el monto de las pretensiones negadas en la sentencia que se pretende impugnar, eso sí, teniendo en cuenta la conformidad o no del interesado respecto del fallo de primer grado*”.¹¹⁸

110. Cuando se han formulado recursos de casación en procesos donde se pretende la *ineficacia* de traslados entre regímenes pensionales, la Corte Suprema de Justicia ha manejado, en distintos momentos históricos, tres tesis a saber: La **primera** señalaba que dicha pretensión era declarativa y que, por tanto, no era susceptible de ser cuantificada. Esto significaba que, en casos como los estudiados en esta causa, donde la pretensión de

¹¹⁷ Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Artículo 86.

¹¹⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Auto AL1662-2020.

ineficacia de los traslados no fue acogida por parte de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales, no existiría interés jurídico para recurrir. Así ha sido expuesto por la Corte Suprema de Justicia este argumento:

*“[...] las pretensiones del actor que, como se dijo líneas atrás, se contrajeron a la declaratoria de nulidad del acto mediante el cual se produjo su traslado al régimen de pensiones administrado por el Fondo de pensiones y cesantías demandado, entendiéndose sin solución de continuidad su afiliación al sistema pensional administrado, a su vez, por el Instituto de Seguros Sociales, con el consabido traslado de los aportes que a dicho fondo hubiera realizado; ni emerge verdadero motivo de duda acerca de dicho quantum, como para que deba acudirse a un perito para que lo estime, conforme a lo previsto por el artículo 92 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por cuanto que, las pretensiones formuladas, como lo advirtiera el Tribunal, son eminentemente declarativas, entrañando tal situación que, en principio, no pueda cuantificarse o concretarse en específicas sumas, menos cuando quiera que la sola afirmación del recurrente de que fue viciado su consentimiento para obtener el referido traslado no es suficiente para establecer que el monto del interés jurídico que le asiste para acudir al recurso extraordinario fuere cuando menos, al 29 de marzo de 2012, igual a \$68'004.000,00, equivalentes a los mentados 120 salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha del fallo de segundo grado”.*¹¹⁹ (Subrayas fuera de texto).

111. La **segunda**, que se expuso por primera vez en el Auto AL1237 del 21 de marzo de 2018, plantea lo siguiente: *“si bien es cierto las pretensiones denegadas por el Tribunal, fueron exclusivamente declarativas, en tanto se concretaron a la nulidad del traslado de régimen y las consecuencias que tal decisión acarrea, la cuantía para recurrir en casación de la parte demandante en estos casos, debe examinarse en torno a la expectativa que tiene el afiliado de recuperar el régimen de transición, y así poder acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, con los requisitos que tales normativas disponen”.*¹²⁰ (Subrayas fuera de texto).

112. Con la lectura de la regla antedicha, podría pensarse que aquella aplicaba solo para las personas que tenían la expectativa de acceder a la pensión de vejez, en el RPM, bajo el amparo del régimen de transición. Sin embargo, la propia Corte Suprema de Justicia se encargó de descartar esta lectura. En el Auto AL3807 del 1 de agosto de 2018, señaló que: *“si bien (...) la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, no encuentra la Sala, motivos para dar un trato diferente entre aquellas personas que acceden a su derecho pensional bajo los parámetros de aquel, y los trabajadores que causan su prerrogativa a través de los presupuestos generales de la Ley 100 de 1993.”*¹²¹

113. La **tercera**, expuesta en el Auto AL1533 del 15 de julio de 2020, plantea que *“(...) el concepto económico sobre el cual debe calcularse el monto del interés jurídico para recurrir en casación del demandante, [en casos como estos], es el de la diferencia económica en la prestación pensional que eventualmente podría producirse de acceder”*

¹¹⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Auto AL, 9 oct. 2012, rad. 57289. Reiterado en los autos AL, 29 jul. 2015, rad. 67272, AL5108-2017 y AL5102-2017.

¹²⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Auto AL1237-2018.

¹²¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Auto AL3807-2018.

el afiliado al derecho a cargo del régimen pensional que señaló el fallo atacado, teniendo en cuenta para efectuar el cálculo dos factores: i) la probabilidad de vida de aquél, y ii) las afirmaciones de la demanda que sobre el monto de la pensión hiciera el interesado.”¹²² (Subrayas fuera de texto).

114. Esta modificación de criterios al interior de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia pudo hacer que se presentara confusión en los actores, y que estos no tuvieran del todo claro la *idoneidad* y *eficacia* del recurso extraordinario de casación en asuntos como estos. En efecto, los demandantes pudieron pensar, razonablemente, que en los procesos judiciales en los que fungían como demandantes no era posible instaurar el recurso extraordinario de casación porque no contaban con el *interés jurídico para recurrir*. Y así también pudieron interpretarlo algunos tribunales de la jurisdicción ordinaria laboral.

(ii) La Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral- ha sostenido, en su rol de juez de tutela que, en todos estos escenarios, debe flexibilizarse el requisito de la subsidiariedad porque, en su sentir, existe una evidente vulneración de derechos fundamentales

115. Esto pudo hacer que los actores confiaran en esa línea jurisprudencial y, por ello, dejaran de agotar el recurso extraordinario de casación, aunque era su deber hacerlo. La Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral- empezó a flexibilizar el requisito de la subsidiariedad, para casos como estos, el 18 de marzo de 2020. Ese mismo día se profirieron, por ejemplo, las siguientes providencias en sede de tutela: STL3226-2020, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3200-2020, STL3199-2020, STL3197-2020, STL3196-2020 STL3193-2020, STL3191-2020, STL3187-2020 y STL3186-2020. En ellas se señaló que el requisito de la subsidiariedad debía flexibilizarse por las siguientes razones, a saber:

“El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En este caso, si bien el accionante no agotó el recurso extraordinario de casación, considera la Sala que este requisito debe flexibilizarse en aras de la defensa del orden jurídico, la libertad ciudadana, la dignidad, el debido proceso, el derecho a la igualdad y el respeto a los derechos fundamentales del potencial pensionado que se trasladó entre regímenes pensionales, sin la debida información.

“En efecto, esta Corporación en sentencia STL13133-2019 explicó que el requisito de subsidiariedad no es absoluto y debe examinarse en cada caso concreto, «al punto que es posible que ceda cuando se advierte la vulneración de derechos fundamentales que no pueden ser restablecidos efectivamente mediante las vías ordinarias, pues de no concederse el amparo, se consumaría un daño irreparable».

“Ahora, es cierto que en otras oportunidades la Sala ha considerado improcedente la acción de tutela por no haberse agotado el recurso de casación; sin embargo, una nueva reflexión sobre la

¹²² Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Auto AL1533-2020.

materia la lleva a concluir que cuando en sede de tutela se detecte una rebeldía infundada y obstinada contra la jurisprudencia consolidada de esta Corporación, en relación con un asunto decantado, en este caso, por más de una década, se impone flexibilizar este requisito para garantizar la supremacía constitucional y la vigencia de los valores de un sistema jurídico que aspira a ser justo.”¹²³

116. Esa posición fue secundada con posterioridad y se mantiene actualmente, como puede verse en las recientes Sentencias STL10068 del 26 de septiembre de 2023, STL16416 del 27 de septiembre de 2023 y STL16047 del 25 de octubre de 2023. Así, solo luego del 18 de marzo de 2020, y conociendo la nueva postura de la Corte Suprema de Justicia, los demandantes pudieron confiar en la flexibilización del requisito de la subsidiariedad. Para la Corte Constitucional “(...) *la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores (...)*”.¹²⁴

117. Esta confianza, y solo para los casos concretos aquí revisados, que surgió en los actores, debe protegerse por parte de la Corte Constitucional, aun a pesar de que, en términos generales y como se ha dicho, esta Corte entienda que los casos debieron declararse improcedentes desde un inicio. Improcedencia que debe ser aplicada para el resto de tutelas presentadas a futuro sin agotar el recurso extraordinario de casación.

118. Estas dos razones, leídas en su conjunto, permiten flexibilizar de manera excepcional y solo para los expedientes analizados en la presente sentencia, el requisito de subsidiariedad.

D. Breve caracterización del sistema general de pensiones

119. Como punto de partida, el artículo 1 de la Constitución determina que Colombia es un Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. El artículo 2 de la misma Constitución establece, entre los fines del Estado, el de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella, e instituye a las autoridades para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, entre otros. Complementariamente, la Constitución Política reconoce la Seguridad Social Integral y la prevé como un derecho irrenunciable, al mismo tiempo

¹²³ Cfr., Corte Suprema de Justicia. Sentencia STL3226-2020.

¹²⁴ Cfr., Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 2004.

que determina que es un servicio público de carácter obligatorio que puede ser prestado por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley, bajo la dirección, coordinación y control del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, también en los términos que establezca la ley.

120. La Seguridad Social Integral es aquella “(...) *protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en casos de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de la familia*”.¹²⁵ El sistema de pensiones es apenas una parte o rama del Sistema Integral de la Seguridad Social.¹²⁶ Las otras partes o ramas son el sistema de seguridad social en salud,¹²⁷ el sistema de riesgos laborales,¹²⁸ y los servicios sociales complementarios.¹²⁹

121. Para comprender mejor el problema que pretende resolver la Corte, es preciso tener presente una razón histórica insoslayable: el RPM ha sido desde siempre un sistema de reparto y el monto de las pensiones ha estado ligado al salario del afiliado, y no al ahorro efectuado en su vida laboral, por lo cual las pensiones se financian con un importante componente de subsidio.

122. Antes de la Ley 100, sancionada en 1993, en materia de pensión de vejez existía un régimen general, que aplicaba al conjunto de la población, y existían regímenes especiales, compuestos por aquellas normas establecidas para un grupo poblacional específico, que ejecutaba tareas muy determinadas o que prestaba sus servicios para empleadores concretos. El siguiente cuadro resume, en lo que importa para este caso, la dispersión de regímenes pensionales existente antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, e indica quiénes eran los responsables de la financiación de las prestaciones en cada caso:

Régimen	Beneficiarios	Financiación
Pensiones patronales	Trabajadores de empresas cuyo capital superara nominalmente el \$1.000.000	Recursos propios del empleador
Régimen ISS	Trabajadores del sector privado vinculados a empresas afiliadas al ISS	Trabajador, empleador y Estado

¹²⁵ Esta es la definición de la OIT. Que coincide parcialmente con la contenida en el preámbulo de la Ley 100 de 1993, según el cual “La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”.

¹²⁶ Cfr. Constitución Política, artículo 48, entre otros; Ley 100 sancionada en 1993, Libro I, Sistema General de Pensiones (Desde el artículo 10 hasta el artículo 151F) y normas que la modifican, sustituyen, complementan y reglamentan.

¹²⁷ Cfr. Constitución Política, artículos 49 y 50, entre otros; Ley 100 sancionada en 1993, Libro II, Sistema General de Seguridad Social en Salud (Desde el artículo 152 hasta el artículo 248) y normas que la modifican, sustituyen, complementan y reglamentan.

¹²⁸ Cfr. Constitución Política, artículos 47 y 53, entre otros; Ley 100 sancionada en 1993, Libro III, Sistema General de Riesgos Profesionales (Desde el artículo 249 hasta el artículo 256) y normas que la modifican, sustituyen, complementan y reglamentan.

¹²⁹ Cfr. Constitución Política, artículos 42 a 47, entre otros; Ley 100 sancionada en 1993, Libro IV, Servicios Sociales Complementarios (Desde el artículo 258 hasta el artículo 263) y normas que la modifican, sustituyen, complementan y reglamentan.

Régimen público	Empleados públicos	Estado
Regímenes especiales	Empleados públicos pertenecientes a entidades o actividades específicas	Estado
Regímenes mixtos	Trabajadores con tiempos públicos y privados	Trabajador, empleador y Estado
Pensiones convencionales	Trabajadores pertenecientes a empresas o sectores económicos beneficiarios de convenciones colectivas que preveían condiciones más beneficiosas para pensionarse que las previstas en el régimen general del ISS	Empleador

123. Las pensiones que se reconocían antes de la Ley 100 de 1993, en el sector privado, se pagaban con base en el salario devengado por los afiliados y, si estos cotizaban un número elevado de semanas, la tasa de reemplazo podía aumentar. A mayor salario y mayor número de semanas cotizadas, mayor mesada. A menor salario y menor número de semanas cotizadas, menor mesada. En el sector público, por su parte, al no existir un sistema de cotizaciones propiamente dicho, las reglas establecidas en la normatividad siempre fijaron, como tasa de reemplazo, un porcentaje estático. Normalmente correspondía al 75%. Con todo, a pesar de esta pequeña diferencia, también en ese sector la mesada pensional era directamente proporcional a lo devengado por el servidor público. Además, en este último sector, el ingreso sobre el cual se determinaba el valor de la pensión solía incluir factores salariales devengados en el último año de la vida laboral, lo cual generaba también mesadas proporcionalmente mayores a las reconocidas a los trabajadores del sector privado.

La pensión de vejez en la Ley 100 de 1993 y en la legislación complementaria

124. Uno de los objetivos de la Ley 100 de 1993, fue mejorar la eficiencia, eficacia y equilibrio financiero del sistema pensional mediante la simplificación de regímenes pensionales. Esto reducía la complejidad y los costos del proceso de reconocimiento y, por esa vía, aumentaba la eficiencia del sistema. Esto también aumentaba la eficacia dado que las pensiones no se adquirían por los servicios prestados a un único empleador, público o privado, sino en función de las cotizaciones efectivamente realizadas por el trabajador o el servidor. Por último, la relación cotización-pensión permitiría reducir el subsidio estatal de las pensiones, con lo que se esperaba mejorar el equilibrio financiero del sistema y, por esa vía, reducir el subsidio estatal, que podría ser destinado al aumento de la cobertura.

125. Para 1993, ya era claro que el monto de las cotizaciones no era suficiente para financiar la pensión. Y por esto, entre otras soluciones, se previó una, según la cual, el sistema de reparto, vigente desde la Ley 90 de 1946, coexistiría con otro régimen, que no sería de reparto, en el cual las pensiones se pagarían no al completar determinado número de semanas, sino al completar determinado ahorro en una cuenta individual. Allí nació el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Más adelante se abordarán las

principales características de dicho régimen. Por lo pronto, es necesario recordar que el sistema de reparto (RPM) continuó vigente después de 1993.¹³⁰ Solo que, con el objeto de hacerlo más sostenible, las reglas sobre el reconocimiento pensional fueron sustancialmente modificadas.

126. Así, por ejemplo, la Ley 100 estableció en su artículo 33 -original- que accedería a una pensión de vejez solo quien (i) cumpliera 60 años de edad (en el caso de los hombres) y 55 (en el caso de las mujeres); y, (ii) cotizara 1.000 semanas en cualquier tiempo.¹³¹ Como se advierte, esta norma no admitió que alguien se pensionara con 500 semanas, como sí lo reconocía el Acuerdo 049 de 1990. En lo referido al monto de la pensión, en el artículo 34 -original- de la misma Ley, se indicó que este correspondía, en principio, al 65% del ingreso base de liquidación (últimos 10 años de cotizaciones, o toda la vida laboral si el afiliado había cotizado más de 1.250 semanas).¹³² Ahora, se admitió que la tasa de reemplazo aumentara de conformidad con el mayor número de semanas cotizadas, posteriores a las primeras 1.000, pero dicho porcentaje no podía ser, en ningún caso, superior a 85%.¹³³

127. Por su parte, las reglas antedichas cambiaron con la Ley 797 de 2003. Allí se dispuso, primero, que, a partir del 1 de enero de 2014, la edad de pensión sería de 62 años (para hombres) y 57 (para mujeres). También, que las semanas mínimas necesarias para pensionarse irían en aumento paulatino desde 2005 hasta 2015, año en el que se exigirían, desde ahí y en adelante, 1.300.¹³⁴ En lo referido al monto de la prestación, se indicó que correspondería al 65% del IBL, y que aquel porcentaje aumentaría de acuerdo al número de semanas que hubiere cotizado la persona. Sin embargo, la norma incluyó una fórmula

¹³⁰ Asimismo, el sistema de cotizaciones se mantuvo. En la Sentencia SU-313 de 2020, se recordó, sobre este aspecto, lo siguiente: “*El Régimen de Prima Media con Prestación Definida* es, por antonomasia, solidario. Su correcto funcionamiento está atado al apoyo intergeneracional toda vez que el pago de las pensiones que se reconocen en la actualidad, depende de las cotizaciones que, al mismo tiempo, se encuentran realizando las personas vinculadas a un trabajo. Esas cotizaciones, que serán de orden obligatorio, provienen de la labor que adelanten quienes (i) sean servidores públicos, (ii) hayan suscrito un contrato laboral o por prestación de servicios, o (iii) aporten como independientes. Con la afiliación al Sistema General de Pensiones, inicia la obligación de cotizar y ella habrá de mantenerse hasta tanto la persona no acredite los requisitos para acceder a una pensión de vejez o, de manera excepcional, a una de invalidez. Esas cotizaciones, conforme ha sido necesario por consideraciones presupuestales, han aumentado históricamente. Antes de la Ley 100 de 1993, aquellas correspondían al orden del 8% del salario mensual que devengaba el trabajador, con posterioridad se estableció, en el artículo 20 de esa última norma, que ascenderían anualmente así: para 1994, al 11,5%; para 1995, al 12,5%; y desde 1996, en adelante, serían del 13,5%. Desde la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, han vuelto a variar, así: para 2004, al 14,5%; para 2005, al 15,0%; para 2006 y 2007, al 15,5%; y, desde 2008, hasta la fecha, al 16%. Por supuesto, dependiendo de las circunstancias, ese porcentaje puede ser superior, como ocurre, por ejemplo, con quienes devengan más de cuatro salarios mínimos. Con todo, de las cotizaciones se nutre el RPM para pagar las pensiones que tiene a su cargo y que se causaron con ocasión del cumplimiento de requisitos mínimos exigidos por la ley. Estos aportes van a un fondo común que será de naturaleza pública”.

¹³¹ Ley 100 de 1993, Artículo 33 -versión original-.

¹³² Ley 100 de 1993, Artículo 21: “Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. // Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo”.

¹³³ Ley 100 de 1993, Artículo 34 -versión original-.

¹³⁴ Ley 797 de 2003, Artículo 9.

novedosa, a través de la cual la tasa de reemplazo podría disminuir, por debajo del 65% y hasta el 55%, si el IBL del afiliado era alto.¹³⁵

128. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-295 de 2021, explicó el contenido de esta nueva fórmula de la siguiente manera:

“Para una mejor comprensión de este artículo, piénsese en un ciudadano que acreditó edad y semanas para pensionarse por vejez en el año 2020. El cálculo hipotético del IBL arrojó una suma de \$7.022.424. Este valor corresponde a 8 salarios mínimos para ese año. Piénsese también que la persona solo cotizó 1.300 semanas. En tal caso, aplicando la fórmula contenida en el artículo en cita, la tasa de reemplazo que corresponde es el 61,5%. Este es el resultado de, primero, multiplicar 0,50 por 8 (número de salarios mínimos del ciudadano), y, segundo, de restarle 4 unidades (valor que arrojó el cálculo anterior) a 65,50%. Si el IBL hubiese ascendido a 9 salarios mínimos, la tasa de reemplazo habría disminuido al 61%. Del mismo modo, si el IBL hubiese correspondido a 7 salarios mínimos, la tasa de reemplazo se habría fijado en el 62%. Así, queda claro que la tasa de reemplazo, en la pensión de vejez, se fija en función del ingreso, ergo, a mayor IBL, menor tasa; a menor IBL, mayor tasa.”¹³⁶

El régimen de transición

129. Como se observa, tanto la Ley 100, como la Ley 797, incluyeron importantes modificaciones al sistema de reparto que ya existía. Con todo, para no afectar demasiado las expectativas legítimas que tenían aquellas personas que pretendían pensionarse antes del advenimiento de estas normas, se estableció el denominado régimen de transición. El régimen se incluyó en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Para estar amparado por él, las personas debían: *a*) tener 35 años (mujeres) o 40 (hombres), al momento en que entra en vigencia la norma; o, *b*) contar con 15 años de servicios prestados para esa misma fecha.¹³⁷

130. Quien acreditaba una de estas condiciones, se encontraba protegido por el régimen de transición, lo cual suponía que podría pensionarse de conformidad con las reglas de una norma anterior, en lo relacionado con la edad, el tiempo de servicios y el monto establecidos en ella. Por monto, habrá de entenderse tasa de reemplazo y no Ingreso Base de Liquidación -IBL-. En algún momento se pensó, con ocasión de la interpretación que defendió, por años, el Consejo de Estado, que dentro del concepto

¹³⁵ Ley 797 de 2003, Artículo 10: “A partir del 1º. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas: // El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente: // $r = 65.50 - 0.50 s$, donde: r = porcentaje del ingreso de liquidación. s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes. // A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015. // A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima”.

¹³⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-295 de 2021.

¹³⁷ Ley 100 de 1993, Artículo 36.

monto estaba incluido el IBL, pero esta última postura no se defiende en la actualidad por ninguna alta Corte.¹³⁸

Régimen de transición y traslado al RAIS

131. Ahora, el mismo artículo 36 estableció en sus incisos 4 y 5, las siguientes reglas:

“Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

“Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.”¹³⁹

132. En otras palabras, estos incisos dispusieron dos cosas: quien se traslade al RAIS, y se mantenga allí afiliado, perderá el régimen de transición. Y, quien se traslade al RAIS, y regrese al RPM con posterioridad, también perdería en principio dicho régimen.

133. Frente a ambos incisos se presentó acción pública de inconstitucionalidad, la cual fue resuelta en la Sentencia C-789 de 2002. En esta oportunidad, la Corte declaró su exequibilidad condicionada al considerar que *“los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que [aquellos] no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993”*.¹⁴⁰ La Corte indicó en esa sentencia que sería desproporcionado el hecho de que una persona que cumplió *“con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones”*¹⁴¹ pierda el régimen de transición tras regresar al RPM. Pero, la misma Corte, señaló dos condiciones de

¹³⁸ En efecto, varias discusiones se suscitaron en la jurisprudencia nacional respecto de si el régimen de transición protegía el monto. El Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional se refirieron, en diversos momentos, al asunto. El Consejo de Estado sostuvo que el monto, entendido como la confluencia entre la tasa de reemplazo y lo que hoy se entiende como el IBL, debía hacer parte del régimen de transición, específicamente porque el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecía que *“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados [...]”*. (Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente No. 250002325000200607509 01 (0112-2009). Con todo, la Corte Suprema de Justicia manejó otra tesis. Dijo que el monto sí hacía parte del régimen de transición, pero, advirtió que el monto es equivalente a la tasa de reemplazo y no al IBL. Y esto lo dijo porque el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sostenía lo siguiente: *“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE [...]”*. Esta última tesis ha sido la acogida por la Corte Constitucional hasta la fecha. Una muestra importante de ello, es la Sentencia C-258 de 2013.

¹³⁹ Ley 100 de 1993, Artículo 36, incisos 4 y 5.

¹⁴⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-789 de 2002.

¹⁴¹ *Ibidem*.

favorabilidad que tendrían que darse para que operara la recuperación de la transición: “a) [que se traslade al RPM] *todo el ahorro* [que las personas efectuaron] *al régimen de ahorro individual con solidaridad*; y b) [que] *dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso [de] que hubieren permanecido en el régimen de prima media*”.¹⁴²

134. Posteriormente, en la Sentencia SU-062 de 2010, se abordó especialmente y para casos en los que una persona retorna al RPM en las circunstancias antedichas, el requisito relativo a la equivalencia entre lo ahorrado en el RAIS y lo que se hubiere cotizado en el RPM y se añadió que si esta equivalencia no se daba, en cualquier caso, “*no se [podía] negar el traspaso a los beneficiarios del régimen de transición del régimen de ahorro individual al régimen de prima media por el incumplimiento del requisito de la equivalencia del ahorro sin antes ofrecerles la posibilidad de que aporten, en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.*”¹⁴³ (Subrayas originales).

Terminación del régimen de transición

135. En un primer intento, tanto la Ley 797 de 2003, “*por la cual se reformaron algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptaron disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales*”, como la Ley 860 de 2003, “*por la cual también se reformaron algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictaron otras disposiciones*”, pretendieron poner fin o por lo menos limitar el alcance del régimen de transición. La primera de ellas, en su artículo 18, mantuvo la garantía únicamente para la edad y no para los demás requisitos (semanas y monto -tasa de reemplazo-). Sin embargo, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte mediante la Sentencia C-1056 de 2003, por vicios de forma.¹⁴⁴

136. Luego, en una segunda oportunidad, el artículo 4 de la Ley 860 de 2003 buscó mantener el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2007. Desde esa fecha solo sería respetada la edad y no los demás requisitos (semanas y monto -tasa de reemplazo). Pero, este artículo también fue declarado inexecutable por la Corte mediante la Sentencia C-754 de 2004.¹⁴⁵

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-062 de 2010.

¹⁴⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1056 de 2003. Sobre el particular, encontró la Corte que “este artículo no fue votado ni aprobado en las Comisiones Séptimas Permanentes, “*para no tener una votación con escaso quórum*”, lo que resulta inaceptable desde el punto de vista constitucional y en cambio, pone de manifiesto la omisión de un deber jurídico de pronunciarse para adoptar una decisión sobre la norma propuesta la cual queda, así, sin aprobación en 2 de los debates exigidos del artículo 157 de la Constitución para convertirse en ley”.

¹⁴⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-754 de 2004. Allí se advirtió que “el texto del artículo 4° demandado no fue discutido por las comisiones séptimas constitucionales en sesiones conjuntas, ni por la plenaria de la Cámara de Representantes. Ahora bien, dado que lo que exige la Constitución es que efectivamente se realicen todos los debates señalados en el artículo 157 superior, el artículo 4° acusado se encuentra claramente viciado de inconstitucionalidad.” Luego

137. Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que, estando en dicho régimen, además, tuvieran 750 semanas cotizadas -o su equivalente en tiempos de servicio- para el 22 de julio de 2005. En favor de aquellas personas, se mantendría, hasta el año 2014 (entiéndase 31 de diciembre). Dicho acto reformativo de la Constitución también estableció la finalización de los regímenes especiales y exceptuados, salvo en el caso del presidente de la República, los miembros de la fuerza pública y los docentes.

138. Como se señaló en la Sentencia SU-555 de 2014, *“la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones fue una preocupación transversal a la reforma”*, y este criterio motivó que el Acto Legislativo 01 de 2005 incluyera aspectos tales como los siguientes:

*“(i) la garantía de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, es decir, las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este Acto Legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas; (ii) cumplimiento de los requisitos legales para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones; (iii) unificación de requisitos y beneficios pensionales. Todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido; (iv) imposibilidad de hacer pactos o convenciones colectivas con beneficios pensionales superiores. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones; (v) liquidación sobre los factores efectivamente cotizados. En relación con la liquidación de las pensiones, el Acto Legislativo dispuso que sólo se tendrán en cuenta para determinar la base de liquidación, los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones y (vi) Límite en el valor de las pensiones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. El artículo 48 también señala, de forma tajante en el párrafo 10, que a partir del 31 de julio de 2010 no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública”.*¹⁴⁶

La pensión de vejez en el RAIS

139. En el RAIS: *“(…) las cotizaciones efectuadas por una persona no serán dirigidas a un fondo común, sino a una cuenta de naturaleza individual que, junto con*

de dicho esto, la Corte, a pesar de no ser necesario, evaluó la constitucionalidad de la medida desde un punto de vista material. También en ese ejercicio encontró que la norma era inexecutable.

¹⁴⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-555 de 2014.

*sus rendimientos, servirá de sustento económico al momento de reconocer y pagar la pensión a la que tenga derecho el afiliado.”*¹⁴⁷

140. Una de las particularidades más relevantes de este régimen es que, contrario a lo que ocurre con el RPM, además de las cotizaciones obligatorias previstas en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, una persona puede efectuar cotizaciones voluntarias con el único propósito de que el monto de su mesada pensional crezca, o que la prestación se pague antes de los 62 o de los 57 años. Así lo establece el artículo 62 de dicha Ley, al señalar que “[l]os afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podrán cotizar, periódica u ocasionalmente, valores superiores a los límites mínimos establecidos como cotización obligatoria, con el fin de incrementar los saldos de sus cuentas individuales de ahorro pensional, para optar por una pensión mayor o un retiro anticipado.”¹⁴⁸

141. En este régimen, las personas podrán acceder a la pensión de vejez a cualquier edad siempre que, como lo dispone el artículo 64 de la Ley 100 de 1993: *“el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar.”*¹⁴⁹

142. Cuando los afiliados no logran reunir ese capital, tienen la opción de contar con la garantía de pensión mínima si cumplen 62 o 57 años, dependiendo del sexo, y cotizan un mínimo de 1.150 semanas.¹⁵⁰ Si la persona no logra, finalmente, pensionarse con ninguna de estas reglas, operará la devolución de saldos.¹⁵¹ Ahora bien, en el RAIS, la pensión de vejez se puede pagar en una de tres formas escogidas por el afiliado: (i) renta vitalicia inmediata,¹⁵² (ii) retiro programado¹⁵³ o (iii) retiro programado con renta

¹⁴⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-313 de 2020.

¹⁴⁸ Ley 100 de 1993, Artículo 62.

¹⁴⁹ Ley 100 de 1993, Artículo 64.

¹⁵⁰ Ley 100 de 1993, Artículo 65: “Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión. // Parágrafo. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley”.

¹⁵¹ Ley 100 de 1993. Artículo 66: “Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho”.

¹⁵² Ley 100 de 1993, Artículo 80: “La renta vitalicia inmediata, es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho. Dichas rentas y pensiones deben ser uniformes en términos de poder adquisitivo constante y no pueden ser contratadas por valores inferiores a la pensión mínima vigente del momento. // La administradora a la que hubiere estado cotizando el afiliado al momento de cumplir con las condiciones para la obtención de una pensión, será la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites o reclamaciones que se requieran, ante la respectiva aseguradora.”

¹⁵³ Ley 100 de 1993, Artículo 81: “El retiro programado es la modalidad de pensión en la cual el afiliado o los beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiera lugar. // Para estos efectos, se calcula cada año una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado

vitalicia diferida.¹⁵⁴ En cualquier caso, a diferencia de lo que sucede en el RPM, el monto de la pensión en el RAIS depende exclusivamente del ahorro acumulado. Por ejemplo, una persona puede tener un monto elevado de ahorro y pensionarse a los 50 años con un salario mínimo. O podría continuar cotizando voluntariamente a efectos de que su mesada aumente. En este régimen, entonces, el valor de la mesada pensional no está directamente ligado al promedio de los salarios percibidos en los últimos 10 años de vida laboral. Y tampoco existe el concepto *tasa de reemplazo*.

143. A continuación, se resumen brevemente las diferencias entre regímenes en función de las prestaciones a las que pueden acceder los afiliados:

	RPM	RAIS
Sistema de financiación	Reparto simple. La pensión se financia con los recursos existentes en el fondo común del régimen que, a su turno, se nutre con las cotizaciones de los afiliados activos y sus rendimientos.	Ahorro Individual. La pensión se financia con los recursos provenientes de las cotizaciones del afiliado (obligatorias y voluntarias), los rendimientos recibidos por la inversión de ese ahorro y el bono pensional.
Edad	57 años mujeres y 62 hombres	La pensión se puede disfrutar a cualquier edad siempre que el monto acumulado de la cuenta permita financiar una pensión del 110% del SMLMV
Semanas de cotización	Ley 100 de 1993: 1.000 Ley 797 de 2003: Aumenta 50 semanas cada año a partir de 2005 hasta llegar a 1300 semanas. ¹⁵⁵	No hay mínimo de semanas cotizadas. La pensión se puede disfrutar siempre que el monto acumulado de la cuenta permita financiar una pensión del 110% del SMLMV
Tasa de reemplazo	Ley 100 de 1993: 65% como base hasta el 85%	El monto de la pensión se determina en función del ahorro acumulado y las condiciones elegidas para disfrutar de la jubilación

de dividir el saldo de su cuenta de ahorro y bono pensional, por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios. La pensión mensual corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad. // El saldo de la cuenta de ahorro pensional, mientras el afiliado disfruta de una pensión por retiro programado, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente. // Lo dispuesto en el inciso anterior, no será aplicable cuando el capital ahorrado más el bono pensional si hubiere lugar a él, conduzcan a una pensión inferior a la mínima, y el afiliado no tenga acceso a la garantía estatal de pensión mínima. // Cuando no hubiere beneficiarios, los saldos que queden en la cuenta de ahorro al fallecer un afiliado que esté disfrutando una pensión por retiro programado, acrecentarán la masa sucesoral. Si no hubiere causahabientes, dichas sumas se destinarán al financiamiento de la garantía estatal de pensión mínima.”

¹⁵⁴ Ley 100 de 1993, Artículo 82: “El retiro programado con renta vitalicia diferida, es la modalidad de pensión por la cual un afiliado contrata con la aseguradora de su elección, una renta vitalicia con el fin de recibir pagos mensuales a partir de una fecha determinada, reteniendo en su cuenta individual de ahorro pensional, los fondos suficientes para obtener de la administradora un retiro programado, durante el período que medie entre la fecha en que ejerce la opción por esta modalidad y la fecha en que la renta vitalicia diferida comience a ser pagada por la aseguradora. La renta vitalicia diferida contratada tampoco podrá en este caso, ser inferior a la pensión mínima de vejez vigente”.

¹⁵⁵ Con la Sentencia C-197 de 2024 la Corte declaró la “INEXEQUIBILIDAD del inciso 2° del numeral 2° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el inciso 2° del numeral 2° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el apartado final del inciso 5° del artículo 10 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, en relación con sus efectos para las mujeres. // Diferir los efectos de la declaratoria de inexequibilidad hasta el 31 de diciembre de 2025, para que en dicho lapso el Congreso de la República, en coordinación con el Gobierno Nacional, en el marco de sus competencias, adopte un régimen de causación del derecho a la pensión de vejez en el que se considere integralmente el enfoque de género y, especialmente, la condición de las mujeres cabeza de familia. // Una vez expire el término señalado, es decir, a partir del 1° de enero de 2026 y si el Congreso no establece el régimen pensional antes indicado, el número de semanas mínimas de cotización que se exija a las mujeres para obtener la pensión de vejez en el régimen de prima media se disminuirá en 50 semanas y, a partir del 1° de enero de 2027, se disminuirá en 25 semanas cada año hasta llegar a 1000 semanas.”

	Ley 797 de 2003: 55% - 65% como mínimo y aumenta por semanas adicionales de cotización	
Monto de la pensión	Suma fija vitalicia que se obtiene de aplicar la tasa de reemplazo al ingreso base liquidación	El monto de la pensión será una suma fija vitalicia si se elige la modalidad de renta vitalicia. Podrá ser una suma variable en función del saldo de la cuenta si se elige retiro programado. O bien podrá ser una suma fija con un porcentaje variable
Prestación alternativa a la pensión de vejez	Si el afiliado llega a la edad de pensión sin cumplir el requisito de semanas de cotización tiene derecho a una indemnización sustitutiva equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.	Si el afiliado llega a 57 años de edad si es mujer, 62 si es hombre y el capital de su cuenta de ahorro individual no permite financiar una pensión del 110% del salario mínimo, ni cumple requisitos para la garantía de pensión mínima, podrá optar por la devolución de saldos de su cuenta, que incluye las cotizaciones, los rendimientos y el bono pensional.
Garantía de pensión mínima	Si una persona cumple la edad y a partir de 2015, las 1300 semanas necesarias para acceder a una pensión de vejez, su prestación será por lo menos equivalente a un salario mínimo.	Si el afiliado llega a 57 años de edad si es mujer, 62 si es hombre y el capital de su cuenta de ahorro individual no permite financiar una pensión del 110% del salario mínimo, pero ha cotizado 1.150 semanas, el Estado asume la diferencia necesaria para garantizar la financiación de una pensión equivalente al salario mínimo.
Excedentes de libre disposición	No hay. El afiliado solo tiene derecho a la pensión legal	Si el afiliado logra financiar una pensión igual o superior al 75% de su ingreso base de liquidación y esta supera el 110% del salario mínimo, podrá pedir la devolución de lo que exceda del capital necesario para financiar la pensión. La devolución incluye el bono pensional si a ello hubiere lugar
Uso del ahorro como garantía	No aplica	El afiliado que haya acumulado en su cuenta individual de ahorro pensional el capital requerido para financiar una pensión superior al 110 % de la pensión mínima de vejez, podrá emplear el exceso de dicho capital ahorrado, como garantía de créditos de vivienda y educación, de acuerdo con la reglamentación que para tal efecto se expida.

144. Como se puede observar, en términos de diseño, cada uno de los regímenes ofrece condiciones diferentes que pueden representar ventajas o desventajas para el afiliado dependiendo de su situación laboral, de su densidad de cotizaciones, de su monto cotizado, o de las expectativas que tenga sobre su pensión, etc. Así, por señalar solo un ejemplo, para una persona con vinculaciones laborales irregulares e ingresos inferiores a

2 salarios mínimos podría ser mejor permanecer en el RAIS, pues para acceder a una pensión equivalente a un salario mínimo solo deberá acreditar 1.150 semanas de cotización en ese régimen. Por el contrario, esa misma persona en el RPM necesitará haber cotizado 1.300 semanas para acceder a la pensión de vejez. En contraste, para una persona que tenga altos ingresos, que no realice cotizaciones voluntarias y que no tenga la intención de pensionarse antes de la edad legal para el efecto, podría ser más beneficioso permanecer en el RPM pues su pensión será calculada en función del salario percibido en los últimos diez años, y si cotiza más tiempo podrá acceder a una tasa de reemplazo más alta. Sin embargo, para una persona con altos ingresos que no aspire a una pensión igual a su ingreso salarial, pero quiera pensionarse antes de la edad legal, podría ser más favorable permanecer en el RAIS, pues, aunque puede obtener una pensión más baja, podría acumular rápidamente un capital suficiente para poder iniciar la fase de desahorro de su cuenta individual.

145. El diseño del sistema pensional mixto previsto en la Ley 100 de 1993 permite que, conforme a la pluralidad de regímenes pensionales, los trabajadores puedan escoger la alternativa que les resulte más favorable en función de su situación particular y sus expectativas para la vejez. Como se explicará a continuación, esa decisión se toma en el momento en el que se elige un régimen de pensión u otro, pero se puede reevaluar a lo largo de la vida laboral siempre que se cumplan las condiciones del traslado que prevé la ley. Así, la afiliación a uno u otro régimen está mediada por un derecho del afiliado a ser informado sobre las implicaciones de su elección, y por un correlativo deber del administrador de proveer esa información.

Reglas respecto de los traslados de personas entre regímenes

146. Desde la expedición de la Ley 100, sancionada en 1993, el traslado entre el RPM y el RAIS ha sido una facultad de las personas, pero sometido a algunas reglas específicas. En primer lugar, en su artículo 13 -literal e- se indicó originalmente que los afiliados tenían la opción de escoger el régimen de su preferencia. Empero, se incluyó el siguiente límite a esa facultad: “(...) [u]na vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional.”¹⁵⁶

147. Este artículo se reglamentó por medio del Decreto 692 de 1994 que, entre otros, reconoció en su artículo 11 que “[l]a selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado.”¹⁵⁷ Adicionalmente, en el mismo artículo se señaló que cuando ocurriera un primer traslado desde el RPM hacia el RAIS, en el formulario de afiliación debía consignarse, con total claridad, “(...) que la decisión de trasladarse al régimen

¹⁵⁶ Ley 100 de 1993, Artículo 13, literal e, -versión original-

¹⁵⁷ Decreto 692 de 1994, Artículo 11.

seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.”¹⁵⁸ Acto seguido, en el mismo artículo se permitió que este tipo de leyendas fuesen preimpresas.

148. Con todo, para garantizar que la libertad de escogencia del régimen se materializara, el Decreto 1161 de 1994 introdujo el denominado *derecho de retracto*. Aquel se incluyó en el artículo 3, en los siguientes términos: “[s]e entenderá permitido el retracto del afiliado en todos los casos de selección con el objeto de proteger la libertad de escogencia dentro del Sistema General de Pensiones, de una administradora de cualquiera de los regímenes o de un plan o fondo de pensiones, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquel haya manifestado por escrito la correspondiente selección.”

149. Otro mecanismo de protección a los afiliados, y, en específico, a su libertad de elección, fue el contenido en el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995. Esta norma permitía a las personas que se habían trasladado al RAIS, volver al RPM, siempre que (i) lo solicitaran antes del 31 de diciembre de 1996, y (ii) se cumplieran las siguientes condiciones: “1. Que el solicitante sea beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos; y // 2. Que el traslado de régimen [evidencie] un perjuicio al afiliado frente al régimen del cual se trasladó.”¹⁵⁹

150. Posteriormente, la Ley 797 de 2003, en su artículo 2, modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Allí se señaló que “[l]os afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.¹⁶⁰

151. La razón por la cual (i) se amplía de 3 a 5 años el periodo mínimo de permanencia en uno de los regímenes y, (ii) se le impide a una persona trasladarse cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad pensional es, en lo fundamental, proteger la sostenibilidad financiera del sistema en su conjunto. En la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003 este punto quedó claro.

152. Allí quienes promovieron la medida explicaron que “[e]n un Estado como el nuestro, con recursos limitados, es muy importante que antes de discutir su utilización, nos pongamos de acuerdo en los principios básicos que se deben cumplir para la destinación de los dineros públicos. Así mismo, los principios deben servir de guía para analizar la utilización que, actualmente, se le da a los recursos públicos destinados al

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ Decreto 1642 de 1995, Artículo 2, Parágrafo transitorio.

¹⁶⁰ Ley 797 de 2003, Artículo 2.

*sistema pensional vigente. Estos principios rectores son: [entre otros, el de la] responsabilidad fiscal”.*¹⁶¹

153. La necesidad de pensar en disciplinar las finanzas del sistema pensional, tenía que ver con que aquel, para el momento en que se presenta el proyecto de ley que introdujo la barrera de los 10 años, no cubría a “*8 de cada 10 colombianos con edad para pensionarse*”.¹⁶² De hecho, en la misma exposición de motivos se sostiene que “[e]n el año 2001, solo el 23% de los adultos mayores, con igual o mayor edad para pensionarse, [estaban] cubiertos por el sistema”.¹⁶³ Al tiempo que “[e]n el régimen de prima media con prestación definida de manera regresiva, se [subsidiaba], con recursos públicos, entre el 42 y el 72% de cada pensión reconocida (...). Quiere esto decir, en cifras del año 1999, que el Gobierno Nacional dedicó 2,04 puntos del PIB (cerca de 4 billones de pesos), para que dos personas de cada diez, con edad superior a la de jubilación, pudieran recibir el subsidio a la pensión.”¹⁶⁴ Ante este panorama, los ponentes del proyecto vaticinaron, en ese entonces, que en caso de continuar esta tendencia regresiva “*el Gobierno central debería destinar, en el año 2019, cinco punto cinco (5.5) puntos del PIB para que esa gran minoría siga recibiendo subsidio a su pensión*”.¹⁶⁵

154. En lo que tiene que ver con el pasivo pensional, se añadió que aquel ascendía “*al 206% del PIB del año 2000*”¹⁶⁶ y que, dicho “*desfinanciamiento existente, para asegurar que una minoría [gozara] de su pensión, [tendría] que ser cubierto con recursos de la Nación en caso de seguir con las mismas condiciones.*”¹⁶⁷ Precisamente por ello, se pensó que limitar “*la posibilidad de traslado entre regímenes, en los últimos diez (10) años anteriores al cumplimiento de la edad para tener derecho a la pensión*”,¹⁶⁸ sería una medida importante para garantizar una adecuada responsabilidad fiscal en el manejo del sistema.

155. De cualquier modo, y con el objeto de evitar que la modificación tomara por sorpresa a los afiliados, se determinó que la medida no empezaría a regir sino luego de que hubiere transcurrido un año contado desde la vigencia de la Ley 797 de 2003. Así, quienes estuvieren a 10 años o menos de adquirir la edad de pensión, podían trasladarse libremente, sin sujeción a este último requisito, en el periodo comprendido entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2004. Así, esta norma impide a los usuarios trasladarse al otro régimen cuando estén cerca de acceder a la pensión.

156. En el marco de lo anterior, el artículo 2 de Ley 797 de 2003 fue cuestionado mediante acción pública de inconstitucionalidad que fue resuelta en Sentencia C-1024 de 2004. En dicha oportunidad, la Corte declaró la norma en cita ajustada a la Constitución

¹⁶¹ Gaceta del Congreso No. 350 del 23 de agosto de 2002. Proyecto de Ley 56 de 2002, Senado, p. 13.

¹⁶² *Ibidem.*

¹⁶³ *Ibidem.*

¹⁶⁴ *Ibidem.*

¹⁶⁵ *Ibidem.*

¹⁶⁶ *Ibidem.*

¹⁶⁷ *Ibidem.*

¹⁶⁸ *Ibidem.*

luego de encontrar que con ella se protegía la sostenibilidad del sistema. Los siguientes fueron los argumentos planteados en ese fallo:

“(…) el objetivo [de la medida], consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico, pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. No sobra mencionar en este punto, que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema y que, en ese orden de ideas, su falta de ajuste con la realidad económica del país, simplemente podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados.

“Así las cosas, el período [...] de permanencia obligatoria, permite, en general, una menor tasa de cotización o restringe la urgencia de su incremento, al compensar esta necesidad por el mayor tiempo que la persona permanecerá afiliado a un régimen, sin generar los desgastes administrativos derivados de un traslado frecuente y garantizando una mayor utilidad financiera de las inversiones, puesto que éstas pueden realizarse a un largo plazo y, por ello, hacer presumir una creciente rentabilidad del portafolio conformado por la mutualidad del fondo común que financia las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida.

“Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional (...)”¹⁶⁹

157. Siguiendo lo indicado en la Sentencia C-789 de 2002, en dicha providencia se señaló que quienes se habían trasladado al RAIS, estando amparados por el régimen de transición en el RPM por haber cotizado 15 años -o más- para el 1 de abril de 1994, podrían regresar a este último en cualquier tiempo.

Reglas relacionadas con el deber de información que las administradoras deben prestar a quien pretende un traslado o una afiliación

158. El deber de información es clave en las relaciones contractuales que emprendan los particulares y es vinculante para aquella parte que, por su experticia, puede ofrecer a la parte débil de la relación los datos mínimos que caracterizan el objeto contractual. Las AFP siempre han estado legitimadas para promocionar el régimen de ahorro individual con solidaridad con el fin de lograr que cada vez más personas se afilien a él y así ser más competitivas en el sistema pensional. De cualquier modo, dichas AFP tienen el deber de

¹⁶⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1024 de 2004.

informar a los potenciales afiliados, con criterios de transparencia y suficiencia, sobre las condiciones y consecuencias que tendrá su vinculación a ellas.

159. Este deber es consecuencia de la regla prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 según el cual la afiliación de una persona al RAIS o al RPM debe ser *libre y voluntaria*. Es decir, la escogencia de una u otra opción, debe contar con conocimiento de causa. Esto supone que la persona debe reconocer, cuando menos, el funcionamiento, condiciones y reglamentación del régimen al que pretende pertenecer. Valga advertir que la decisión de afiliarse y permanecer afiliado a alguno de los dos regímenes, impactará el futuro de la persona y sus condiciones económicas en la vejez, razón por la cual, la relación contractual que se da entre una persona y las administradoras del RAIS, al momento en que aquel se afilia a estas, y mientras permanece afiliado, debe estar mediada por el principio de la buena fe que incorpora el de confianza legítima.

160. Sobre el principio de la buena fe, la Corte ha reconocido que, primero, “*irradia a todo el ordenamiento jurídico*”;¹⁷⁰ y, segundo, impone “*a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan -lealtad y honestidad-*”.¹⁷¹ Acatar el principio de la buena fe implica que las AFP informen a la persona que busca afiliarse a ellas sobre los pormenores del régimen pensional. Todo esto sin esconder u ocultar datos que bien podrían modificar la decisión del usuario.

161. Las AFP son actores económicos, responsables de la prestación de un servicio público en el marco del modelo de economía social de mercado que el Constituyente de 1991 adoptó como un eje de la Constitución Política. En este modelo, las libertades económicas, en particular la libertad económica y la libre competencia económica, además de ser derechos, son también garantías para la correcta operación de los mercados. La teoría económica señala que la libre competencia -que es un derecho colectivo que garantiza el artículo 333 de la Carta- entre actores que ofertan bienes o servicios redundará inevitablemente en que los mismos sean prestados en condiciones óptimas, eficaces, eficientes y oportunas. Esto porque cada participante en el ejercicio competitivo se esforzará por captar consumidores mediante el ofrecimiento de productos mejores en términos de calidad, disponibilidad y precio.

162. Así las cosas, le corresponde al Estado, en ejercicio de sus funciones de dirección e intervención de la economía, regular los límites dentro de los cuales pueden actuar los agentes del mercado. Justamente, en la Sentencia C-063 de 2021, la Corte precisó que la fórmula del Estado Social de Derecho y su compromiso con la realización de los derechos fundamentales y la dignidad humana demandan del Estado un papel activo en la economía. Así, como uno de los ejes de la Constitución, se adoptó el modelo de economía social de mercado que reconoce un papel predominante a la autonomía de la voluntad privada en ejercicio de los derechos de contenido económico y social que ella garantiza y protege, al tiempo que le impone deberes al Estado para garantizar la efectividad de

¹⁷⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-207 de 2019.

¹⁷¹ Ibidem.

tales derechos, regular determinadas actividades económicas, ejercer la inspección, vigilancia y control sobre algunas actividades económicas y respecto de los sujetos que las realizan, dirigir la economía y, por mandato de la ley, intervenir en ella, de forma que las diferentes expresiones de la actividad económica sirvan a la sociedad como vehículos de mejoramiento de las condiciones de vida e impulsores del desarrollo.¹⁷²

163. El modelo de la economía social de mercado reconoce que pueden existir fallas que impidan su correcto funcionamiento, y le atribuye a la organización estatal el deber de actuar o intervenir en su corrección. Para cumplir este propósito, dicha organización fue dotada de funciones de inspección, vigilancia y control, o incluso de la facultad de intervenir en la economía para proveer directamente bienes y/o prestar servicios cuando ello resulte necesario para satisfacer las necesidades de los usuarios. Una falla de los mercados puede provenir de la *asimetría de la información*, que se presenta, básicamente, cuando una de las partes de un negocio tiene más información que su cocontratante respecto del objeto de la transacción. Esa diferencia supone un obstáculo para que las fuerzas del mercado fijen el precio de un bien o servicio en condiciones de eficiencia.

164. La asimetría de la información puede generar comportamientos de selección adversa que aumentan los precios al punto de excluir un bien o servicio del mercado, o generar tratamientos discriminatorios contra cierto tipo de consumidores que los obligue a asumir precios artificialmente altos por el mismo bien o servicio. Para lo que importa a este caso, en el mercado de pensiones una de las manifestaciones de la asimetría de información consiste en que los usuarios no tienen suficiente información para decidir, entre las opciones que tienen su a disposición, cuál es la que mejor garantiza sus intereses o satisface sus expectativas. Estas dificultades puede recaer sobre la decisión de afiliarse a uno u otro régimen pensional, decidir sobre su permanencia en el régimen elegido, determinar si realiza o no cotizaciones voluntarias, decidir si cumple o no el deber legal de cotizar, asumir o no el riesgo de dejar de cotizar, escoger una modalidad de retiro en el RAIS, etc.

¹⁷² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-063 de 2021: “En el modelo económico previsto en el sistema constitucional colombiano, los agentes participan en toda clase de mercados de competencia perfecta e imperfecta y la organización estatal actúa para evitar, controlar o corregir esas fallas y lograr: (i) los fines sociales que los mercados por sí mismos no alcanzarían y, (ii) los fines económicos para que los mercados funcionen adecuadamente en beneficio de todos. // “163. La actuación del Estado en la economía corre por cuenta de distintas autoridades públicas y se ejerce por medio de diferentes instrumentos. En particular, la Constitución Política prevé que el Congreso de la República, expida leyes que regulen determinadas actividades y servicios públicos (C.Pol., artículos 150-23 y 365); regule el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control previstas en la Constitución (Artículo 150-8); e imponga mandatos de dirección e intervención en la economía (Artículos 150-21 y 334), todo lo cual cumple conforme a las atribuciones que la Constitución le confiere o en ejercicio de la cláusula general de competencia y, en general, mediante el ejercicio de su libertad de configuración normativa en materia económica. Así mismo, la Constitución y la ley le exige a las autoridades que ejerzan funciones administrativas y judiciales respetar y garantizar la efectividad de los derechos en general y los de contenido económico en particular. // “164. La confección de planes y programas de desarrollo y la expedición de la Ley del Plan Nacional de Inversiones Públicas, permiten utilizar instrumentos de dirección de la economía (arts. 334, 339 y 341), que materializan el concepto de planificación como piedra angular de la función pública, así como la intervención (general o sectorial) de la economía, se ejerce, previa la expedición de leyes que contienen mandatos para tal efecto, por las autoridades correspondientes. Las facultades de regulación, reglamentación y decisión general, también pueden ser ejercidas por agencias estatales mediante el empleo de competencias normativas de naturaleza administrativa, con sujeción a las reglas que señala la ley, en tanto que las atribuciones de inspección, vigilancia y control de la actividad económica como de los agentes económicos que se dedican a ellas, corresponde a autoridades que cumplen funciones de policía administrativa en los términos previstos en la ley.”

165. Consciente de que la asimetría de información conduce a la ineficiencia del mercado, el Estado, en ejercicio de su potestad regulatoria, puede prever en la ley reglas específicas que permitan disminuir el desconocimiento de la persona al escoger uno u otro régimen pensional, mediante la creación de obligaciones de información a cargo del administrador de pensiones -en este caso, el agente más informado- y en favor del menos informado -el afiliado-.

166. Los anteriores deberes de información son mucho más vinculantes cuando de por medio está el derecho a la seguridad social que se traduce en una mesada pensional como fuente principal de sustento de una persona que, por razón de su edad, puede ya no pertenecer al conjunto de la población económicamente activa. La seguridad social integral, por la definición contenida en el artículo 48 de la Constitución Política, es un derecho irrenunciable y un servicio público. Precisamente por la importancia que tiene este derecho, la relación que establece una AFP con un usuario del sistema es más que contractual, pues el Estado debe garantizar que lo que allí se pacte no suponga un aprovechamiento de la falta de conocimiento del afiliado, o de sus deficiencias en comprender sus decisiones de cara a lo que ofrezca el mercado. En tanto servicio público, corresponde al Estado dirigir, controlar y coordinar su prestación.

167. Por lo anteriormente expuesto, con el tiempo, el deber de información ha ido madurando y especializándose. Esto con el único propósito de evitar que el afiliado decida pertenecer a uno u otro régimen sin tener en cuenta los elementos característicos de aquel que escoge. La elección, en este caso y como se ha dicho, no es una de cualquier tipo, sino una que tendrá, irremediablemente, impacto en el derecho a la seguridad social irrenunciable de la persona. De allí que, aunque en un inicio los deberes de información recaían sobre cuestiones básicas relativas al funcionamiento del sistema, con el tiempo los mismos fueron robusteciéndose hasta llegar a la figura de la doble asesoría que rige actualmente. Así, como bien lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia,¹⁷³ la obligación de informar a la persona sobre las implicaciones de los traslados entre el RPM y el RAIS, ha recaído tradicionalmente en los asesores de las AFP. Pero esta obligación no ha sido siempre la misma. En efecto, aquella puede dividirse en 3 etapas que van: (i) de 1993 a 2009, (ii) de 2010 a 2014, y (iii) de 2015 en adelante. Para lo que interesa a este asunto, la Corte ahondará en el deber de información exigido en el primero de los periodos indicados.

Primera etapa: Período comprendido entre 1993 y 2009

168. Como se ha dicho, el artículo 13, literal *b*, de la Ley 100 de 1993, establece que la selección de uno de los regímenes -Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida o Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad- es libre y voluntaria por parte

¹⁷³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencias SL1004-2022, SL1006-2022, SL1007-2022, SL1008-2022, SL1011-2022, SL1005-2022, SL1009-2022, SL1010-2022, SL1069-2022, SL896-2022, SL891-2022, SL892-2022, SL890-2022, SL906-2022, SL904-2022, SL905-2022, SL916-2022, SL1022-2022, SL967-2022, SL1017-2022, SL932-2022, SL934-2022 y SL761-2022, entre muchas otras.

del afiliado, quien para tal efecto debe manifestar por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso primero del artículo 271 de la citada Ley.

169. La Corte Suprema de Justicia ha entendido que *“la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento.”*¹⁷⁴ Así, la libertad de escogencia es un derecho que el afiliado tiene y que puede ejercer si está debidamente informado. Precisamente, con el propósito de proteger ese derecho que tiene toda persona de seleccionar libre y voluntariamente el régimen de su preferencia, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 estableció que el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica, que impida o atente en cualquier forma contra este derecho, se hará acreedora, en cada caso y por cada afiliado, a una multa que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente, ni exceder cincuenta veces dicho salario. Así mismo, dispuso que la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.¹⁷⁵

170. También la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la obligación que tenían las AFP durante el periodo referido, para brindar información a la persona que pretendía trasladarse al RAIS, se hacía más vinculante con la lectura del artículo 97 -numeral 1- del Decreto 663 de 1993.¹⁷⁶ Según esta norma, correspondería a las AFP: *“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 y poder tomar decisiones informadas.”*¹⁷⁷

171. Finalmente, como también lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, el deber de información que se desprende de las normas citadas, implica *“dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios.”*¹⁷⁸ (Subrayas fuera de texto).

172. En consecuencia, durante este período, la información que debía prestarse a las personas que pretendieran afiliarse al Régimen de Ahorro Individual y Solidaridad -

¹⁷⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1452-2019.

¹⁷⁵ Ley 100 de 1993, Artículo 271: *“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”.* (Énfasis propio).

¹⁷⁶ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

¹⁷⁷ Decreto 663 de 1993. Artículo 97, numeral 1.

¹⁷⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL1452-2019.

RAIS estaba relacionada, en lo esencial, con la forma en que dicho régimen operaba. Los asesores de las AFP debían, entre otras cosas, ilustrar al usuario sobre:¹⁷⁹

- (i) Los tipos de riesgos que allí se reconocerían (pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes), y cada una de sus modalidades (retiro programado, renta vitalicia inmediata o el retiro programado con renta vitalicia diferida). Igualmente debía informársele sobre la figura de los excedentes de libre disposición en el RAIS, o sobre las posibilidades que en este se tienen para usar los aportes en la adquisición de vivienda.
- (ii) La posibilidad de realizar cotizaciones adicionales a las obligatorias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 100 de 1993.
- (iii) Qué sucedería si no lograba reunir, en su cuenta, el monto mínimo para acceder a una pensión de vejez con el 110% del salario mínimo.
- (iv) La manera en que opera la garantía de la pensión mínima; y,
- (v) La forma en que se garantizaría la devolución de saldos en caso de que no lograra acceder a una pensión. A su turno, a diferencia de lo que ocurre en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, las AFP debían explicar a las personas que el monto de las pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS no depende necesariamente de lo que devenguen en sus últimos años de trabajo, sino que dicho modelo se caracteriza porque la mesada se liquida con base en lo que se logre ahorrar en una cuenta individual y los rendimientos y que, por lo tanto, no cuentan con ningún tipo de subsidio en el monto de la mesada.

La multi vinculación o afiliación múltiple

173. La Ley 100 de 1993 determinó que una persona solo puede afiliarse y cotizar en uno de los dos regímenes vigentes: el Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM o el Régimen de Ahorro Individual y Solidaridad RAIS. El artículo 12 de la citada Ley, establece que “[e]l Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios *excluyentes* (...)”.¹⁸⁰ Esto implica que nadie puede estar afiliado y cotizando, de manera simultánea, en ambos, pues ello está prohibido por la propia normatividad, lo cual se hace más evidente con lo dispuesto en el artículo 16 de la misma Ley, según el cual: “[n]inguna persona podrá distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos Regímenes del Sistema General de Pensiones.”¹⁸¹ El Decreto 692 de 1994, en su artículo 17 (compilado en el Decreto único Reglamentario 1833 de 2016), reiteró con

¹⁷⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL1452-2019.

¹⁸⁰ Ley 100 de 1993, Artículo 12.

¹⁸¹ Ley 100 de 1993, Artículo 16.

contundencia lo ya dispuesto por la Ley 100 de 1993: “*Está prohibida la múltiple vinculación. (...)*”.

174. El hecho es que una vez expedida la Ley 100 de 1993, y debido a diversos problemas administrativos, varias personas se trasladaron del RPM al RAIS sin contar con los requisitos legales mínimos exigidos para ello. Recuérdese que, inicialmente, el artículo 13, en su literal *e*, señaló que luego de seleccionar por primera vez un régimen, la persona solo podría trasladarse al otro luego de que hubieren transcurrido 3 años. Regla que fue modificada a partir de la Ley 797 de 2003 que, en su artículo 2, dispuso que el tiempo mínimo de permanencia sería de 5 años (y no de 3), y que una persona no podría trasladarse si le hacían falta 10 años o menos para adquirir la edad de pensión.

175. Las administradoras de pensiones debían conocer todas estas reglas y, por tanto, evitar el traslado de una persona que no cumpliera con ellas. Precisamente, el artículo 12 del Decreto 692 de 1994 ordenó a estas administradoras comunicar al afiliado y a su empleador “*cuándo la vinculación no [cumple] los requisitos mínimos establecidos*”. Sin embargo, por sus propias fallas técnicas y, especialmente, por la falta de comunicación entre las administradoras, algunas personas pasaban de un régimen a otro, por ejemplo, sin cumplir los 3 años mínimos de permanencia, con lo cual quedaban en estado de *multi afiliación, multi vinculación o afiliación múltiple* fenómeno que entonces surgió de forma atípica *contra legem*.

176. Con el objeto de solucionar estos inconvenientes, el artículo 17 del Decreto 692 de 1994 dispuso que, si la múltiple afiliación tenía lugar, sería válida solo “*la última afiliación efectuada dentro de los términos legales*”. Es decir, todas las demás afiliaciones, realizadas sin el cumplimiento de los requisitos exigidos, eran inválidas. Esta, entonces, fue la regla que siguió por años la Corte Suprema de Justicia cuando personas demandaban a las administradoras del RAIS por haber permitido la afiliación a ese régimen, sin que se hubieren cumplido los presupuestos jurídicos para ello.

177. En desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 692 de 1994, artículo 17, la entonces Superintendencia Bancaria emitió la Circular 058 de 1998. En ella estableció algunas reglas para definir los supuestos de la *multi vinculación*. Las siguientes fueron las situaciones hipotéticas que estableció y la posible forma de solucionarlas.

Situación de la persona	Manera de solucionar la <i>multi vinculación</i>
-------------------------	--

<p>(i) Personas que estaban vinculadas al ISS para el 31 de marzo de 1994, que ratificaron -o no- su afiliación a dicha administradora y que, menos de tres años después, se afiliaron al RAIS.</p> <p>(ii) Personas que estaban afiliadas al ISS para el 31 de marzo de 1994, que se desvincularon laboralmente luego, y que volvieron a cotizar al RPM después de adquirir un nuevo empleo, afiliándose al RAIS sin haber permanecido 3 años en el RPM.</p>	<p>Se entienden vinculadas al RAIS, porque aquellas habían optado por el RPM antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993. Luego, la ratificación de su permanencia en el ISS no supone una nueva afiliación a partir de la cual las personas deban esperar 3 años antes de afiliarse al RAIS.</p>
<p>Personas que no estaban vinculadas con el ISS para el 31 de marzo de 1994, que se afiliaron a éste luego y que, sin haber permanecido en él 3 años, se trasladaron al RAIS.</p>	<p>Se asume que continúan afiliadas al ISS por cuando la afiliación al RAIS se habría presentado en contra de los presupuestos legales que regulaban la materia.</p>
<p>Personas que se afiliaron a una administradora diligenciando indebidamente el formulario, y menos de 3 años después de ese momento, se trasladaron al otro régimen.</p>	<p>Se asume que las personas están vinculadas a la primera administradora que seleccionaron, si esta no les informó sobre las inconsistencias del formulario. Ello en concordancia con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 692 de 1994.</p>
<p>Personas que diligenciaron al tiempo dos formularios de afiliación. Uno con el RPM y otro con el RAIS.</p>	<p>Pertenecen a la entidad a la que estén efectuando cotizaciones. O a la última en la que cotizaron.</p>
<p>Personas que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, estaban vinculadas a una Caja de Previsión Social, luego se afiliaron al ISS y luego, sin cumplir 3 años, se trasladaron al RAIS.</p>	<p>Se asume que están afiliadas al ISS, pues la segunda afiliación al RAIS no puede entenderse como válida.</p>

178. Así, entonces, para esa época (1998), se privilegiaba aquella afiliación que se hubiere hecho conforme a la Ley, de manera tal que la segunda afiliación no era tenida en cuenta para ningún efecto en tanto se había producido de manera irregular o espuria. Esta postura era acompañada por la Corte Suprema de Justicia. Como ejemplo de ello, puede verse la Sentencia del 1 de septiembre de 2004, radicación 22029, en la que se analizó si el traslado que una persona hizo al RAIS, sin que hubieren transcurrido los 3 años mínimos de permanencia en el RPM, podía tomarse como válido. La Corte advirtió que no podía validarse este último traslado, según lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 692 de 1994. Citando una Sentencia del 6 de mayo de 2004 (radicado 21898) esa Corte recordó que *“en sana hermenéutica de las citadas disposiciones [se refiere a los artículos 15 y 17 del Decreto 692 de 1994] cuando se presenta una múltiple afiliación, no puede ser válida la última si no se realiza dentro de los términos previstos en la ley, que al determinarse la verdadera a ella se deben transferir los saldos, como lo determine la superintendencia bancaria.”*¹⁸² (Subrayas fuera de texto).

¹⁸² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 1 de septiembre de 2004, radicación 22029. Que citó la Sentencia del 6 de mayo de 2004 (radicado 21898). Posición que ha sido reiterada en otras providencias, como la del 5 de octubre de 2010, radicación 39772.

179. Luego de la sanción de la Ley 797 de 2003, el Decreto 3800 de ese mismo año permitió, en su artículo 2, a las personas que para el 28 de enero de 2004 se encontraban *multi vinculadas*, elegir voluntariamente el régimen al que querían pertenecer. En caso de que estas personas no tomaran una decisión, se entenderían “*vinculadas a la entidad a la que se [encontraban] cotizando a 28 de enero de 2004 o a aquella que recibió la última cotización antes de dicha fecha*”.¹⁸³ Como se advierte, en este Decreto se les permitió a las personas decidir voluntariamente entre los dos regímenes existentes, antes de optar por asignarlos a uno determinado en razón de las cotizaciones que hubieren hecho.

180. De cualquier modo, se presentaron muchos casos de *multi vinculación* que nunca fueron resueltos con la normatividad antedicha. Y, dada esa magnitud, las administradoras encontraron dificultades en la identificación de aquellos. Entonces, se expidió el Decreto 3995 de 2008, con el objeto de remediar definitivamente esta situación. En los considerandos del mismo se señaló que “*los procesos de cruce de información (...), así como los controles para la prevención en el futuro de la múltiple vinculación, solamente pudieron realizarse y finalizarse con base en procesos tecnológicos de manera adecuada durante los años 2006 y 2007, lo que impidió que las administradoras pudieran cumplir oportunamente con su obligación de informar a sus afiliados o cotizantes su situación de múltiple vinculación o de cotizante no vinculado. Dicha situación generó, a su turno, que durante el periodo transcurrido entre la entrada de vigencia del Sistema General de Seguridad Social de Pensiones y el 31 de diciembre de 2007, surgieran numerosos casos de personas con vinculaciones y/o cotizaciones simultaneas a los dos regímenes pensionales (...)*”.¹⁸⁴

181. El Decreto 3995 de 2008 se aplicó para todas las personas que se encontraban *multi afiliadas* para el 31 de diciembre de 2007, con independencia del momento en que tuvo origen dicha circunstancia. Ahora, dependiendo de la situación de las personas, se establecieron algunas reglas para definir el régimen al que pertenecerían. En el siguiente recuadro se resumen dichas reglas:

Situación de la persona	Reglas para la definición del régimen al que pertenecerá
Personas que se trasladaron al nuevo régimen, sin haber cumplido 3 ¹⁸⁵ o 5 ¹⁸⁶ años de permanencia en el antiguo régimen.	(i) “ <i>Cuando el afiliado haya efectuado cotizaciones efectivas entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido mayor número de cotizaciones.</i> (...)” ¹⁸⁷ (ii) “ <i>En caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva.</i> ” ¹⁸⁸

¹⁸³ Decreto 3800 de 2003, Artículo 2.
¹⁸⁴ Decreto 3995 de 2008, Considerandos.
¹⁸⁵ En caso de que el traslado se hubiere hecho en vigencia de la Ley 100 de 1993.
¹⁸⁶ En caso de que el traslado se hubiere hecho en vigencia de la Ley 797 de 2003.
¹⁸⁷ Decreto 3995 de 2008, Artículo 2, inciso 3.
¹⁸⁸ *Ibidem*.

	(iii) “Cuando el afiliado no haya efectuado ninguna cotización o haya realizado el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de multivinculación.” ¹⁸⁹
Las personas que ya venían afiliadas al ISS (RPM) antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, sin ratificar su afiliación al RPM, posteriormente se afilian al RAIS.	Se entiende que su afiliación al RAIS es válida. ¹⁹⁰
Las personas que cumplieron con el término de permanencia, pero nunca han hecho cotizaciones al nuevo régimen seleccionado	“[p]or una única vez, para aquellas situaciones presentadas hasta el 31 de diciembre de 2007, la persona se entenderá vinculada a la administradora a la cual ha hecho las cotizaciones.” ¹⁹¹
Las personas que realizaron cotizaciones sin haberse afiliado al sistema.	(i) “(...) se entenderá vinculado el trabajador a la administradora donde realizó el mayor número de cotizaciones entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007.” ¹⁹² (ii) “En caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva.” ¹⁹³
Las personas que se afiliaron simultáneamente a ambos regímenes.	“se entenderá vinculado a la administradora en donde haya efectuado el mayor número de cotizaciones efectivas.” ¹⁹⁴
Las personas que tienen derecho a una pensión compartida en el RPM	No pueden entenderse afiliadas al RAIS. ¹⁹⁵
Las personas que tienen derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivientes.	La pensión la pagará la administradora en la que (i) el afiliado estaba cotizando para la fecha de la invalidez o del fallecimiento; (ii) si no existían cotizaciones para ese momento, la pagará la administradora donde se efectuó la última cotización, previa a la materialización del riesgo; y (iii) si ninguno de los dos requisitos anteriores resulta definitorio, la pagará la administradora donde se efectuó la última vinculación válida. ¹⁹⁶

182. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha interpretado las reglas establecidas en el Decreto 3995 de 2008. En la reciente Sentencia SL3989-2021, aplicó el criterio del mayor número de cotizaciones realizadas por una ciudadana en el periodo comprendido entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007, para concluir que ella se entendería afiliada al RAIS y no al RPM. Señaló que en lo que

¹⁸⁹ *Ibidem*, Artículo 2, inciso 4.
¹⁹⁰ *Ibidem*, Artículo 3.
¹⁹¹ *Ibidem*, Artículo 5, inciso 1.
¹⁹² *Ibidem*, inciso 3.
¹⁹³ *Ibidem*.
¹⁹⁴ *Ibidem*, inciso 4.
¹⁹⁵ *Ibidem*, inciso 5.
¹⁹⁶ Artículo 6.

tiene que ver con el derecho a la seguridad social, es preciso resolver los conflictos relativos a las afiliaciones apelando a las actuaciones que las personas despliegan y en virtud de las cuales es posible inferir cuál es su intención.

183. Citando como ejemplo el caso de quien no suscribe un formulario y, sin embargo, efectúa un número importante de cotizaciones en un régimen determinado, esa Corte ha sostenido que “[e]n estos casos, se estima que la persona manifestó indirectamente su intención de estar vinculado en dicha sociedad y, en tal sentido, no puede verse truncado su derecho prestacional por la falta del formalismo como lo es el correspondiente formulario.”¹⁹⁷

184. La Corte Suprema de Justicia ha entendido que en este tipo de supuestos opera la denominada “afiliación tácita”. Así, cuando existan dificultades para determinar el régimen al cual una persona está afiliada, será preciso acudir al principio mínimo fundamental previsto en el artículo 53 de la Constitución de “*primacía de la realidad sobre las formalidades*”, por cuya aplicación puede concluirse que la realización constante de cotizaciones en uno u otro régimen permite develar cuál es el deseo del afiliado y si su voluntad es la de pertenecer al RPM o al RAIS. Así lo explicó esa Corte:

“(…) la jurisprudencia de la Sala en distintas ocasiones ha dado preeminencia a la intención real del trabajador o afiliado en asuntos relativos al derecho de la seguridad social por encima de las formalidades. Así, por ejemplo, en punto al disfrute de la pensión de vejez, ha sostenido que si bien la regla general es la desafiliación formal del régimen, en determinados casos es dable derivar la intención del afiliado a partir del cese definitivo de las cotizaciones al sistema (SL5603-2016; SL9036-2017; SL15559-2017; SL11005-2017; SL11895-2017); también frente a la figura de la «aceptación tácita de la afiliación», consistente en que, cuando hay silencio de la administradora de pensiones con relación a las posibles deficiencias de la afiliación o vinculación y, al tiempo, esta recibe el pago de aportes por un período significativo, se da una manifestación implícita de voluntad del afiliado, que lleva a que no pueda perderse el derecho a la pensión, a pesar de la falta de diligenciamiento del formulario (SL 40531, 19 jul. 2011; SL14263-2015).

“Como puede advertirse, en estas hipótesis se le ha dado un lugar preeminente a la realización de cotizaciones (afiliación tácita) o al cese de ellas (desafiliación tácita) como un claro reflejo de la intención del trabajador, más allá de la existencia del acto formal del diligenciamiento y entrega del formulario de vinculación o reporte de retiro.

“Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito *ad substantiam actus* de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.”¹⁹⁸

185. Un escenario similar se dio en la Sentencia SL4695-2021. Allí se presentó el caso de una persona que inicialmente estaba afiliada al ISS y luego se trasladó al RAIS.

¹⁹⁷ Cfr., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3989-2021.

¹⁹⁸ Cfr., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia CSJ SL413-2018. Citada en la Sentencia SL3989-2021.

Sin embargo, al paso que siguió efectuando sus cotizaciones con normalidad ante el ISS, nunca cotizó efectivamente en el RAIS. De modo tal que la Corte, recordando que la realización de cotizaciones da cuenta de la intención real de la persona, concluyó que en aplicación de las reglas contenidas en el Decreto 3995 de 2008, aquella se entendería afiliada al RPM.¹⁹⁹ Para este propósito la Corte reiteró que, al momento de definir el régimen al que pertenece una persona, la *realidad* prima sobre las *formalidades*. Al respecto, señaló que:

*“(...) la ausencia de cotizaciones al fondo privado versus la continuidad en las que hizo al ISS, denota la voluntad de la aportante de no pertenecer a aquella administradora, y sí al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pese a la suscripción del formulario de afiliación a la AFP Colpatria. Tal inferencia es constitucionalmente admisible, ya que el derecho de la seguridad social también se ve permeado por el principio de la primacía de la realidad sobre las formas estatuido en el artículo 53 superior, y es por ello por lo que la jurisprudencia de esta Corporación ha hecho prevalecer la real intención del afiliado, usuario o beneficiario del sistema en cada caso concreto, por encima de las formalidades.”*²⁰⁰

186. Esta misma interpretación se hizo en la Sentencia SL2177-2020, donde se determinó que el régimen al que se entendería vinculada una persona era el RPM, porque allí efectuó un mayor número de cotizaciones en el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2007 y el 31 de diciembre de 2007.²⁰¹ Algo similar ocurrió en la Sentencia SL3001-2022, caso en el cual se discutía sobre la afiliación de una señora que se vinculó al RPM el 1 de mayo de 1997 y, poco más de un año después, se trasladó al RAIS. La Corte sostuvo que aun cuando la afiliación de la ciudadana al RAIS se había efectuado desconociendo la normatividad vigente para la fecha en que se produjo (porque no se habían cumplido los 3 años de permanencia), lo cierto era que, para el 17 de octubre de 2008, fecha en la que entró en vigencia el Decreto 3995, la situación de *multi vinculación* pervivía. Luego, la definición de su situación debía darse a través de las reglas establecidas en el mencionado Decreto. De este modo, concluyó que la persona estaría válidamente afiliada al RAIS, pues allí había realizado cotizaciones, por lo menos, desde 1998 hasta 2016.²⁰²

187. En un número reducido de sentencias, la Corte Suprema de Justicia ha evaluado la pretensión relativa a declarar la ineficacia de un traslado y, al mismo tiempo, el

¹⁹⁹ En particular, se dio aplicación a las reglas del artículo 5 del Decreto 3995.

²⁰⁰ Cfr., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4695-2021

²⁰¹ Se trataba de una persona que había estado afiliada inicialmente al RPM. El 23 de septiembre de 2004 se trasladó al RAIS, pero lo hizo cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. En consecuencia, incurrió en el fenómeno de la *multi vinculación*. La Corte Suprema de Justicia determinó, siguiendo lo dispuesto en el Decreto 3995 de 2008, lo siguiente: “*al efectuarse el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 23 de septiembre de 2004 por fuera del término legal establecido, y al haberse cotizado exclusivamente en Colpensiones entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2007, debe definirse que el señor Perdomo Saldaña se encuentra vinculado válidamente al Régimen de Prima Media en cabeza de Colpensiones, y no al de Ahorro Individual con Solidaridad, en cabeza de Protección S.A.*”.

²⁰² En esta Sentencia se reconoció la jurisprudencia previa, emitida por esa misma alta Corte, según la cual, en atención a lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, “*cuando un afiliado se traslada entre regímenes pensionales (del RPMPD al RAIS o viceversa), por fuera del término otorgado por la ley para tales efectos; [la consecuencia es] que deba tomarse como válida, únicamente, la última afiliación que se hizo, respetando, eso sí, los plazos concedidos para ello.*” (Cfr., CSJ SL2259-2022, SL4777-2019). Con todo, la Sala Laboral se apartó de esta tesis precisamente porque cuando la situación de *multi vinculación* se mantiene para el momento en que entra en vigencia el Decreto 3995 de 2008, este último es el que debe aplicarse a efectos de resolver a qué régimen pertenece la persona.

escenario de la *multi vinculación*. Esto se ha presentado, por lo menos, en las Sentencias SL149-2020 y SL2833-2021. En ambas providencias se presentó el supuesto de personas que estaban *multi vinculadas* y que, en cumplimiento del Decreto 3995 de 2008, fueron asignadas por decisión administrativa al RPM. Con todo, estas personas alegaban no haber sido informadas respecto del traslado que hicieron al RAIS y, en particular, sobre las consecuencias de dicha decisión. De manera que, la Corte Suprema de Justicia encontró insubstancial referirse a esta presunta *ineficacia* del traslado, dado que, de cualquier manera, ya se había definido su situación de *multi vinculación*, entendiendo que estaban afiliadas al RPM. En la segunda providencia, la Corte Suprema de Justicia señaló que:

“(…) la situación de multivinculación que presentaba la demandante fue resuelta mediante comité realizado por Asofondos, siguiendo los lineamientos normativos del artículo transcrito [se refiere al artículo 2 del Decreto 3995 de 2008], es decir, que en aquella oportunidad y por mandato legal, se desató el nudo que impedía a la actora hacerse con una pensión de vejez en el Régimen de Prima Media, dado que la única afiliación válida (sic) era la correspondiente al régimen administrado por el ISS, hoy Colpensiones.

“En tal sentido, advierte la Sala que, si el problema ya se encontraba resuelto, la declaratoria de nulidad de la afiliación al RAIS era innecesaria, visto que la misma fue invalidada (...)”²⁰³

188. La Sentencia SL5139-2021 decidió un caso similar de forma distinta. Allí se discutía si se debía o no declarar la *ineficacia* de un traslado que la demandante había hecho hacia el RAIS, traslado que, además, se había efectuado cuando a la referida demandante le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. En la providencia se declaró la *ineficacia* del traslado al RAIS, debido a que no se había demostrado en el proceso ordinario laboral que la actora hubiere sido informada respecto de las consecuencias del mismo y, adicionalmente, se señaló que, como el traslado se había hecho incumpliendo la barrera de los 10 años, se había presentado un fenómeno de *multi vinculación* que debía resolverse en aplicación del artículo 2 del Decreto 3995 de 2008. Estos dos argumentos fueron usados en conjunto por la Corte para decir que la demandante se encontraba válidamente vinculada al RPM.

189. En relación con este fallo, el Magistrado Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez presentó aclaración de voto y en él resaltó que *“la sentencia [incurrió] en una contradicción al plantear un argumento adicional, pues, si el fallo [estaba] diciendo que el traslado a Porvenir fue ineficaz, es claro entonces que no produjo ningún efecto. Por lo tanto, si debe entenderse que nunca se dio esa afiliación, entonces no se puede decir que hubo múltiple afiliación”*.²⁰⁴

190. La Corte Constitucional no ha cuestionado ni puesto en duda la eficacia de las reglas contenidas en el Decreto 3995 de 2008. De hecho, las ha recordado, por ejemplo, en las Sentencias T-698 de 2009 y T-686 de 2010 para, con ellas, definir la situación de los accionantes y determinar su pertenencia a uno u otro régimen. Posteriormente, en la

²⁰³ Cfr., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL149-2020.

²⁰⁴ Aclaración de voto a la Sentencia SL5139-2021.

Sentencia T-191 de 2020, la Corte se cuestionó si una sentencia, adoptada en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, había incurrido en los defectos sustantivo y fáctico cuando estableció que la accionante no podía trasladarse al RPM porque le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión, sin atender al hecho de que aquella se encontraba *multi vinculada* y que, en consecuencia, su caso debía resolverse de acuerdo con lo dispuesto en los decretos antes citados. La Sala determinó, finalmente, que los defectos señalados sí habían tenido ocurrencia. Lo importante de este fallo fue la *subregla* que fijó la Corporación, en lo relativo a la forma en que las autoridades judiciales deben resolver conflictos donde se presentan casos de *múltiple afiliación*. Al respecto, la Sala Novena de Revisión, luego de recordar la existencia de dos regímenes distintos en el país, y de reafirmar que los afiliados cuentan con el derecho a elegir libremente entre ellos, adujo que “[l]a libertad de elección presupone conocimiento de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias que implica la elección. Este conocimiento, a su vez, se rige por el principio de la información, el cual vincula al empleador al momento de enganchar al trabajador, así como a la administradora de fondos de pensiones, al momento de afiliarse o trasladarse.”²⁰⁵

191. Así las cosas, la Corte dispuso que los jueces de la República, que deban resolver sobre la validez de las afiliaciones o de los traslados entre regímenes, deberán, en primer lugar, revisar “la existencia de información por parte del empleador –de la necesidad de afiliarse– y de asesoría brindada por parte de la administradora de fondo de pensiones. Posteriormente deberá verificarse que la persona haya manifestado su voluntad de afiliarse en un régimen, así como de trasladarse de uno a otro.”²⁰⁶ Luego de verificado lo anterior, en segundo lugar, deben estudiar las reglas de la *multi vinculación* y, con ellas, determinar a qué fondo pertenece la persona. Para esto habrán de seguirse los enunciados normativos contenidos en el Decreto 692 de 1994 y en el Decreto 3995 de 2008, así como aquellas reglas dispuestas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia.

192. La Corte también recordó que, tal y como lo dispone el propio Decreto 3995 de 2008, cuando se defina por parte de las administradoras y sus comités de *multi vinculación* la situación de una persona, esta última tendrá derecho al debido proceso. Por tanto, la decisión tomada se le debe notificar para que, si lo considera pertinente y necesario, formule los respectivos recursos contra esas determinaciones.

193. La Sala Plena reitera la tesis aplicada en la Sentencia T-191 de 2020, pues es claro que, si un traslado se hizo sin que se le proporcionara debidamente la información a la persona, el mismo debe ser declarado ineficaz. Y si el traslado es ineficaz desde un inicio, no se habrá incurrido en el fenómeno de la *multi vinculación*. Esta lectura tiene sentido, porque, si se analiza primero el escenario de la *multi vinculación* antes que el de la *ineficacia*, podría validarse un traslado respecto del cual nunca se ilustró a la persona, aplicando, por ejemplo, el Decreto 3995 de 2008, lo cual comprometería seriamente el derecho a la libertad de elección con que cuentan los usuarios del sistema de pensiones.

²⁰⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-191 de 2020, Fundamento Jurídico 88.

²⁰⁶ *Ibidem*, Fundamento Jurídico 110.

E. Caracterización del defecto relativo al desconocimiento del precedente jurisprudencial

194. El precedente está contenido en las sentencias previas proferidas por órganos judiciales que sirvieron para resolver un caso y que pueden utilizarse para resolver otro similar. En dichas providencias, se establece una *subregla* que, teniendo estructura de norma jurídica, da respuesta a un problema concreto que surgió con ocasión de unos hechos dados. Con posterioridad a este pronunciamiento, puede que vuelvan a presentarse hechos similares (en lo relevante) a los ya estudiados, situación en la cual sería deseable aplicar la *subregla* que, construida en el fallo previo, sirvió para brindar una solución.²⁰⁷

195. Esto guarda íntima relación con el derecho fundamental a la igualdad, en cuya virtud, los casos asimilables deben ser tratados de modo paritario.²⁰⁸ Ahora, para que el precedente pueda ser reconocido como tal, es importante que sea sólido y que las autoridades judiciales no tengan, en su jurisprudencia, criterios contradictorios. En tal caso, si casos asimilables se fallan sistemáticamente de modo diverso, ello impedirá que la *subregla* sea fácilmente reconocida por las autoridades de igual o inferior jerarquía.²⁰⁹

196. Asimismo, ha de tenerse presente que no todo lo contenido en una sentencia previa puede considerarse precedente. De hecho, como se recordó en la reciente Sentencia SU-380 de 2021, las providencias judiciales tienen tres partes perfectamente identificables: el *decisum*, la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*

“(i) la parte resolutive o decisum, en la que se dictan las normas u órdenes particulares que vinculan a las partes del proceso, y constituyen la solución al problema analizado;²¹⁰ (ii) la ratio decidendi, compuesta por las consideraciones (razones) necesarias para sostener la decisión adoptada, y (iii) los obiter dicta, argumentos de contexto y complementarios, que no son lógicamente imprescindibles para soportar la conclusión normativa de la sentencia. El segundo componente, es decir, la ratio decidendi posee fuerza de precedente (...)”.²¹¹ (Subraya fuera de texto).

197. Según lo dicho, solo la *ratio decidendi* constituiría precedente. No así el *decisum* ni los *obiter dicta*. Y esto tiene una razón específica: es la *ratio decidendi* la que contiene la regla de decisión que puede expresarse a la manera de una norma jurídica. Esta *subregla* (construida en un caso previo) indicaría que, si se dan las condiciones tipo *a*, habrá de adjudicarse la consecuencia tipo *b*. De este modo, si en el futuro se presenta un caso en el que se están dadas las condiciones tipo *a*, nuevamente, sería deseable que se adjudicaran las consecuencias tipo *b*. De lo contrario se desconocería, *prima facie*, el

²⁰⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2006.

²⁰⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-836 de 2001, T-292 de 2006, C-539 de 2011, C-634 de 2011 y SU-432 de 2015.

²⁰⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2011.

²¹⁰ Se utiliza la expresión *partes* para caracterizar lo que frecuentemente ocurre en los fallos judiciales. No debe pasarse por alto, sin embargo, que decisiones como las que se adoptan en sede de control de constitucionalidad, o nulidad simple, tienen efectos *erga omnes*, y que esta Corporación, en sus fallos ha acudido a dispositivos de extensión de efectos *inter pares* e *inter comunis*.

²¹¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-380 de 2021.

derecho a la igualdad con que cuentan las personas que, entre otras cosas, esperan ser tratadas de la misma manera por parte de la judicatura.

198. Así, la relación entre el respeto a los precedentes jurisprudenciales y el derecho a la igualdad es, cuando menos, evidente. La igualdad, ha sostenido esta Corporación, es un concepto fundamentalmente relacional. Se trata de comparar el trato asignado a dos personas o grupos, que pueden estar en circunstancias idénticas o disímiles. De la relación entre estas dos personas o grupos, surgen cuatro mandatos, a saber:

*“(i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.”*²¹²

199. Estos cuatro mandatos son muy importantes en lo referido a la aplicación del precedente. Así, frente a circunstancias análogas, se espera un trato análogo. Del mismo modo que, frente a situaciones diferentes, se espera un trato diferente. La complejidad, en materia de precedentes, está en identificar cuándo dos grupos o dos personas, que tienen elementos en común y otros que los separan, deben ser tratados de modo paritario o diferenciado por parte de los jueces. La respuesta a este interrogante pasa por identificar cuáles son las similitudes o diferencias “*relevantes*” que tienen los sujetos comparados. La Corte Constitucional se ha referido a este punto como sigue:

*“En ese sentido, el juez por regla general debe seguir el mismo principio de decisión previamente establecido; aplicar la misma regla de conducta a situaciones de hecho similares en lo relevante; o adoptar un nuevo rumbo de decisión si, a pesar de existir elementos comunes entre el caso previamente decidido y el actual también se evidencian aspectos que los diferencian de forma relevante (siempre desde un punto de vista jurídicamente relevante), o si existen razones de especial fuerza constitucional para modificar el rumbo trazado, caso en que es válido que se aparte del principio o regla de decisión contenida en la sentencia previa. Por eso, la doctrina autorizada explica que el respeto por el precedente comprende tanto su seguimiento como su abandono justificado.”*²¹³

200. En la misma providencia en cita, y conforme se lee en el párrafo anterior, se indica cuál es la carga con que cuentan los jueces para apartarse de los precedentes. En efecto, reconocer el precedente es un deber jurídico de las autoridades judiciales. Sin embargo, de allí no se sigue que aquellas estén estrictamente obligadas a seguirlo en todas las circunstancias. De modo que, en determinados casos, pueden separarse de él exponiendo, para tal efecto, las razones de dicha decisión.

²¹² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 2020. Que citó las Sentencias C-862 de 2008, C-818 de 2010, C-629 de 2011, C-250 y C-1021 de 2012, C-015, C-239, C-240 y C-811 de 2014, C-329 de 2015, C-104 y C-335 de 2016, C-015 de 2018. C-295 de 2021.

²¹³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-380 de 2021.

201. De este modo, los jueces que se aparten de un precedente tienen que (i) identificarlo y citarlo, para, posteriormente, (ii) explicar a) por qué los hechos probados, reconocidos en la sentencia previa, no son asimilables -en lo relevante- a los hechos que se presentan en el expediente que decide; o b) “*exponer las razones por las cuales la nueva orientación no solo es “mejor” que la decisión anterior, desde algún punto de vista interpretativo, sino explicar de qué manera esa propuesta normativa justifica una intervención negativa en los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e igualdad, de la parte que esperaba una decisión ajustada a las decisiones previas*”.²¹⁴ Estas son cargas de *transparencia* y *suficiencia*.

202. En lo relativo a los precedentes de la Corte Suprema de Justicia, es preciso recordar que, según lo estatuido en el artículo 234²¹⁵ de la Constitución Política, a ese tribunal le corresponde unificar la jurisprudencia al interior de la jurisdicción ordinaria. El precedente que establezca es, en principio, vinculante para las autoridades de menor jerarquía dentro de dicha jurisdicción. De hecho, el recurso extraordinario de casación tiene un propósito esencial en el sistema jurídico colombiano consistente en “*proteger la coherencia del ordenamiento y la aplicación del derecho objetivo*.”²¹⁶

203. Con todo, los jueces de inferior jerarquía pueden apartarse del precedente establecido por su órgano de cierre, luego de acreditar las cargas de *transparencia* y *suficiencia* explicadas. En la reciente Sentencia SL1214-2022, la Sala Laboral, citando las Sentencias SL4823-2021 y SL440-2021, se refirió del siguiente modo a este punto:

“(…) de existir un precedente aplicable, los jueces laborales deben identificarlo -carga de *transparencia*- y, hecho esto, acatarlo o disentir del mismo. Si es lo segundo, asumen la obligación de desplegar una carga argumentativa suficiente que explique las razones del disenso -requisito de *suficiencia*-, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, dado que los jueces deben adaptarse a las exigencias que impone la realidad y reconocer la evolución del derecho (CC T-446-2013), o (iv) 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.”²¹⁷

F. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia frente a la tesis de la *ineficacia* del traslado entre regímenes pensionales

204. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que siempre que se indique, en la demanda, que una AFP no informó sobre las consecuencias de un cambio de régimen pensional, corresponde a la AFP demostrar que sí brindó dicha información. Esta regla

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ Constitución Política, Artículo 234: “La Corte Suprema de Justicia es el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria y se compondrá del número impar de Magistrados que determine la ley. Esta dividirá la Corte en Salas y Salas Especiales, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno.”

²¹⁶ *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia C-998 de 2004.

²¹⁷ *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1214-2022.

se enunció por primera vez en la Sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que se advirtió lo que sigue: “[e]n estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.”²¹⁸ (Subrayas fuera de texto).

205. Esta regla fue reiterada con posterioridad,²¹⁹ y ha adoptado varias manifestaciones: (i) Algunas providencias señalaron que el traslado de la carga de la prueba obedecía a la aplicación estricta del artículo 1604 del Código Civil (v. gr., Sentencias SL19447-2017²²⁰ y SL17595-2017); (ii) otras indicaron que la inversión aludida obedece a la facilidad que tienen las AFP de demostrar el suministro de información (Sentencia SL4296-2018²²¹); y, (iii) en otras providencias se ha advertido que quien alega una falta de información no está obligado a demostrar una negación indefinida (SL1452-2019). Con estas tres razones la Corte Suprema de Justicia ha asumido que, cuando una persona formule una demanda ordinaria, solicitando que se declare la ineficacia de un traslado de regímenes, sin excepción alguna, debe trasladarse la carga de la prueba a la AFP. En otras palabras, corresponderá a la AFP demostrar que sí suministró la información correspondiente al accionante. Al respecto, pueden revisarse las sentencias: SL1421-2019, SL2030-2019, SL2817-2019, SL2865-2019 y SL2954-2019, entre muchas otras.

206. Esta regla se explicó por la propia Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1004-2022, así:

*“(...) debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.”*²²²

²¹⁸ Cfr., Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 9 de septiembre de 2008. Expediente No. 31989.

²¹⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencias SL31314-2008, SL33083-2011, SL12136-2014, SL9519-2015

²²⁰ Cfr., Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL19447-2017. Allí se indicó que “en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo”. Esto suponía, de conformidad con lo advertido en esa misma sentencia, que la AFP debía entregar en el proceso judicial “la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993”.

²²¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL4296-2018. En esa sentencia se advirtió lo siguiente: “Según el mandato del artículo 177 del CPC, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, de donde se impone que el fallador evalúe cuidadosamente qué es lo que se debe probar, para determinar en cabeza de quién está dicha obligación, pues no se trata solo de que aporte la prueba la parte a quien le favorece, sino también de quién tiene el material probatorio en su poder o a qué parte le queda más fácil probar.”

²²² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL1004-2022.

207. A esta regla, que es la principal, pueden sumarse las siguientes:²²³

Primera. Sobre el deber de información

208. La Corte ha señalado que el deber que tienen las administradoras de pensiones de informar a los afiliados sobre las implicaciones de su traslado de régimen no es reciente.²²⁴ Al contrario, nació en el mismo instante en el que se implementó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. De modo que, según ha recordado: “(...) [desde ese momento] *se estableció también en cabeza de estas entidades [las AFP] el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.*”²²⁵ Lo dicho significa que, incluso antes de la Ley 1328 de 2009, del Decreto 2555 de 2010 o de la Ley 1748 de 2014, las AFP tenían la carga de informar al afiliado sobre las características esenciales del régimen al que iba a pertenecer.²²⁶ Esta idea se reiteró en la reciente Sentencia SL3134-2023, en los siguientes términos:

*“(...) [L]as AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. 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 al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. 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”.*²²⁷

Segunda. Sobre el formulario de afiliación

209. La Corte Suprema de Justicia también ha indicado que los formularios de afiliación, suscritos por las personas al momento de efectuar su traslado al RAIS, no son prueba suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información. Pues una cosa

²²³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989; CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314; CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083; CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314; CSJ SL12136-2014 – rad. 46292; CSJ SL17595-2017 – rad. 46292; CSJ SL19447-2017 – rad. 47125; CSJ SL4964-2018 – rad. 54814; CSJ SL4989-2018 – rad. 47125; CSJ SL1452-2019 – rad. 68852; CSJ SL4360-2019 – rad. 68852; CSJ SL1421-2019 – rad. 56174; CSJ SL1688-2019 – rad. 68838; CSJ SL1689-2019 – rad. 65791; CSJ SL2877-2020 – rad. 78667; CSJ SL373-2021 – rad. 84475; CSJ SL3535-2021 – rad. 88234; CSJ SL3611-2021 – rad. 88467; y CSJ SL3707-2021 – rad. 86706. En el último año, estas reglas se han reiterado en las Sentencias SL048-2024, SL3020-2023, SL3074-2023, SL2788-2023, SL2716-2023, SL2702-2023, SL2680-2023, SL2685-2023, SL2588-2023, SL2831-2023, SL2424-2023, SL2425-2023, SL2390-2023, SL2284-2023, SL3150-2023, SL2300-2023, SL2339-2023, SL2236-2023, SL2238-2023, SL2334-2023, SL2515-2023, SL2154-2023, SL2374-2023, SL2128-2023, SL2048-2023, SL2468-2023, SL2176-2023, SL1959-2023, SL1998-2023, SL2086-2023, SL1794-2023, SL1408-2023, SL1282-2023 y SL1426-2023.

²²⁴ Cfr., Corte Suprema de Justicia, Sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019.

²²⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1217-2021.

²²⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1004-2022.

²²⁷ *Ibidem.*

es que la persona haya decidido trasladarse, y otra muy distinta es que haya tomado tal determinación con conocimiento de causa.²²⁸

Tercera. Sobre la imprescriptibilidad de la ineficacia

210. En lo relativo a la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que aquella no prescribe. La razón obedece a que *“las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles”*,²²⁹ y la ineficacia es una de esas acciones judiciales, pues con ella se pretende demostrar la ocurrencia de un hecho determinado: la ausencia de información aportada por la AFP al momento del traslado. En la Sentencia SL2929-2022, la Corte Suprema de Justicia, citando las Sentencias SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019 y SL373-2021, justificó su postura sobre el punto del modo que sigue:

“la acción para obtener la decisión judicial declarativa de que un hecho ocurrió de una determinada manera jamás se extingue por prescripción». De acuerdo con dicha [teoría] no es «aceptable sostener que el sistema legal cierre la posibilidad jurídica de que judicialmente se reconozca después de cierto tiempo la existencia de un hecho del cual dependan consecuencias legales».

“Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de «ineficacia», en la medida que dicha consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.

“Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adocrinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión».”²³⁰

211. Esta postura se reafirmó en la Sentencia SL3179-2023, del 29 de noviembre de 2023.

Cuarta. Sobre la teoría de los actos de relacionamiento

212. La Corte Suprema de Justicia sostuvo en algunas sentencias que la movilidad entre distintas AFP, al interior del RAIS, permitía suponer que la persona pretendía

²²⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL2685-2023. En esa Sentencia, citando su propia jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia reafirmó la idea de que: *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”*.

²²⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL1004-2022.

²³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL2929-2022.

permanecer en dicho régimen y no trasladarse al RPM.²³¹ De un modo u otro, con ese actuar -según esta tesis- la persona estaría convalidando el traslado que inicialmente efectuó hacia el régimen privado -RAIS-, a pesar de que hubiera alegado que dicho acto se llevó a cabo sin el suministro de la debida información. Sin embargo, en la Sentencia SL1055-2022, la Corte abandonó esa tesis, para sostener que:

“(…) 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.”

“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.”²³² (Subraya fuera de texto).

Quinta. Sobre la imposibilidad de declarar la ineficacia de un traslado al RAIS, en favor de una persona que ya está pensionada en ese régimen

213. Algunas personas ya pensionadas en el RAIS han solicitado, a través de demandas ordinarias, que se declare la ineficacia de su traslado a ese régimen dado que, cuando se trasladaron a él, las administradoras no les proporcionaron información idónea sobre su funcionamiento y características. Sobre esto, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que no es posible declarar dicha ineficacia. La razón es práctica, y ha sido expuesta por esa Corte en los siguientes términos:

“(…) a criterio de esta Corporación, no es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), teniendo en cuenta que la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada o un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar «a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto»”.²³³

214. Esta posición se reiteró recientemente en la Sentencia SL3180-2023.²³⁴ En este tipo de casos, lo que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, es que, aunque no se

²³¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL3752-2020 y SL4934-2020.

²³² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencias SL1055-2022, SL4205-2022 y SL2685-2023.

²³³ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL3491-2022. En concordancia con las Sentencias SL373-2021, SL1113-2022 y SL1718-2022.

²³⁴ En dicha sentencia se dijo que algunas de las situaciones que se pueden presentar, y que ha puesto de presente la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL5172-2021, para decir que no se puede declarar la ineficacia de un traslado en favor de una persona pensionada por el RAIS, son las siguientes: “Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública. // Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata. // Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin

pueda declarar la ineficacia del traslado, lo que sí puede hacer el demandante es “solicitar el pago de una indemnización de perjuicios en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 (CSJ SL373-2021)”.²³⁵ Esto porque “la improcedencia de la ineficacia del traslado en el caso de los pensionados, en modo alguno condona la falta de información, pues dicha omisión produjo un daño que no ha sido saneado o convalidado (CSJ SL1113-2022).”²³⁶

215. En todo caso, esta regla no se extiende a los pensionados del RPM que pretenden la ineficacia de un traslado que efectuaron en el pasado al RAIS, porque estos pensionados “se encuentran en una situación completamente distinta, al punto que el restablecimiento de sus derechos no apareja las complejidades y tensiones propias de los pensionados del RAIS.”²³⁷ Y recientemente declaró que tampoco se extiende al caso de los ciudadanos que han recibido una devolución de saldos en el RAIS, pues esta no sería propiamente una situación jurídica consolidada. En la Sentencia SL2520-2023, indicó que en este caso es posible declarar la ineficacia del traslado bajo la condición de que el ciudadano: “(...) retorne el dinero a modo de compensación o restitución. Ello es así, en la medida en que la devolución de saldos no deja de ser de carácter subsidiario de la prestación principal (CSJ SL1423-2023), que el sistema ofrece como verdadero mecanismo para cubrir la contingencia de la vejez, como lo es la pensión, de modo que, en rigor, el hecho de ser beneficiario de tal prestación alternativa, no tiene la equivalencia jurídica de la condición de pensionado”.²³⁸

Sexta. Sobre los dineros que la administradora del RAIS debe devolver al RPM si se declara una ineficacia de traslado

216. La Corte Suprema de Justicia sostiene que la declaratoria de la ineficacia de un traslado que se surtió del RPM al RAIS, implica asumir que el ciudadano nunca hizo

que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado. // Por lo tanto, no se trata solo de revertir el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida. // Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono. // Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos”.

²³⁵ Cfr., Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL2924-2023.

²³⁶ Ibidem.

²³⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL2929-2022.

²³⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL2520-2023

parte del RAIS y, por tanto, siempre estuvo afiliado al RPM. Bajo ese entendimiento, consideran que le corresponde a la AFP que ocultó información relevante al momento del traslado, remitir a la administradora del RPM “los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional, si lo hubiere. Asimismo, (...) devolver (...) el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos”.²³⁹

217. La Corte Suprema de Justicia justifica esta regla con el siguiente argumento:

“Puesto que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Esto quiere decir que «si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones» (CSJ SL3464-2019)”.

*“La tesis de la ineficacia del acto de traslado ha sido el fundamento para ordenar en numerosas ocasiones a las AFP no solo la devolución a Colpensiones de los saldos obrantes en las cuentas de ahorro individual de los afiliados, sino también de los porcentajes correspondientes a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Esto bajo el argumento lógico de que, si la ineficacia supone que el afiliado nunca abandonó el RPMPD, ha de entenderse que «esos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones» (CSJ SL3464-2019)”.*²⁴⁰

Séptima. Sobre la posibilidad de declarar la ineficacia del traslado en un caso, aun cuando el solicitante no hubiere estado amparado por el régimen de transición

218. Algunos tribunales superiores de distritos judiciales han sostenido que la declaratoria de la ineficacia solo puede tener lugar cuando el solicitante hubiere estado amparado por el régimen de transición, o cuando hubiese estado cerca de pensionarse. Esa, de hecho, fue la tesis que usaron algunas de las autoridades judiciales accionadas en estas causas para negarse a declarar las aludidas ineficacias. Según estos tribunales, esta posición se desprende de las Sentencias SL31989-2008, SL12136-2014, SL4964-2018, SL037-2019, SL1688-2019, SL1452-2019, SL3852-2019 y SL1897-2019.

219. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, en la reciente sentencia SL1458-2023, citando la Sentencia SL1688-2019, aclaró lo siguiente:

“(...) la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas recientemente CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y

²³⁹ Cfr., Corte Suprema de Justicia. Sentencias SL2929-2022 y SL2105-2023. Reiteradas en la Sentencia SL048-2024.

²⁴⁰ Cfr., Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL2929-2022.

*CSJ SL1452-2019, CSJ SL 1688-2019, CSJ SL 1689-2019 y CSJ SL3463-2019, consiste en que, por tratarse de un derecho mínimo que consagra garantías en favor de los afiliados, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrarles oportunamente, información clara, cierta y comprensible de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, «sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está o no próximo a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3463-2019)».*²⁴¹

Octava. Sobre la diferenciación entre las instituciones de la ineficacia y de la nulidad.

220. La Corte Suprema de Justicia ha concluido que, si se establece que existió un incumplimiento al deber de información, lo que procede es declarar la *ineficacia* del traslado.²⁴² Esto en consideración de lo consignado en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993. Ahora, si lo que se acredita en el proceso es un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), es necesario declarar la nulidad del traslado. Esta diferenciación tiene, por supuesto, varias implicaciones en el proceso ordinario laboral. Esto porque, mientras los vicios del consentimiento deben probarse por quien los alega, la falta de

²⁴¹ Cfr., Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL1458-2023.

²⁴² La diferencia entre las instituciones de la nulidad y de la ineficacia no siempre fue clara. Inicialmente, la Corte Suprema de Justicia, al conocer casos como estos, declaraba la nulidad de la afiliación al RAIS. Ello ocurrió, por ejemplo, en la Sentencia del 9 de septiembre de 2008 (Radicado 31314. M.P., Elsy del Pilar Cuello Calderón); y en la Sentencia del 9 de septiembre de 2008 (Radicado 31989. M.P., Eduardo López Villegas). En esta última providencia, la Corte Suprema de Justicia concluyó que: “*Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir. // La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales. // Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas. // En el sub lite, la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se presentare entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciere la administradora de régimen de prima media al que retorna. // La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. // Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”.*

información no. A su turno, mientras las nulidades sustanciales prescriben, la ineficacia no.²⁴³

221. En efecto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral- diferencia dos escenarios a la hora de estudiar si procede la “*anulación*” de los traslados hechos por los ciudadanos desde el RPM al RAIS. La primera institución es la de la *nulidad* de dicho acto. Aquella, en palabras de la Corte, se presenta en los eventos en que el usuario del Sistema de Seguridad Social acusa la ocurrencia de un vicio en su consentimiento al suscribir el formulario de afiliación al RAIS. En contraste, se estará ante la institución jurídica de la *ineficacia*, cuando el demandante señale que no fue informado sobre las consecuencias de su traslado.

222. En efecto, los vicios del consentimiento son obstáculos que le impiden a una persona tomar una decisión en completa libertad. Aquellos son, fundamentalmente, tres: el error, la fuerza y el dolo.

223. El error se presenta como una distorsión entre lo que se desea y lo que se manifiesta. Los errores, asimismo, pueden ser de hecho o de derecho. Serán de hecho cuando se presentan (i) sobre la persona con quien se contrata, o sus cualidades; o (ii) sobre el objeto del contrato. Respecto de este último punto, el artículo 1511 del Código Civil señala lo siguiente:

“El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.”²⁴⁴

224. La fuerza, por su parte, está constituida por “*todo acto que infunde a una persona un justo temor*”²⁴⁵ para la toma de sus decisiones. Y el dolo es toda maquinación fraudulenta realizada por una persona encaminada a hacer que otra tenga una percepción equivocada de la realidad con la intención positiva de inferirle injuria a ella o a los derechos de otro. Según lo dispuesto en el artículo 1514 del Código Civil, “*el dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado*”.²⁴⁶

225. La Corte Suprema de Justicia ha indicado, no obstante, que el no suministro de información a una persona, en el momento en que aquella se traslada al RAIS, es un escenario que no cabe dentro de ninguna de las categorías antedichas, reconocidas como

²⁴³ Cfr., Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL1688-2019.

²⁴⁴ Código Civil. Artículo 1511.

²⁴⁵ Código Civil. Artículo 1513.

²⁴⁶ Código Civil. Artículo 1514.

vicios del consentimiento. De modo tal que esta circunstancia, alegada por los demandantes, debe valorarse a través de la figura de la *ineficacia*. Entre otras cosas, esta diferenciación hecha por la Corte, tiene implicaciones sobre el campo probatorio. Pues, como bien lo ha reconocido el órgano de cierre “*la parte que alega la nulidad por un vicio de su consentimiento tiene la carga de acreditarlo*”.²⁴⁷ En concreto, ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que:

*“(…) el juez laboral no puede presumir los vicios en el consentimiento ni suponer su existencia, pues deben estar suficientemente acreditados dentro del juicio, en el entendido de que «con arreglo a los arts. 1508 a 1516 del C.C, el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento capaces de afectar las declaraciones de voluntad, no se presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso»”.*²⁴⁸

226. En contraste -como se ha podido ver- la Corte Suprema de Justicia señala que, si el demandante alega la ausencia de información suministrada, la carga de la prueba debe trasladarse a la AFP demandada. Y será aquella quien demuestre lo contrario, esto es, que en efecto suministró la cantidad de información mínima exigida en la normatividad vigente para la fecha del traslado.

G. Análisis constitucional del precedente de la Sala de Casación Laboral

227. La Corte Constitucional está facultada por la Constitución para revisar si un precedente, construido por otra Corporación, se ajusta a la Constitución. En el marco de una tutela contra providencia judicial, la competencia de la Corte está limitada por los defectos alegados por los accionantes. En este sentido, la razón por la que esta Corte puede pronunciarse sobre la constitucionalidad del precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia es porque, en una de las tutelas acumuladas (T-7.867.632), Colpensiones lo cuestiona.

228. De conformidad con lo anterior, en anteriores oportunidades, la Corte Constitucional, en sede de tutela, ha revisado la compatibilidad de algunos precedentes con la Constitución Política que han sido proferidos por otras Cortes en sus respectivas jurisdicciones. En ocasiones, ha indicado que dichos precedentes, a pesar de ser construidos en ejercicio de las competencias que cada una de esas Corporaciones tiene y ejerce, desconocen algún contenido normativo previsto en la Constitución Política. Ello ha sucedido en diversos temas pensionales como, por ejemplo, en el debate que se suscitó respecto de la indexación de la primera mesada pensional,²⁴⁹ o en lo relativo al alcance de la condición más beneficiosa.²⁵⁰

²⁴⁷ Cfr., Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL3053-2020.

²⁴⁸ Cfr., Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL3053-2020. Donde se citó, a su vez, las Sentencias SL16539-2014, SL10790-2014 y SL13202-2015.

²⁴⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias SU-1073 de 2012, SU-131 de 2013 y SU-637 de 2016.

²⁵⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-442 de 2016. En esta providencia se pretendió zanjar una discusión, relativa al alcance del principio de la condición más beneficiosa. Luego de definir este tema, en dicha sentencia se recordó que: “la jurisprudencia de esta Corte, encargada de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución, [...] es vinculante para todas las autoridades, incluidas las judiciales (CP. Art. 241). Cabe recordar que las reglas establecidas en la Sentencia SU-

229. Dicho esto, la Sala Plena de la Corte Constitucional advierte que el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia cuestionado goza de un carácter eminentemente tuitivo en aplicación del artículo 53 de la Constitución al punto anular la actividad probatoria por parte de la parte demandada y su valoración por parte de juez. Con todo, en razón de lo expuesto por las autoridades administrativas en el marco del presente proceso, puede advertirse la presencia de varias tensiones, algunas de orden jurídico sustancial (presunta afectación al debido proceso), y otras de naturaleza económica.

a. Tensiones de orden jurídico sustancial

230. Algunas de las personas naturales y jurídicas que han intervenido en este proceso, han sostenido que la posición de la Corte Suprema de Justicia vulnera o desconoce el derecho al debido proceso de las AFP demandadas en los procesos ordinarios laborales. Esto porque, de un lado, la única responsabilidad que tendría un afiliado en esta clase de litigios es señalar que una AFP determinada no le brindó la información necesaria que le hubiese permitido trasladarse de régimen con pleno conocimiento de causa. Así, con el precedente de la Corte Suprema de Justicia, los afiliados por conducto de sus apoderados judiciales no tienen carga probatoria alguna para demandar la ineficacia del traslado, pues, de cualquier modo, siempre procede la inversión de la carga de la prueba.

231. Esto, sumado al hecho de que la Corte Suprema de Justicia no reconoce valor probatorio alguno a los formularios de afiliación, supone, para las AFP, una ostensible dificultad en su defensa. Además, el precedente aludido hace que el juez comprometa su imparcialidad, pues exige siempre y en todo caso que las administradoras demuestren, más allá de toda duda, que sí informaron al afiliado sobre las consecuencias del traslado surtido entre 1993 y 2009. Demostrar lo anterior, con pruebas directas, puede ser una carga irrazonable porque en ese periodo las administradoras no tenían el deber legal de guardar una reproducción de lo que, específicamente, el asesor comentó al afiliado en la antesala de su afiliación. Recuérdese que tan solo con el Decreto 2241 de 2010 -artículo 7- se dispuso que las administradoras debían consignar en medios verificables que el afiliado fue informado, que recibió asesoría adecuada, y que entendió los efectos de su decisión. Antes de tal norma, el traslado y su legalidad se demostraban, fundamentalmente, con el formulario de afiliación (*Cfr.*, Decreto 692 de 1994, artículo 11).

232. Ahora, si se determinara que corresponde a cada persona -y solo a ella- demostrar que no fue debidamente informada al momento de efectuar su traslado al RAIS, se generarían, también, algunas tensiones. Aunque ello resultaría acorde con la teoría de la carga de la prueba, tendría un inconveniente. Exigir, de manera exclusiva, a las personas

442 de 2016 fueron reiteradas en la Sentencia SU-556 de 2019, pero solo en favor de aquellas personas que se encontraran en un escenario claro de vulnerabilidad. Lo cual tendría que acreditarse a través de la superación de un test de procedencia.

demostrar que la administradora no les brindó la información suficiente respecto de su traslado, sí podría implicar una carga importante y desproporcionada para ellas. Si la persona no pudiera demostrar esta situación, irremediablemente se denegarían sus pretensiones. Así, el traslado no sería declarado ineficaz.

b. Tensiones de orden financiero

233. Igualmente, señaló Colpensiones en este proceso que las *subreglas* de la Corte Suprema de Justicia podrían abrir la posibilidad de que muchas personas, que ya no cuentan con la expectativa de trasladarse con las reglas de la Ley 100 de 1993 (artículo 13 –literal e–), busquen por medio de procesos judiciales que se declare la ineficacia del traslado que efectuaron hacia el RAIS. Esto derivaría en que, de prosperar sus pretensiones, Colpensiones tuviese que recibir un número indeterminado de nuevos pensionados, muchos de ellos amparados por el régimen de transición. Y ello implicaría, por supuesto, que el Estado deba destinar nuevos recursos con miras a financiar, en una importante proporción, cada una de dichas pensiones.

234. En razón de las tensiones que se identifican, y que podrían comprometer el derecho a la seguridad social de las personas, o la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, es preciso estudiar la posibilidad de modular el precedente de la Corte Suprema de Justicia. Esto con el propósito de que las eventuales afectaciones que aquel produzca en el sistema financiero se reduzcan sin que, al tiempo, se desconozca el derecho a la seguridad social del que son titulares los ciudadanos. Para esto, se abordarán dos cuestiones en particular y, finalmente, se desarrollará unas precisiones sobre el alcance del precedente y unas reglas en materia probatoria.

Primera cuestión: la función de la prueba en el proceso judicial y los responsables de aportarla

235. La carga de la prueba y su dinamización. La carga de la prueba es un principio neurálgico dentro de la estructura del modelo dispositivo que rige al procedimiento laboral.²⁵¹ Por remisión normativa, son aplicables al proceso laboral los artículos 1757²⁵²

²⁵¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 2016. “En términos generales puede decirse que el *modelo dispositivo* caracterizó la configuración de los códigos desde el liberalismo clásico hasta bien entrado el siglo XX, bajo una concepción privatista e individualista de los fines del proceso donde se acentuó la capacidad de las partes para dar inicio, impulsar y llevar a su culminación las diligencias judiciales. Con sustento en doctrina autorizada, esta corporación ha explicado que los sistemas dispositivos confieren a las partes el dominio del procedimiento y el juez no cumple ningún papel activo en el desarrollo del proceso sino en la adjudicación, al momento de decidir un litigio. Al respecto ha señalado: “[E]l sistema dispositivo confiere a las partes el dominio del procedimiento y se caracteriza por los siguientes principios: (i) el juez no puede iniciar de oficio (*nemo jure sine actore*); (ii) el juez no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes (*quod non est in actis non est in mundo*); (iii) el juez debe tener por ciertos los hechos en que las partes estén de acuerdo (*ubi partis sunt conoceres nihil ab judicem*); (iv) la sentencia debe ser de acuerdo con lo alegado y probado (*secundum allegata et probata*); (v) el juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida e la demanda (*en eat ultra petita partium*)”.

²⁵² Código Civil. Artículo 1757. “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

del Código Civil y 167 del Código General del Proceso (que reemplazó al 177²⁵³ del Código de Procedimiento Civil). Lo establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso -primer inciso- ilustra este principio: *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

236. En el proceso judicial, cada parte presenta su relato sobre la ocurrencia de unos hechos determinados. El deber del demandante, en principio, es demostrar, a partir de los elementos probatorios que allegue, que su relato corresponde a la realidad. Solo así, el juez que conoce del asunto podrá definir si otorga la consecuencia jurídica que, según el ordenamiento vigente, se sigue luego de confirmar la ocurrencia del supuesto de hecho descrito en la demanda.²⁵⁴

237. Las partes tienen la carga de aportar al proceso judicial las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, que le permitan al juez, independiente e imparcial, reconstruir unos hechos ocurridos en el pasado y tomar una decisión luego de ello. Aportar la prueba constituye un deber y por lo tanto una carga procesal. Con todo, el promotor de una demanda puede -o no- aportar pruebas ante la autoridad judicial con el propósito de demostrar los supuestos de hecho que sirven de causa a sus pretensiones. Si asume una actitud negligente, y no aporta prueba alguna (teniendo el deber o la posibilidad de hacerlo) sus pretensiones pueden ser desestimadas.²⁵⁵

238. Por su parte, el juez laboral como director del proceso goza de amplios poderes y facultades, entre otros, para *“adopta[r] las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite”*,²⁵⁶ por lo que puede advertir, en un caso concreto, que la parte interesada está en la imposibilidad material de aportar las pruebas que sustenten los supuestos de hecho de sus pretensiones o de sus excepciones, según el caso. En tal evento, previendo dicha dificultad, atenta contra la recta administración de justicia que el caso se resuelva en su contra sin que se haya adelantado por el juez, cuando menos, una mayor indagación. Para esto, la autoridad judicial puede valerse de dos herramientas. Una de ellas, muy importante, es la facultad oficiosa con que cuenta para decretar y

²⁵³ Código de Procedimiento Civil. Artículo 177. “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. // Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

²⁵⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-129 de 2021. “El litigio, en todas las áreas del derecho, suele ser un escenario en el que se exponen –por las partes– distintos enunciados sobre la ocurrencia de unos hechos en particular. Cada enunciado contiene una descripción del hecho que se pretende hacer valer, a efectos de lograr determinada consecuencia jurídica (el reconocimiento de un derecho o la absolución de responsabilidades). Estos enunciados, a su turno, pueden calificarse de verdaderos o falsos, dependiendo de su correspondencia con lo ocurrido en la realidad.”

²⁵⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 2016. “La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, recogida en varias ocasiones por la Corte Constitucional, ha [definido el concepto] cargas procesales, en los siguientes términos: las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso. // Como se ve, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo, probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa”.

²⁵⁶ Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Artículo 48.

practicar pruebas, en los términos del artículo 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, “[a]demás de las pruebas pedidas, el Juez podrá ordenar a costa de una de las partes, o de ambas, según a quien o a quienes aproveche, la práctica de todas aquellas que a su proceso sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos”.²⁵⁷ (Subraya fuera de texto).

239. Que el Código Procesal del Trabajo faculte al juez para decretar la práctica de todas las pruebas que sean necesarias a efectos de lograr el “*completo esclarecimiento de los hechos controvertidos*”, permite asumir que la finalidad de la prueba en los procesos ordinarios laborales es, en últimas, demostrar que un supuesto de hecho determinado sí ocurrió. El juez reconstruye el hecho para, luego de ello, atribuir la consecuencia jurídica que se siga.

240. En el proceso laboral, esta Corte ha aceptado que los jueces acudan a sus poderes oficiosos con el único propósito de reconstruir los hechos de manera correcta, y así llegar a una decisión objetiva y justa soportada en los materiales probatorios decretados, practicados y valorados. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el particular del modo que sigue:

“(…) el proceso debe procurar la eliminación de la incertidumbre. La incertidumbre no es más que la indefinición respecto de si un enunciado descriptivo es verdadero o falso. A fin de lograr ese objeto es necesario entonces acudir precisamente a los medios de prueba. Pero su aporte, decreto y práctica cuentan también con reglas precisas en nuestro ordenamiento jurídico con el propósito de garantizar igualmente los derechos de defensa, de contradicción y, en general, del debido proceso. En principio, el influjo e importancia del sistema dispositivo en el país, hizo que algunas normas de derecho civil incorporaran la teoría de la carga de la prueba. De conformidad con este principio, las partes tienen la responsabilidad de probar todo aquello que alegan en su interés. Esto permite, según la doctrina, que (i) las partes participen en igualdad de condiciones, (ii) entre ellas se geste un diálogo técnico y reglado; y, (iii) se garantice el principio democrático.

“Con todo, aún con las pruebas aportadas por las partes, puede subsistir la incertidumbre en el proceso. En este tipo de escenarios, la doctrina ha propuesto una solución que permitiría develar la verdad. La tesis de la carga de la prueba tiene como base la libertad humana. Es por esto que, las partes son libres de demostrar la ocurrencia de los hechos que pretenden hacer valer y, siéndolo, también son responsables por no actuar en procura de sus intereses. Pero, ¿qué pasa si la parte interesada estaba en la imposibilidad de allegar la prueba faltante? En ese caso, aquella no podría asumir las consecuencias de la ausencia probatoria, pues no pudo hacer uso de su libertad. De manera que, en tanto la función jurisdiccional es pública, corresponde al juez, procurando la no emisión de fallos non liquet, acudir a ‘los poderes de instrucción para esclarecer las dudas que afectan la decisión.’ Para esto podrá decretar y practicar pruebas de manera oficiosa.”²⁵⁸ (Subraya fuera de texto).

241. Esta, por supuesto, es una excepción al principio de la carga de la prueba, pues el juez laboral debe ceñirse, *prima facie*, a lo aportado por las partes para adoptar la decisión que en derecho corresponda. La Corte Suprema de Justicia ha sido muy clara en

²⁵⁷ Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Artículo 54.

²⁵⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-129 de 2021.

cuanto a que estas “(...) facultades y deberes que tienen los funcionarios de las instancias en materia de práctica de pruebas no llegan ni pueden llegar en ningún caso a desplazar la iniciativa de los litigantes ni a reemplazar las tareas procesales que a cada uno de ellos les incumbe: Al demandante, demostrar los hechos fundamentales de su acción. Al demandado, acreditar aquellos en que base su defensa.”²⁵⁹

242. Otra herramienta con que cuenta el juez laboral para procurar los medios de prueba necesarios, pertinentes, idóneos y conducentes que le permitan conocer los hechos y luego de su valoración decidir el litigio propuesto por las partes, es el principio de la carga dinámica -no estática- de la prueba y con ella, la inversión de la carga probatoria. A aquella habrá de acudir cuando el demandante, que en principio debe demostrar la ocurrencia de los hechos que le sirven de causa a sus pretensiones, está en imposibilidad de hacerlo, pero al menos debe suministrar evidencias o fundamentos razonables sobre la existencia del derecho que reclama, para que la contraparte, que posee mejores condiciones de producir la prueba o la tiene a su alcance, entre a probar, rebatir o desvirtuar de manera contundente el hecho afirmado. El artículo 167 del Código General del Proceso, luego de recordar que corresponde a las partes, por regla general, demostrar el supuesto de hecho que alegan, señala lo siguiente en su inciso segundo:

*“No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares”.*²⁶⁰

243. La expresión *podrá*, presente en la primera línea del fragmento que se cita, fue demandada ante esta Corte. Los demandantes consideraron contraria a la Constitución la voluntad del legislador mediante la cual simplemente facultara al juez para distribuir la carga de la prueba, y no lo obligara, con lo cual sostuvieron que se afectaba el principio de la tutela judicial efectiva. En cambio, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-086 de 2016, encontró válida y sujeta a la Constitución la consagración de la inversión de la carga de la prueba como excepción, y no como regla general. En tanto excepción, aquella figura solo podía ser aplicable a partir del análisis de cada caso concreto. Así se pronunció la Sala Plena:

“En la regulación aprobada por el Legislador este decidió -también de manera deliberada y consciente- no fijar un catálogo cerrado de episodios en las cuales puede tener cabida la carga dinámica de la prueba. Por el contrario, dejó abierta esa posibilidad al juez, ‘según las particularidades del caso’, para lo cual mencionó solo algunas hipótesis: (i) la posesión de la prueba en una de las partes, (ii) la existencia de circunstancias técnicas especiales, (iii) la previa

²⁵⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 17 de febrero de 2021, rad. 76659. Citada en la Sentencia SU-129 de 2021.

²⁶⁰ Código General del Proceso, Artículo 167, inciso 2.

y directa intervención en los hechos, (iv) el estado de indefensión o de incapacidad de una de las partes, ‘entre otras circunstancias similares.’

“Los eventos mencionados recogen en buena medida las reglas trazadas por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la propia Corte Constitucional. Sin embargo, el Legislador facultó a los jueces para evaluar las circunstancias de cada caso y definir si se dan o no los supuestos genéricos para recurrir en ciertos casos a la carga dinámica de la prueba. Esta decisión resulta comprensible y completamente válida, no solo ante la dificultad para anticiparse a nuevas situaciones en una sociedad que presenta vertiginosos cambios –algunos tal vez inimaginables–, sino porque son los contornos de cada situación los que permiten evaluar si la igualdad entre las partes se ha visto o no comprometida y se requiere de la ‘longa manus’ del juez para restablecerla.”²⁶¹

244. Precisamente por lo antedicho, la Corte no halló razón al reparo de los demandantes, pues, en cualquier caso, advirtió que la norma aludida simplemente estaba *“encaminada a procurar un prudente equilibrio entre la función del juez en el Estado Social de Derecho y el cumplimiento de las cargas procesales que constitucionalmente corresponde asumir a las partes cuando ponen en marcha la administración de justicia.”*²⁶² Acto seguido, citando la Sentencia T-599 de 2009, la Corte recordó que *“la mayor eficacia en cuanto a la justa composición de un litigio se obtiene a partir de un delicado equilibrio entre la iniciativa de las partes –principio dispositivo– y el poder oficioso del juez –principio inquisitivo–, facultades de naturaleza distinta que operadas de forma coordinada deben concurrir en un mismo y único propósito: la solución justa y eficiente del proceso”*.²⁶³ Así, ordenar al juez la distribución de la carga de la prueba siempre y en todos los casos, desconocería la importancia del principio dispositivo en el sistema judicial colombiano.

245. Todo lo dicho no es desconocido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En una de sus providencias, esa Corte recordó que:

“El denominado principio de la carga dinámica –y no estática– de la prueba, también tiene aplicación en asuntos de índole laboral o de la seguridad social y, dadas las circunstancias de hecho de cada caso en particular, en que se presente dificultad probatoria, es posible que se invierta dicha carga, a fin de exigir a cualquiera de las partes la prueba de los supuestos configurantes del thema decidendum. Sin embargo, la parte que en comienzo tiene la obligación de probar, debe suministrar evidencias o fundamentos razonables sobre la existencia del derecho laboral que reclama, para que la contraparte, que posee mejores condiciones de producir la prueba o la tiene a su alcance, entre a probar, rebatir o desvirtuar de manera contundente el hecho afirmado.”²⁶⁴

246. La Corte Suprema de Justicia también ha invertido la carga de la prueba, en todos estos casos, sosteniendo (i) que cuando un afiliado sostiene que no fue informado respecto de las consecuencias de su traslado, ello corresponde a una *negación indefinida*; o (ii) que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, “[l]a

²⁶¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 2016.

²⁶² Ibidem.

²⁶³ Ibidem.

²⁶⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL11325-2016.

prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”. La Sala Plena entiende que la tesis expuesta por la Corte Suprema de Justicia, según la cual, siempre que alguien alegue no haber sido informado respecto de las consecuencias de su traslado al RAIS, corresponderá a la AFP demandada demostrar que prestó una asesoría adecuada, busca la protección de la persona. Sin embargo, la aplicación estricta de esta tesis libra al demandante de presentar cualquier prueba, indicio, evidencia o fundamento razonable sobre la existencia del derecho laboral que reclama. De contera, adicionalmente ello también exonera al juez de decretar y practicar pruebas de manera oficiosa. La Corte Constitucional también entiende que la inversión de la carga de la prueba puede ser, dentro del proceso judicial, un recurso más y no el único o el primero al que podría acudir el juez si, como director del proceso, lo estima necesario.

247. El precedente de la Corte Suprema de Justicia hace de la inversión de la carga de la prueba la única herramienta disponible, a pesar de que el ordenamiento jurídico la reconoce como una herramienta más a la que el juez laboral puede acudir -pero no la única-. En consecuencia, la Corte Constitucional reitera que solo las circunstancias que rodean a las partes, en cada caso concreto, pueden permitir al juez evaluar la posibilidad excepcional de invertir dicha carga o de distribuirla. Y esta debe ser una decisión del juez ordinario laboral, en su calidad de director del proceso y que además tiene repercusiones en la autonomía e independencia judicial.

248. Estas razones permiten establecer que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en lo referido a la ineficacia de los traslados, está modificando las reglas relativas a la carga de la prueba. Así, este precedente hace que, en últimas, baste a los demandantes expresar genéricamente en la demanda que no fueron informados al momento del traslado de régimen pensional y, por lo tanto, no se les exige aportar prueba alguna para demostrar los supuestos de hecho que sirven de causa a sus pretensiones. Así pues, dado que las AFP, especialmente en el periodo comprendido entre 1993 y 2009, encuentran dificultades para demostrar que sí informaron a los demandantes -a partir de pruebas directas-, casi la totalidad de estos casos culmina con una sentencia condenatoria. Con dicha regla, aparte de desbalancear la actividad probatoria de las partes, se desconoce que el juez es el director del proceso judicial, se afecta la autonomía e independencia de este para decretar y practicar todas las pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes y se altera la regla acerca de la apreciación y valoración de las mismas conforme a la sana crítica. Precisamente por la dificultad probatoria que comportan este tipo de casos, sería deseable una posición más activa en materia de pruebas, tanto por parte del demandante y del demandado, como por parte del juez.

Segunda cuestión: las implicaciones del precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre la sostenibilidad financiera del sistema pensional y el criterio de sostenibilidad fiscal (artículos 48 y 334 de la Constitución Política)

249. Del Acto Legislativo 01 de 2005, se destaca la incorporación que hizo en el artículo 48 de la Constitución Política del principio y garantía de la sostenibilidad

financiera del Sistema Pensional. En efecto, el inciso 7 del mencionado artículo prevé lo siguiente:

*“El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.”*²⁶⁵

250. En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo, se señaló que la garantía de la sostenibilidad financiera en el sistema pensional, implica *“que en cualquier regulación futura que se [hiciera de este] se [debía] preservar su equilibrio financiero, evitando por consiguiente situaciones críticas como las que podrían producirse de no adoptarse las reformas que han venido siendo estudiadas por el Congreso (...)”*²⁶⁶ Las medidas planteadas en el referido proyecto, involucraban, entre otras cosas: (i) la eliminación de los regímenes exceptuados o especiales;²⁶⁷ (ii) algunas restricciones a las negociaciones colectivas;²⁶⁸ y, (iii) la eliminación de la mesada 14.²⁶⁹

251. En la misma exposición de motivos se señalaron las razones que servían de causa para la presentación de dicho proyecto de reforma constitucional, las cuales tenían que ver con (i) un aumento progresivo de la esperanza de vida de la población colombiana;²⁷⁰ y, (ii) un incremento en la tasa de dependencia, derivado del hecho de que, con el pasar de los años, el número de afiliados cotizantes disminuía en relación con el número de pensionados, pues, *“de 2 pensionados por cada 100 afiliados en 1980, [se] llegó a un*

²⁶⁵ Constitución Política, Artículo 48, inciso 7.

²⁶⁶ Gaceta del Congreso No. 385 de 2004, pp. 13 y siguientes en las que obra el texto del proyecto de Acto Legislativo No. 34 de 2004 (Cámara) y de su correspondiente exposición de motivos.

²⁶⁷ *Ibidem*. Sobre esto se dijo que: “las reformas legales mantienen los regímenes de transición y más grave aún, no impiden que se celebren pactos o convenciones por los cuales se convengan beneficios pensionales muy superiores a los previstos por las leyes que regulan el Sistema de Seguridad Social. Dicha situación tiene un impacto profundo desde el punto de vista de la equidad, de la sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, de muchas empresas públicas y de la posibilidad para la Nación de atender sus deberes en otras materias. En efecto, no es justo que los colombianos con el pago de impuestos crecientes y/o con sus cotizaciones financien el que algunas personas puedan pensionarse con edades y tiempos de cotización inferiores.”

²⁶⁸ *Ibidem*. Sobre esto se dijo que: “o, dado que la Constitución Política garantiza el derecho a la negociación colectiva, con las excepciones previstas en la ley, no se ha podido lograr el propósito de la Ley 100, expresado en su artículo 11, pues aún existe la posibilidad de continuar estableciendo reglas particulares en materias pensionales, por lo cual y a pesar de que la Corte Suprema de Justicia ha afirmado reiteradamente que los beneficios pensionales deben armonizarse con la Ley 100 de 1993, no solamente no se han armonizado las convenciones colectivas con la ley, sino que se siguen suscribiendo convenios en los que las entidades se obligan a asumir directamente nuevas obligaciones pensionales, privilegiando a ciertos servidores y rompiendo la igualdad que quiso el Constituyente imprimirle al régimen de seguridad social.”

²⁶⁹ *Ibidem*. Sobre esto se dijo que: “Debe recordarse que esta mesada adicional fue creada por la Ley 100 de 1993 para compensar la falta de ajuste de las pensiones reconocidas con anterioridad a 1988, es decir para compensar su pérdida de poder adquisitivo, y fue extendida a todas las demás pensiones por una decisión de la Corte Constitucional (Sentencia C489/94), generando un desequilibrio adicional en la financiación de los pasivos pensionales. Dado el origen de esta mesada, no es razonable que la misma deba pagarse a los nuevos pensionados, cuyas pensiones se liquidan con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 y normas que la han modificado y no se ven expuestas a pérdida de poder adquisitivo. Es por lo que se propone su eliminación. El costo anual de esta mesada adicional asciende hoy a \$1.1 billones. Sin embargo, debe aclararse que este costo no se va a reducir en la medida en que se seguirá pagando esta mesada a los actuales pensionados, pero dejará de incrementarse a futuro por efecto del presente Acto Legislativo”

²⁷⁰ *Ibidem*. “La esperanza de vida al nacer pasó de 61 años al inicio de los años setenta, a 70 años a finales de los años noventa y es posible que aumente a 74 años en el 2015. Así mismo la esperanza condicional de un adulto que alcanza los 60 años supera los 80 años.”

*nivel de 10 pensionados por cada 100 afiliados cotizantes en 1993 y a 21 pensionados por cada 100 afiliados cotizantes en el Régimen de Prima Media en el año 2002.”*²⁷¹ A esto se sumaba la pervivencia del régimen de transición, y la generosidad con que las reglas del RPM ofrecían pensiones a las personas, en comparación con la regulación establecida en otros países del mundo.²⁷²

252. Estas consideraciones son similares a aquellas reconocidas por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-140 de 2019. En esa providencia, donde la Sala Plena analizaba si el incremento pensional previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 era o no imprescriptible,²⁷³ se añadió que, a pesar de los importantes esfuerzos por parte del ejecutivo y del Congreso de la República por reducir los problemas de sostenibilidad financiera en el sistema, estos pervivían y eran los siguientes:

*“(i) la inversión de la pirámide poblacional logra que cada vez haya menos cotizantes en edad laboral que puedan sostener las pensiones de los actuales pensionados en el RPM; (ii) la gran informalidad del sector laboral colabora a que la base de cotizantes en edad laboral sea menor a la necesaria para el equilibrio del sistema; (iii) los fenómenos atrás referidos hacen insostenible un régimen pensional que ha agotado sus reservas y exige cada vez más que el Estado lo intervenga aportando una parte significativa de su PIB; (iv) el sistema RPM actualmente vigente tiene un notable componente de subsidios que no permite un reparto equitativo de los recursos públicos; y (v) el sistema tiene una cobertura muy baja que deja desprotegida a un relevante porcentaje de población dependiente como las personas de la tercera edad y los niños”.*²⁷⁴

253. La sostenibilidad financiera del sistema pensional no es un fin en sí mismo, sino un principio orientado a la materialización efectiva de la faceta prestacional del derecho fundamental a la seguridad social, pues sin sostenibilidad financiera el goce de las prestaciones económicas que el legislador define en la ley sería inocuo. Para la Corte es claro que la Constitución reconoce el papel del Estado en la garantía del pago de las pensiones, pero también incluye previsiones orientadas a que el sistema sea sostenible por sí mismo. Por ejemplo, el inciso 5 del artículo 48, incluso antes de las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, prohibía destinar los recursos de las instituciones de seguridad social para fines diferentes a ella, mientras que el inciso 6 ordenaba al legislador definir en la ley los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 10.

²⁷² *Ibidem*. Sobre esto se señaló que: “Desde otro punto de vista hay que tener en cuenta, además, que las pensiones reconocidas por el sistema colombiano son comparativamente más generosas que en la mayoría de los países industrializados, así como de los de Latinoamérica. Al respecto, debe considerarse que mientras en Colombia, el período de cotización para acceder a una pensión que sea un promedio del 65% del Ingreso Base de Liquidación (IBL) es de 20 años, en Bolivia es de 33 años, en Chile de 35 años, en El Salvador es de 49 años y en México es de 34 años. Así mismo, mientras que el nivel de las pensiones en nuestro país es, aproximadamente, del 65% del IBL, en el resto de los países latinoamericanos, es en promedio cercano al 44%”

²⁷³ Acuerdo 049 de 1990, Artículo 21. “Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así: // a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario, y // b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión. // Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal.”

²⁷⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-140 de 2019.

254. Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 2005 robustece ese diseño al: **a)** hacer explícito el principio de sostenibilidad financiera (inciso 7), **b)** asegurar que el Estado asuma la deuda pensional (inciso 7), **c)** incorporar la garantía de sostenibilidad como condición de validez de las leyes en materia pensional (inciso 7); **d)** introducir un tope máximo a las mesadas que se pagan con cargo a recursos públicos; y **e)** prever una regla de proporcionalidad entre las cotizaciones y la mesada pensional (inciso 12).

255. A juicio de la Corte, la sostenibilidad financiera del sistema pensional permite reducir la presión que este genera en el presupuesto público, de forma que los recursos públicos sean dirigidos bien a la ampliación de la cobertura del sistema (por ejemplo, mediante el aumento de los beneficiarios o de la cuantía de las pensiones no contributivas) o bien a la satisfacción de otros derechos fundamentales de la población. Así, la racionalización del gasto público de pensiones se presenta como una herramienta para asegurar que el gasto público satisfaga de forma más eficiente los fines que para él ha previsto la Constitución. De este modo, la sostenibilidad financiera del sistema pensional está íntimamente ligada con el principio de sostenibilidad fiscal, entendida como un manejo de las finanzas públicas en el que se limite el déficit fiscal para que la deuda pública no crezca más allá de la capacidad de pago del país.²⁷⁵

256. Ahora, en materia pensional, la Corte ha sido enfática en que la sostenibilidad financiera del sistema pensional no solo debe ser escrutada de acuerdo con las reglas del artículo 48, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, sino que también debe ser analizada en concordancia con lo previsto en el artículo 334 de la Constitución modificado por el Acto Legislativo 3 de 2011. Esta última norma constitucional prevé que “[l]a sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.” En la Sentencia C-110 de 2019, al estudiarse el impacto fiscal que tendría una subvención pensional, la Corte expuso que este criterio constitucional y herramienta debe ser utilizada por todas las Ramas del Poder Público para garantizar la efectividad de las garantías otorgadas por el Estado Social de Derecho. En especial, concluyó lo siguiente:

“76.1. La obligación de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional se refleja, primariamente, en las reglas especiales para el reconocimiento de pensiones establecidas en el propio artículo 48 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005. Tales reglas se encaminan a evitar los desequilibrios producidos por el otorgamiento de mesadas en cuantías excesivas, que no correspondan a lo efectivamente cotizado, que establezcan privilegios injustificados o que desconozcan el régimen legal bajo el que se causó el derecho.

“76.2. La sostenibilidad financiera del sistema pensional supone, en segundo lugar, la adecuada correspondencia entre los recursos que ingresan al sistema de seguridad social y los recursos

²⁷⁵ El superávit o déficit primario es un concepto que permite evaluar si los ingresos del gobierno, descontando sus gastos, alcanzan para pagar los intereses sobre la deuda o si, por el contrario, tiene que endeudarse para ello. Si el gobierno tiene un déficit primario no logra pagar los intereses con sus propios recursos. Aunque esto puede ocurrir por periodo cortos con razones justificables, si ocurre de manera recurrente se presenta un problema de sostenibilidad fiscal pues hace necesario endeudarse para pagar intereses, lo que genera un espiral de aumento del endeudamiento. Cárdenas, M., 2020. *Introducción a la economía colombiana*. Alpha Editorial.p.209

que deben destinarse a la protección de las personas que han asegurado su contingencia de vejez. En esa dirección, es relevante a la luz de tal exigencia, el modo en que se arbitran recursos provenientes de aportes parafiscales para el financiamiento de prestaciones asistenciales, tal y como ocurre con aquellas que se cubren con cargo a la cuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional establecido en la Ley 797 de 2003 -supra num. 50.2 y 50.3-.

“76.3. La sostenibilidad fiscal, definida como criterio orientador, instrumental y adjetivo de la actuación de las ramas del poder, disciplina la administración de las finanzas públicas a fin de que sea posible que la proyección hacia su desarrollo futuro reduzca el déficit fiscal, a través de la limitación de la diferencia entre los ingresos nacionales y los gastos públicos. Tiene entonces una naturaleza exclusivamente instrumental que emplaza a las autoridades públicas a valorar, discutir y tomar las medidas que se requieran para evitar un desequilibrio entre los gastos e ingresos públicos que pueda afectar la vigencia de la cláusula de Estado Social.

“77. Las manifestaciones de la sostenibilidad descritas en los fundamentos de los numerales 76.2 y 76.3 -una referida al sistema pensional y otra a la dirección general de la economía- se enlazan por el hecho común de que la Constitución no establece reglas específicas que definan la forma concreta de su garantía. A efectos de establecer qué es lo que exigen, la Corte avanzará en el examen de las normas que han tratado de precisarlas.”

257. En el marco de lo anterior, es claro que la Rama Judicial al ser parte de la estructura del Estado e integrar el Poder Público debe acatar e involucrar en sus decisiones las reglas tanto de la sostenibilidad financiera como de la sostenibilidad fiscal. Esto no significa de ninguna manera que se esté soslayando el parágrafo del artículo 334 de la Constitución y, so pena de invocar la sostenibilidad fiscal, se menoscaban derechos fundamentales, se restrinja su alcance o se niegue su protección efectiva. La sostenibilidad fiscal no es un obstáculo para el goce de los derechos fundamentales; todo lo contrario; es un instrumento para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, y para garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución Política y la vigencia de un orden justo.²⁷⁶

258. En el modelo del Estado Social de Derecho el gasto público tiene por fin último garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de las personas, en el entendido que todos ellos, incluso los otrora llamados derechos civiles y políticos, demandan la inversión de recursos para su materialización. Correlativamente, el artículo 95.9 de la Constitución Política prevé que es deber de las personas contribuir a la financiación de los gastos e inversiones del Estado en condiciones de justicia y equidad. Dado que el gasto público se financia con recursos públicos, es decir, recursos que provienen de todos los colombianos (sin importar si estos son de naturaleza tributaria o no) el manejo ineficiente, inequitativo o insostenible de este impacta la vida diaria de todas las personas, y por lo mismo su consideración es esencial para garantizar la vigencia de un orden justo. Así, la consideración del impacto de las decisiones públicas en la sostenibilidad fiscal es condición para garantizar la supremacía e integridad constitucional.

²⁷⁶ En palabras de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, la sostenibilidad fiscal fortalece dos pilares del desarrollo sostenido: promueve la necesaria estabilidad para alcanzar el crecimiento inclusivo y permite el financiamiento de las políticas públicas que generan igualdad. Arenas de Mesa, A. (2016). Sostenibilidad fiscal y reformas tributarias en América Latina.

259. La Corte ha evaluado el impacto fiscal de decisiones judiciales que interpretan el alcance de las leyes que definen el sistema de seguridad social integral. En materia de pensiones, por ejemplo, ha reprochado algunas interpretaciones judiciales que han propiciado incrementos artificiosos de las mesadas pensionales, el desbordamiento de los topes pensionales, las reliquidaciones pensionales en contravía de las reglas de liquidación del IBL, el cómputo de mesadas por fuera de los factores salariales sobre los que se cotizó o las vinculaciones precarias.

260. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional conoció una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, que regulaba lo relacionado con las pensiones de magistrados de Alta Corte y congresistas. Esa norma disponía que aquellos funcionarios se pensionarían siempre que cumplieran 55 años de edad y 20 años de servicios prestados. Y señalaba que la pensión se calcularía con el 75% de lo devengado durante el último año de servicios. En el cálculo de la pensión se tenían en cuenta todos los factores salariales y, anualmente, las mesadas pensionales incrementaban en el mismo porcentaje del salario mínimo.

261. La Corte advirtió que, en relación con la generalidad de la población, la norma demandada adoptaba un tratamiento privilegiado, en favor de algunos exfuncionarios del Estado, que podía ser altamente injusto. Por ello concluyó que la forma en que se reconocían estas pensiones era inequitativa. Para remediar el asunto, estableció en la referida providencia: *i)* que las pensiones reconocidas en virtud de la Ley 4 de 1992, aun cuando se causaran en cumplimiento del régimen de transición, debían liquidarse de acuerdo con las reglas de los artículos 36 -inciso 3- y 21 de la Ley 100 de 1993; *ii)* que toda pensión debía actualizarse de acuerdo con el IPC y no con el aumento del salario mínimo; y *iii)* que ninguna prestación, pagada con recursos públicos, podía superar los 25 salarios mínimos.

262. En línea con lo anterior, la Corte Constitucional empezó a revisar acciones de tutela formuladas contra decisiones administrativas en las que se reliquidaban pensiones sin tener en cuenta las reglas establecidas en la Sentencia C-258 de 2013. Para ello esta Corporación partió de la base de que “*la seguridad social es esencialmente solidaridad social*”,²⁷⁷ y se caracteriza por ser un “*(...) esfuerzo mancomunado y colectivo, (...) en el que la protección de las contingencias individuales se logra de mejor manera con el aporte y la participación de todos los miembros de la comunidad*”.²⁷⁸ Y, si la seguridad social tiene un componente de solidaridad, entonces no es aceptable que algunos grupos sociales tengan ventajas irrazonables, en relación con la generalidad de la población, a partir de lecturas o interpretaciones ilegítimas de las leyes. Así, toda ventaja irrazonable que se otorgue a un grupo específico de personas, en detrimento de los derechos reconocidos a la mayoría de la población, constituye, para la Corte Constitucional, un *abuso palmario del derecho*. Esta tesis se adoptó a través de la Sentencia SU-427 de 2016, y se desarrolló con la Sentencia SU-631 de 2017.

²⁷⁷ Cfr., Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 2010.

²⁷⁸ *Ibidem*.

263. De acuerdo con la Sentencia SU-631 de 2017, un abuso palmario del derecho se puede presentar cuando se advierta que en el reconocimiento de una pensión se aplicó de manera ultractiva un IBL distinto al fijado por la Ley 100 de 1993. Sobre esto, la propia Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

“La jurisprudencia de esa Corporación [Corte Suprema de Justicia], como la de la Corte Constitucional ha señalado que el régimen de transición excluyó deliberadamente el IBL. De tal modo a las personas beneficiarias del mismo, si bien le son aplicables los requisitos de acceso a la pensión del régimen anterior, cuales son la edad y el tiempo de servicio o las semanas cotizadas, para efecto de cuantificar la prestación, deben conciliar el monto de la pensión fijado en el régimen especial, y el IBL del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

“En esa medida cualquier pensión que en marco del régimen de transición, haya sido cuantificada exclusivamente con arreglo al régimen anterior y sin armonizarlo con las reglas sobre el IBL del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conlleva “la concesión de una ventaja a los beneficiarios del régimen especial cobijados por la transición, que no fue prevista originalmente por el Legislador al expedir la Ley 100 y que, por tanto, carece de justificación” y puede llegar a afectar patrimonialmente al sistema de pensiones, en desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad.”²⁷⁹

264. Otro ejemplo de abuso palmario del derecho es, de acuerdo con la misma sentencia, el que se presenta a partir de las vinculaciones precarias. Este tipo de vinculaciones ha sido caracterizado por esta Corporación, así:

“La vinculación precaria ha sido entendida como la relación entre un empleado o funcionario público y el Estado, que tiene una duración reducida en el tiempo. El elemento que define la precariedad del vínculo laboral es por lo tanto su fugacidad.

“En muchos casos el carácter fugaz de la relación laboral obedece a la satisfacción de un encargo o una provisionalidad (temporales por definición) por parte de un servidor que desempeña funciones en propiedad o de un particular, para desempeñarse en un cargo de mayor jerarquía y remuneración.

*“La brevedad en el desempeño de las funciones de mayor remuneración puede llegar a menoscabar en casos concretos los cimientos del sistema de seguridad social, cuando propicia la consolidación de derechos pensionales con fundamento único en la remuneración percibida durante la vinculación precaria”.*²⁸⁰

265. Este es el caso de quien pretende beneficiarse con la forma de liquidación prevista en el Decreto 546 de 1971 (artículo 6), de acuerdo con el cual la pensión equivale al “75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio [la persona]”.²⁸¹ Así, una persona podría acceder a un monto elevado de pensión si durante su último año desempeñó algún cargo que le representara una remuneración elevada. Todas estas reglas han sido reiteradas en Sentencias más recientes como la T-034 de 2018, la T-039 de 2018 o la T-212 de 2018.

²⁷⁹ Cfr., Corte Constitucional. Sentencia SU-631 de 2017.

²⁸⁰ Cfr., Corte Constitucional. Sentencia SU-631 de 2017.

²⁸¹ Decreto 546 de 1971. Artículo 6.

266. Del mismo modo, en la actualidad, es claro que ninguna pensión puede exceder de los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Ya que si ello ocurre podría estarse también dentro de lo que la jurisprudencia constitucional ha llamado “*abuso palmario del derecho*”.²⁸²

267. Todo esto permite sostener que esta Corte ha sido sumamente cuidadosa al evaluar si, a partir de interpretaciones de leyes, ha podido desconocerse de manera manifiesta el principio de la sostenibilidad financiera y, con ello, el derecho a la seguridad social de la generalidad de los afiliados.

268. Recuérdesse que el principio de la sostenibilidad financiera ha sido tan importante en la historia del Sistema de Seguridad Social, que ya había sido considerado al expedirse la Ley 797 de 2003, en cuyo artículo 2 se endurecieron las reglas relativas al traslado entre regímenes pensionales. Como se advirtió *supra* (al citar el contenido de la Sentencia C-1024 de 2004), la restricción consistente en que una persona, a quien le falten “*diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*”, no puede trasladarse de régimen, tiene que ver con razones macroeconómicas que exigen garantizar el equilibrio financiero.

269. Para el reconocimiento de pensiones, las administradoras hacen proyecciones teniendo presente el número de afiliados con que cuentan y el momento en el que aquellos podrán acceder a una pensión. Si la restricción de los 10 años se desconociera, a partir de la anulación masiva -vía judicial- de los traslados que se efectuaron del RPM al RAIS, se afectaría el cálculo actuarial con que cuenta, particularmente, Colpensiones. Pues, además de tener que pensionar a sus propios afiliados, tendría que pensionar a los afiliados procedentes del RAIS, que llegan al fondo público a último momento y a quienes se les trataría como si nunca hubiesen abandonado tal régimen, pero sin haber aportado a las subcuentas de solidaridad.

270. Precisamente, en la audiencia pública surtida el 28 de octubre de 2021, en el marco de las acciones de tutela que en esta sentencia se revisan, diversas autoridades retrataron el impacto que la declaratoria de la ineficacia general de los traslados tendría sobre las finanzas públicas, teniendo en cuenta el número de demandas que, finalmente y por cuenta del precedente de la Corte Suprema de Justicia, terminan siendo favorables a los intereses de las personas afiliadas.

271. Así, el Banco de la República,²⁸³ por ejemplo, resaltó que las personas que podrían pasar al RPM, por los cauces judiciales, para pensionarse en Colpensiones, serían 133.000. El pago de esas prestaciones supondría, para el Estado, erogaciones que ascenderían a los 68.1 billones de pesos que, en términos reales, corresponderían a 7

²⁸² Ello ha sido expuesto, particular y recientemente, en las Sentencias T-039 de 2018, T-360 de 2018, SU-575 de 2019 y SU-050 de 2022.

²⁸³ Cfr., Anexo III. Informe de la audiencia surtida el 28 de octubre de 2021. Núcleo temático número 2. Intervención del Banco de la República.

puntos porcentuales del PIB. Y este egreso no se cubriría con el recibo de lo aportado por cada ciudadano, en su momento, al RAIS. De manera que el costo real, de acuerdo con las cifras presentadas por el Banco de la República en esa audiencia, sería de 4 puntos porcentuales del PIB.

272. El Banco de la República añadió que esta era una simple estimación que podría ser eventualmente superada. Al punto que los costos fiscales podrían ascender al 10% del PIB, costos que se sumarían al pasivo pensional actual que, de acuerdo con sus estimaciones, es del 40% del PIB. Hizo hincapié esa autoridad en que esto aumentaría el gasto y el endeudamiento, reduciendo el ahorro de la Nación y contribuyendo al debilitamiento de las finanzas públicas.

273. Según las estimaciones del Banco de la República el debilitamiento de las finanzas públicas producto del precedente de la Corte Suprema de Justicia no beneficia a personas de escasos recursos, sino a personas que durante su vida laboral percibieron salarios elevados. Señaló sobre la materia que el 7.7% de las personas que desean regresar al RPM por la vía judicial, percibieron más de 10 salarios mínimos en su vida laboral. Si dicho retorno se aceptara, estas personas se beneficiarían del 47% de los costos estimados. Por ello criticó el hecho de que la restricción de los 10 años sea desdibujada a través de procesos judiciales. Y resaltó, en ese sentido, que, de modificarse las reglas de juego en materia de traslados, ello debería hacerse por la vía legislativa a través de un amplio debate democrático y no por la vía judicial.

274. En una línea similar se pronunció la ANIF.²⁸⁴ Esa entidad empezó por reconocer que la razón fundamental, que propiciaba este tipo de traslados por la vía judicial, consistía en que, en comparación con el RAIS, el RPM otorgaba subsidios mayores a las pensiones y que esos subsidios se concentraban mayormente en personas de más altos ingresos. En su intervención la ANIF resaltó que 135.000 personas podrían trasladarse judicialmente al RPM, y cumplir allí los requisitos para pensionarse. En sus cálculos, el costo total de estos traslados sería de 46 billones de pesos, que corresponderían a 4 puntos porcentuales del PIB.

275. De cualquier modo, resaltó nuevamente que ese costo fiscal beneficiaría específicamente a quienes, durante su vida laboral, percibieron salarios elevados. Así, indicó que el 74% de esos subsidios (35 billones de pesos), se destinaría al 20% de los ciudadanos más privilegiados. Mientras que menos del 1% de esos subsidios se destinaría al 20% de la ciudadanía más pobre. De acuerdo con la ANIF, este escenario podría empeorar si más personas, de las estimadas, se trasladan. Agravándose así la desigualdad social e incentivándose la inequidad.

276. Por su parte, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado expuso que, de todos los procesos judiciales iniciados con el propósito de obtener la declaración de la ineficacia de un traslado entre regímenes, 32.579 se encontraban activos. De todos ellos

²⁸⁴ *Cfr.*, Anexo III. Informe de la audiencia surtida el 28 de octubre de 2021. Núcleo temático número 2. Intervención de la ANIF.

-según lo expuso la misma Agencia- el 81% surtía el trámite de primera instancia, el 18% se encontraba en segunda instancia, y solo el 1% se encontraba en casación.²⁸⁵ Añadió que la tasa de pérdida de ese tipo de procesos era del 78% en el año 2017, pero que esta había aumentado hasta el punto que, para el año 2021, era del 90%. En otras palabras, esto supone que si una persona, para ese último año, demandaba al Estado solicitando que se declare la ineficacia de un traslado entre regímenes, tenía el 90% de probabilidades de triunfar. Esta última cifra es muy similar a la presentada por la Contraloría General de la República²⁸⁶ que, en la misma audiencia, sostuvo que era del 92%.

277. Sobre este mismo asunto se pronunció Colpensiones. Esa Administradora resaltó que, también para la fecha de la audiencia pública, 43.277 procesos habían sido formulados para obtener la anulación de un traslado entre regímenes. Y que, de esa cifra, 31.071 procesos estaban activos.²⁸⁷ Como se advierte, aun cuando las cifras no son estrictamente idénticas, sí brindan un panorama general respecto del número de procesos que aún no se habían fallado el 28 de octubre de 2021.

278. Pero, además, Colpensiones añadió otras consideraciones. Expuso, por ejemplo, que los procesos judiciales se habían incrementado con los años luego de que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se flexibilizara cada vez más. Así, mientras en el año 2018 existían 11.288 procesos, en 2019 existían 21.519, en 2020 existían 26.217, y en 2021 existían 31.804. Esa cantidad de procesos, según indicó esa administradora, hacía que tuviera que destinar cerca de \$14.354.813.623 en su defensa judicial. Ello sin contar con que, a pesar de ese esfuerzo económico que representaba la defensa de la entidad, en la inmensa mayoría de casos resultaba derrotada.

279. Por su lado, Asofondos añadió que cerca de 58.000 personas habían demandado con el objetivo de anular un traslado entre regímenes. Y que, de esos procesos, solo en 14.000 casos había finalizado el litigio.²⁸⁸ Además, hizo hincapié en que la razón por la cual se implementó la restricción de los 10 años, obedeció a que para el año 2003 el déficit fiscal ascendía al 247%. La finalidad era mitigar ese déficit evitando los traslados de régimen a último momento. De manera que la regla imponía a los ciudadanos tomar decisiones en escenarios de incertidumbre.

280. Asofondos reprochó el hecho de que, con el uso que se está dando al precedente de la Corte Suprema de Justicia, la regla de los 10 años está desapareciendo, pues se está permitiendo a los ciudadanos regresar al RPM pese a que les falta muy poco para acceder a la edad de pensión. Además, recalcó que esta regla está beneficiando específicamente a quienes devengan salarios altos y que, en muchos casos, se trata de personas que han sido formadas académicamente.

²⁸⁵ Cfr., Anexo III. Informe de la audiencia surtida el 28 de octubre de 2021. Núcleo temático número 2. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

²⁸⁶ Cfr., Anexo III. Informe de la audiencia surtida el 28 de octubre de 2021. Núcleo temático número 2. Intervención de la Contraloría General de la República.

²⁸⁷ Ibidem. Núcleo temático número 2. Intervención de Colpensiones.

²⁸⁸ Ibidem. Núcleo temático número 2. Intervención de Asofondos.

281. De otro lado, Fedesarrollo hizo énfasis en las diferencias entre los regímenes pensionales, y en las inequidades que estos presentan.²⁸⁹ Al respecto señaló que, en principio, existe una *inequidad horizontal* por el hecho de que ambos regímenes tratan de modo diverso a sus afiliados. Por ejemplo, si una persona pertenece al RPM, la tasa de reemplazo que se le asigna puede llegar a ser, en promedio, del 65%. Mientras que la tasa de reemplazo en el RAIS es mucho menor. Y, sin embargo, una figura como la *devolución de saldos* puede llegar a ser mucho más beneficiosa en el RAIS que en el RPM, donde aplica la *indemnización sustitutiva*.

282. Añadió también el representante de Fedesarrollo que otro de los problemas era el de la *inequidad vertical*. Y es que en el RPM se otorgan altos subsidios a quienes han tenido salarios elevados. Resaltó su preocupación por el hecho de que estos subsidios son, en muchos casos, incluso más altos que aquellos destinados a programas de salud o de vivienda. Para exponer la gravedad del asunto, indicó que el 73% de estos subsidios llegan al 20% de la población con más altos ingresos. De este modo, reiteró que el mayor inconveniente que existe al aceptar estos traslados de última hora a través de procesos judiciales, es que se acentúa la regresividad del sistema. Y esta regresividad se daría por el hecho de que se protegen los intereses de la población de mayor ingreso, en relación con la población de menor ingreso.

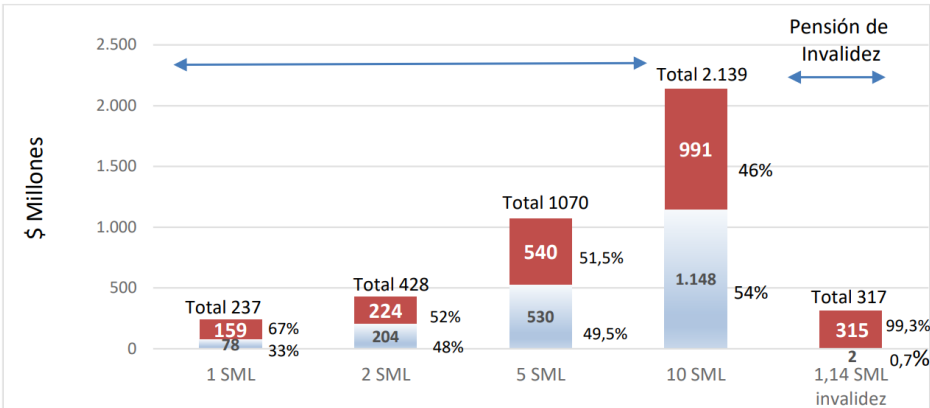
283. De hecho, sobre esto último, en la Sentencia C-295 de 2021 se recordó que:

“(…) las pensiones de vejez se [subsidian] mayormente cuando el valor de la mesada [es] superior. Como ejemplo, (...) una pensión que asciende al salario mínimo requiere 237 millones de pesos para financiarse, de ese valor, 78 millones de pesos (el 33%), constituye el ahorro del ciudadano a través de la realización de cotizaciones. Lo restante: 159 millones de pesos (el 67%), es lo que subsidia el Estado. En cambio, una pensión cuya mesada asciende a 10 salarios mínimos necesita 2.139 millones de pesos para financiarse, de ese valor, 1.148 millones de pesos (el 54%), corresponde al ahorro del ciudadano por cuenta de las cotizaciones que efectuó. Pero lo restante, 991 millones de pesos (el 46%), lo subsidia el Estado. Así (...) en términos estrictamente monetarios, el Estado sí destina un monto muy superior para el pago de la pensión más elevada.”²⁹⁰

²⁸⁹ Ibidem. Núcleo temático número 2. Intervención de Fedesarrollo.

²⁹⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-295 de 2021.

Gráfico 2. Valor presente estimado de una pensión de vejez e invalidez
Aportes del afiliado y Subsidio
Pensiones Régimen de Prima Media - Ley 797 de 2003
\$Millones de pesos – 2021



284. En esta gráfica, elaborada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, puede advertirse que el subsidio siempre será mayor si la mesada es más alta. El color gris representa los aportes del ciudadano que se pensiona, y el rojo representa el subsidio por el que debe responder el Estado para pagarle la pensión. Así las cosas, el Ministerio concluyó, en esa oportunidad, lo siguiente:

“Como puede verse, en la primera columna una pensión de vejez de un salario mínimo genera un pasivo con valor presente estimado total de 237 millones de pesos, de los cuales 159 millones corresponden a subsidios, es decir un 67% del total, y el valor restante de 78 millones representa el valor ahorrado por los afiliados a través de las cotizaciones antes de pensionarse. En estas pensiones de un salario mínimo está considerado el efecto del incremento anual del salario mínimo, que aplica para que las pensiones no sean inferiores a dicho valor, de acuerdo con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

“De manera similar, en la segunda columna la pensión de vejez de dos salarios mínimos tiene un valor presente total del pasivo que se estima en 428 millones, de los cuales 224 millones, un 52% del total, corresponden a subsidios. Nótese que el valor del subsidio expresado en millones de pesos aumenta a medida que aumenta el nivel de la mesada percibida por el pensionado, por lo cual se habla de la regresividad de los subsidios en el RPM.”²⁹¹

285. Para demostrar cómo operarían los subsidios en este caso concreto, a modo de ilustración, puede revisarse el documento que remitieron conjuntamente los representantes de Asofondos y de Colpensiones, en respuesta a los autos de pruebas del 13 de diciembre de 2021 y del 31 de enero de 2022. En el documento aludido, Asofondos y Colpensiones aportaron la siguiente información. Allí se comparó la mesada que cada uno de los ciudadanos percibiría en el RPM con la mesada que cada uno percibiría en el RAIS:

Expediente	Valor de la mesada en el RPM (año 2022)	Valor de la mesada en el RAIS (año 2022)
T-7.930.563	\$2.210.689	\$1.730.989
T-7.936.682	\$9.007.430	\$2.853.242

²⁹¹ Ibidem.

T-7.938.558	\$1.567.193	\$1.223.834
T-7.940.054	\$4.010.515	\$2.464.705
T-7.944.741	\$1.000.000	\$1.000.000
T-7.946.315	\$4.174.067	\$2.046.265
T-7.946.354	\$5.550.552	\$2.320.642
T-7.981.335	\$1.815.517	\$1.000.000
T-8.031.929	\$8.616.282	\$6.658.790
T-8.040.807	\$1.762.966	\$1.313.342
T-8.224.223	\$3.894.966	\$2.513.466
T-8.235.289	\$5.256.972	\$2.052.638
T-8.256.424	\$2.434.116	\$1.959.006
T-8.261.557	\$2.869.900	\$1.510.348
T-8.319.475	\$1.944.230	\$1.000.000
T-8.322.441	\$4.224.514	\$3.354.384
T-8.357.853	\$2.427.181	\$1.000.000
T-8.464.951	\$2.335.716	\$1.000.000
T-8.489.328	\$2.953.842	\$2.634.798
T-8.255.677	\$3.446.042	\$2.287.321
T-8.405.298	\$3.938.588	No se informó.
T-8.355.875	\$4.904.250	No se informó.
T-8.484.811	\$5.823.688	\$1.100.370
T-8.464.250	\$2.811.161	No se informó.
T-7.940.054	\$1.000.000	\$1.104.925

286. Lo anterior supone que la afectación a las finanzas públicas, derivada de la ineficacia generalizada de los traslados del RPM al RAIS beneficiaría, en mayor medida, a personas con ingresos más elevados. Así, el sistema, con este tipo de traslados masivos, profundiza su regresividad. Porque al tiempo que no mejora las condiciones de la población más vulnerable (a través, por ejemplo, de la ampliación en su cobertura) maximiza los ingresos de la población con mayor capacidad salarial y todo esto contribuye, finalmente, al crecimiento de la deuda pensional que tendrá que financiarse, por las generaciones presentes y futuras, a través de cargas impositivas.

287. Según información presentada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de 43.277 demandas que, para la fecha de la audiencia, se habían presentado, cerca de 39.941 resultarían favorables a las personas afiliadas, esto es, el 92.4% del total. De todas las personas que en la actualidad se encuentran afiliadas al RAIS, quienes mayor interés tendrían en demandar, solicitando la declaratoria de la ineficacia de su traslado, serían aquellas que ya no cuentan con la opción de trasladarse por los cauces legales, precisamente, porque les falta 10 años o menos para acreditar la edad de pensión. Estas personas, señaló el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, serían cerca de 478.000. De todas ellas, algunas no accederían a una prestación en el RPM; solo lo lograrían cerca de 131.751.

288. Con base en los datos antes expuestos y, se reitera, teniendo en consideración la alta tasa de pérdida que existe en estos procesos judiciales en razón de la amplitud de la regla establecida por la Corte Suprema de Justicia, ese Ministerio calculó un impacto fiscal, a futuro, del orden de los 35 billones de pesos. Valga recordar que, por la

financiación de este tipo de pensiones, en el RPM, responde mayoritariamente el Estado. Pues, si bien la persona financia una parte con sus cotizaciones, aquellas siempre son insuficientes para garantizar el pago de toda la prestación.

289. La Corte Constitucional es consciente del impacto fiscal relacionado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y aliviado por otros intervinientes, tales como el Banco de la República, la ANIF y Fedesarrollo. Todos los informes presentados constituyen una proyección y, en cuanto tal, no tienen por ahora las condiciones de exactitud, pero sí cuentan con un grado plausible de probabilidad en cuanto al desequilibrio en las finanzas pensionales administradas por el fondo público. De hecho, en la citada audiencia pública, las entidades disientían respecto del impacto real que la litigiosidad tuviera en la declaratoria de la ineficacia de los traslados, aspecto sobre el cual, la Contraloría General de la República centró su atención. Dicha entidad fiscalizadora hizo énfasis en que mientras el Ministerio de Hacienda y Crédito Público aportaba unos datos sobre el número de demandas potenciales, Asofondos aportaba otros. Sin embargo, para ambos intervinientes, la afectación al erario sería cercana, pues, estaría entre los 34,1 billones de pesos (Asofondos) y los 35 billones de pesos (Ministerio de Hacienda y Crédito Público). La Contraloría añadió que estas diferencias en las proyecciones podían obedecer a que cada una de las AFP reportó a Asofondos información aparentemente incompleta.

290. Con ocasión de esta alerta, se requirió información más precisa sobre los datos proporcionados. En respuesta, a través de un comunicado conjunto, los representantes de Asofondos, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de Colpensiones, aclararon las cifras presentadas.

291. Inicialmente, en la audiencia pública, Asofondos había informado que la cantidad de procesos judiciales activos ascendía a 44.787. Sin embargo, en la última respuesta, indicó que en ese dato no se habían tenido en cuenta la cantidad de cédulas duplicadas que existían. Así, luego de una depuración en sus bases de datos, informó que el número de procesos que estaban reportados en esa agremiación era de 33.102 (con corte al 13 de diciembre de 2021). Cifra más cercana a la reportada por Colpensiones: 33.880 (con corte al 30 de noviembre de 2021). En la respuesta conjunta también se señaló que la diferencia entre los datos de Colpensiones y de Asofondos, podía responder al hecho de que, inicialmente, algunos demandantes dirigen sus acciones solo contra Colpensiones, luego de lo cual los jueces integran el contradictorio llamando al proceso a las administradoras del RAIS.

292. También se explicó en ese documento, que las diferencias iniciales entre las cifras correspondían al hecho de que cada entidad elaboró sus proyecciones con base en fuentes de datos diversas. Así, por ejemplo, (i) el Ministerio de Hacienda y Crédito Público tomó como fuente, para sus cálculos, la base de datos de las personas afiliadas a las AFP con corte a diciembre de 2018, mientras que Asofondos tuvo en cuenta esa misma base, pero con corte a diciembre de 2020. Asimismo, (ii) el Ministerio de Hacienda y Crédito Público consideró el número total de personas que podrían solicitar

la ineficacia del traslado de régimen, mientras Asofondos solo tuvo presente a aquellas que potencialmente podrían beneficiarse de esa declaratoria por cuenta de la mesada que recibirían en el RPM.

293. Dicho esto, todas las entidades coincidieron en que el reporte más completo era el elaborado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dado que había tomado en consideración variables en las que no repararon las demás autoridades. Así las cosas, habría coincidencia en que el impacto de la anulación masiva de traslados sería, eventualmente, de 35 billones de pesos, valor que se calculó así: (i) Se tomó el número total de afiliados a las AFP, a quienes les falta 10 años o menos para adquirir la edad de pensión y, por tanto, ya no pueden trasladarse al RPM: 478.000 personas. (ii) De esa cifra, se estimó que podrían presentarse 223.306 demandas. (iii) Se proyectó que la tasa de pérdida, en los procesos judiciales, sería de un 100% (por el avance de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia). Y, (iv) se indicó que, en todo caso, no todas las personas beneficiadas con las sentencias recibirían alguna prestación en el RPM, pues, solo lo harían 131.751.

294. De este modo, el eventual traslado por vía judicial, de esas 131.751 personas, implicaría: (i) que del RAIS al RPM se remitirían a) un promedio de 29,4 billones de pesos, correspondientes a lo contenido en las cuentas individuales, y b) un monto de 9,9 billones de pesos, relativos a la anulación de los *bonos tipo A*. Así, aunque estos valores aliviarían, en el corto plazo, las finanzas del RPM, en el largo plazo se vería la afectación. Esto porque el pasivo pensional que generaría el pago de quienes se pensionen dentro del grupo señalado (131.751 personas), sería de 71,8 billones de pesos. Ahora, no todas estas personas se pensionarían en el RPM, pues, algunas recibirían una indemnización sustitutiva de pensión de vejez. En relación con estos casos, el Ministerio calculó un valor de 2.5 billones de pesos, que se generaría por el reconocimiento de la referida prestación. Haciendo los cruces de cuentas respectivos, el valor total del impacto fiscal sería de 35 billones de pesos. La siguiente tabla fue elaborada por ese Ministerio:

	Total de la población afiliados al RAIS que les faltan menos de 10 años para pensionarse: 478.000	Efecto fiscal
Número de demandas	223.306 Proyectadas que se presentarían	
Número demandas con sentencia de desfavorable, ordenado nulidad de afiliación al RAIS	223.306 (por la evolución de la jurisprudencia el porcentaje de pérdida es del 100%)	
Número de personas que se trasladan por efecto de la sentencia, que se pensionarían en Colpensiones	131.751 (66.068 Hombres y 65.683 mujeres)	
Valor de los ingresos a Colpensiones por trasladado de las cuentas individuales (\$Billones)	\$29,4 (\$15,8 Hombres y \$13.6 Mujeres)	Disminuye el déficit de la Nación
Valor del menor pasivo por bonos pensionales Tipo A anulados netos por los traslados (\$Billones)	\$9,9 (\$6,2 Hombres y \$3.7 Mujeres)	Disminuye el déficit de la Nación
Valor del pasivo pensional de las pensiones reconocidas en el RPM, por efecto de los traslados (\$ Billones)	\$71,8 (\$37,9 Hombres y \$33.9 Mujeres)	Aumenta el déficit de la Nación
Valor de las indemnizaciones sustitutivas de afiliados trasladados al RPM (\$ Billones)	\$2,5 (\$1,2 Hombres y \$1.3 Mujeres)	Aumenta el déficit de la Nación
Valor del impacto fiscal neto (\$ Billones)	\$35,0 (\$17,1 Hombres y \$17.9 Mujeres)	

Elaborado por MHCP, DGRESS. Fuentes: Colpensiones, Superintendencia Financiera.

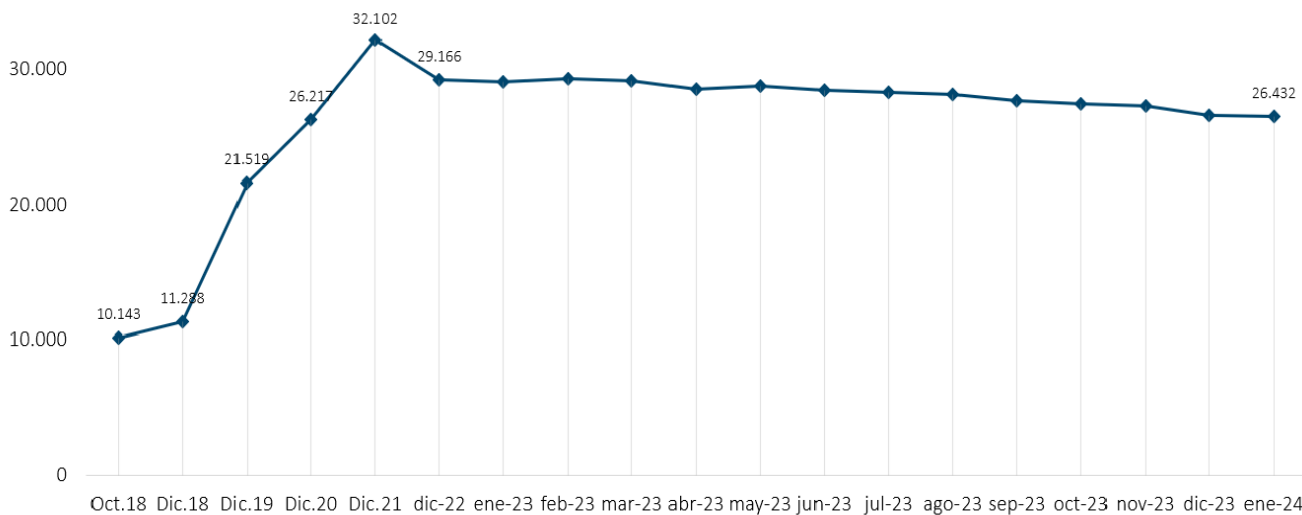
295. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público resaltó y reiteró que ese impacto fiscal estaría concentrado en las personas que devengan montos elevados de salarios. Señaló que “(...) *el conjunto de los afiliados con aportes de más de 4 SML hasta 25 SML, que representan el 25,5% de la población demandante, es decir unos 55.826 de un total de demandantes de 223.305, recibirían el 82,8% de los subsidios, esto es 29 billones del total de déficit de la nación*”.²⁹² Esto, en su perspectiva, envolvería una afectación desproporcionada en las finanzas del Estado.

296. Esta afectación es grave y continuará incrementándose, de no tomarse medidas inmediatas para superarla. En una comunicación remitida el 15 de febrero de 2024, la vicepresidenta jurídica de Asofondos se pronunció sobre el estado actual de los litigios que involucran una discusión sobre la ineficacia de los traslados entre regímenes. En su documento informativo, indicó que “[h]asta ahora se han dictado y cumplido 46.739 sentencias de nulidad o ineficacia del traslado”. Luego señaló que, en la actualidad, 27.303 demandas se encuentran activas.

297. Por otra parte, en otro informe del 14 de febrero de 2024, la Procuraduría Delegada para Asuntos del Trabajo y de la Seguridad Social, alertó que “*para enero de 2024, se reporta un incremento del 161% de procesos activos en contra de Colpensiones por la pretensión de traslados del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Encontrándose para enero de 2024, 26.432 procesos activos*” tal y como se ilustra a continuación:

²⁹² Respuesta conjunta al auto del 13 de diciembre de 2021.

Se ha incrementado en un **161%** el total de procesos activos en contra de la Entidad por la pretensión traslado de régimen pasando de 10.143 en octubre de 2018 a 26.432 en enero de 2024, como se expone a continuación:



298. En el informe anterior, la Procuraduría Delegada para la Salud, Protección Social y Trabajo Decente alertó sobre otra problemática derivada del precedente de la Corte Suprema de Justicia en relación con el cumplimiento de las ordenes que señalan que la ineficacia supone que tiempo se retrotrae al momento del traslado entre 1993 y el 2009. Esto es, la imposibilidad material de devolver todo al momento del traslado, pues no todos los recursos pueden devolverse ya sea porque en el proceso ordinario no se vincularon a las aseguradoras, o a todos los fondos donde estuvo afiliado el demandante, o la AFP fue disuelta y liquidada, ordenan a la última administradora la devolución de gastos de administración que nunca ha tenido en su poder. En suma presentó más de 25 escenarios creados por los magistrados y jueces para el pago y cumplimiento de sentencias judiciales o vía tutela, que no pueden ser cumplidos.²⁹³

²⁹³ Escenarios ordenados por el juez para pago por ineficacia de la afiliación:

1. Traslado del capital de la Cuenta de Ahorro Individual -CAI del afiliado.
2. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora.
3. Cuenta de Ahorro Individual + Prima de seguro.
4. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora + prima de seguro.
5. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora + prima de seguro + BONO.
6. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora + prima de seguro + gastos de administración + reconocimientos de perjuicios.
7. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión administradora indexada + prima de seguro indexada.
8. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión administradora indexada + prima de seguro indexada + Bono.
9. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora indexada.
10. Cuenta de Ahorro Individual + Prima de seguro indexada.
11. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora + prima de seguro + Fondo de solidaridad + Fondo de garantía.
12. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión administradora indexada + prima de seguro indexada + gastos de administración indexada.
13. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora indexada + prima de seguro.
14. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora + prima de seguro indexada.
15. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora indexada + gastos de administración indexada.
16. Cuenta de Ahorro Individual + Prima de seguro indexada + gastos de administración indexada.
17. Cuenta de Ahorro Individual + Prima de seguro indexada + gastos de administración.
18. Cuenta de Ahorro Individual + Prima de seguro + gastos de administración indexada.
19. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora indexada + prima de seguro + gastos de administración.

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.²⁹⁴

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

20. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora + prima de seguro indexada + gastos de administración indexados.

21. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora + prima de seguro + gastos de administración indexados.

22. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora indexada+ prima de seguro + gastos de administración indexada.

23. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora indexada+ prima de seguro indexada + gastos de administración.

24. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora indexada+ prima de seguro indexada + gastos de administración.

25. Cuenta de Ahorro Individual + Interés + Valor de la Garantía de Pensión Mínima (que ya está incluida en la cuenta de ahorro individual).

²⁹⁴ 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.

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.”²⁹⁵

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.”*²⁹⁶ 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 reconocimiento de una pensión de vejez bajo el argumento de que el traslado hecho hacia el RPM era nulo.”*²⁹⁷

302. Por su parte, en la Sentencia C-687 de 2017 la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad de un ciudadano que alegaba que la imposición de la contribución para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima -FGPM- desconocía el derecho a la seguridad por cuanto dicha financiación no era retribuida al afiliado constituyendo una especie de enriquecimiento sin causa. Pese a que la Corte 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. Incluso, 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.”*²⁹⁸

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

²⁹⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-313 de 2020.

²⁹⁶ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-262 de 2013.

²⁹⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-266 de 2023.

²⁹⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-687 de 2017.

situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional.²⁹⁹

304. *Sobre la posición de la Corte Suprema de Justicia en lo relativo a la afectación de la sostenibilidad financiera.* La Corte Suprema de Justicia se ha referido últimamente a este aspecto, precisamente, porque en los recursos de casación Colpensiones le ha manifestado que declarar masivamente la ineficacia de los traslados está afectando las finanzas del sistema general de pensiones en su conjunto. En respuesta, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el principio aludido no se desconoce con la aplicación de sus reglas, porque “(...) como con profusión lo ha explicado la Sala, [la declaratoria de la ineficacia] comporta retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL373-2021, etc.); por ello, se ordena el retorno de todas las sumas que conforman la cuenta de ahorro individual, a efectos de financiar las prestaciones en el marco del régimen de prima media”.³⁰⁰ En una sentencia más reciente, la Corte reiteró la anterior idea al decir que: “los recursos que deben reintegrar el fondo privado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.³⁰¹

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.

²⁹⁹ De hecho, la propia Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, ha advertido que si bien la regla general es que cuando se declara la ineficacia de un negocio jurídico lo que corresponde es “retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto o negocio no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre)” (Cfr., Sentencia SC4654-2019, donde se citó la Sentencia SC3201 del 9 de agosto de 2018), ello no debe ocurrir así siempre. En algunas ocasiones, no es posible realizar dicha restitución. En la providencia en cita se afirmó que “[c]omo el vicio invalidante se produce en el origen o conformación del negocio, es natural que la invalidez se retrotraiga a ese instante, desapareciendo todos los efectos que pudo haber producido desde entonces. Esta retroactividad se da en las relaciones de los contratantes entre sí, o bien respecto de terceros, siempre que hayan sido parte en el proceso. // Entre las excepciones está lo concerniente al objeto o causa ilícita, casos en los cuales no es posible repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (1525); como tampoco lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho este más rico (1747). Tampoco hay lugar a la restitución material del bien cuando ello no sea posible por motivos de utilidad pública o interés social, casos en los cuales se dará una reivindicación ficta o compensatoria (artículo 58 de la Constitución Política)” (Ibid.). Por las razones expuestas en esta providencia, se advierte que la restitución que dispone la Corte Suprema de Justicia es sumamente compleja. Al tiempo, no podría ordenarse, por ejemplo, a las aseguradoras que han recibido la prima con el objeto de cubrir pensiones de invalidez o de sobrevivientes, restituir esos dineros. Esto último porque en la inmensa mayoría de casos, aquellas no han hecho parte del proceso judicial que declara la ineficacia del traslado y, por tanto, dicha declaratoria les es inoponible.

³⁰⁰ Cfr., Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL3134-2023.

³⁰¹ Cfr., Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL055-2024.

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.

309. En contraste, una persona que durante años contribuyó al RAIS, y solo a último momento pasó al RPM, en la práctica no contribuyó al fondo común de naturaleza pública que administra Colpensiones. Y, por tanto, el dinero de sus cotizaciones no sirvió para pagar pensiones en dicho régimen. Por ello, el que regrese intempestivamente al RPM sí supone una afectación seria al fisco máxime como se indicó en sede de pruebas van más de 46.739 sentencias de ineficacia del traslado y se encuentran activos 27.303 procesos judiciales (supra 293). Además, esa persona recibirá una pensión no contemplada en el cálculo actuarial de la administradora del RPM.

310. Ahora bien, la posición de la Corte Suprema de Justicia sobre este punto puede ser contradictoria. En la Sentencia SL3020-2023 se presentó el caso de una mujer que sostenía haber sido afiliada al RAIS, sin conocer las características de dicho sistema porque, de conocerlas, se habría afiliado al RPM. Este caso tenía una particularidad y era que la persona nunca estuvo afiliada al RPM, siempre perteneció al RAIS.

311. La Corte Suprema de Justicia se negó, en ese caso, a declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS. Y esto lo hizo bajo la tesis de que no podía condenarse a Colpensiones a pagar una pensión *“que jamás se construyó bajo su imperio, pues la falta de contribución al fondo común, en el caso del régimen de prima media, afecta el derecho pensional de los actuales y futuros pensionados”*. Para sostener lo anterior, acudió a lo

establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1024 de 2004. Igualmente, en la sentencia SL3020-2023, la Corte Suprema de Justicia también reprochó el hecho de que la demandante no se hubiere trasladado al RPM en los términos que le permitía la Ley 797 de 2003 -artículo 2-.³⁰²

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 pagaron primas para los riesgos de invalidez y muerte, entre otras situaciones consolidadas.

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”.*³⁰³

³⁰² Esta regla se ha reiterado recientemente en las Sentencias SL140-2024 y SL162-2024. En la última de las providencias citadas se indicó lo siguiente: *“en cuanto al deber de información la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esa forma, no puede aceptarse que la violación de este deber afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho, tal como se expresó en la sentencia CSJ SL1688-2019, que posteriormente fue reiterada entre muchas en CSJ SL3464-2019”*.

³⁰³ Gaceta del Congreso No. 1435 del 9 de octubre de 2023. P. 12.

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 (...)”.³⁰⁴

Análisis de los argumentos en pugna y reglas de decisión

315. Hasta este punto es claro que ambos regímenes cuentan con diferencias sustanciales. Una de estas es la forma de liquidar la mesada pensional, aspecto que resulta fundamental en la resolución de los casos bajo estudio. Por un lado, en el RPM, Colpensiones reconoce pensiones tomando como referencia lo devengado por sus afiliados durante los últimos diez (10) años de cotización o el promedio de toda la historia laboral -según el monto más favorable-. Por otro, en el RAIS, las AFP reconocen pensiones siempre que en la cuenta individual de las personas se reúna el monto mínimo para ello. El valor de la mesada, en este último caso, no dependerá necesariamente de lo que la persona hubiere percibido por concepto de salario, sino de la cantidad de dinero acumulada en su cuenta individual: a mayor ahorro, mayor mesada; a menor ahorro, menor mesada.

316. Las diferencias estructurales de cada régimen pensional han propiciado toda clase de demandas mediante la acción pública de inconstitucionalidad y mediante acciones de tutela,³⁰⁵ pero también han sido la causa para que se formulen demandas ordinarias laborales como las que conoce la Corte Constitucional en este proceso. En todos estos casos, como se ha visto, cada persona pretende que se declare la ineficacia del traslado que hizo, en principio, al RAIS. Todo ello sobre la base de que en el RPM tendrá una mesada pensional cuantitativamente mayor.

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

³⁰⁴ Cfr., Corte Constitucional. Sentencia SU-063 de 2023.

³⁰⁵ Algunas de las Sentencias de la Corte Constitucional que han evaluado las diferencias estructurales entre ambos regímenes han sido las siguientes: Sentencias C-378 de 1998, C-773 de 1998, C-389 de 2000, C-613 de 2013, C-401 de 2016 y T-672 de 2016, entre otras.

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.

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”.³⁰⁶ (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 transcrita, 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 pudiere 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.³⁰⁷

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,

³⁰⁶ Decreto 692 de 1994, Artículo 11, inciso 7.

³⁰⁷ 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 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-.”

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.

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 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.

330. En estos últimos escenarios podría pensarse en invertir la carga de la prueba. Para ello, debe aceptarse que el derecho procesal laboral no puede obviar las diferencias notorias que, en algunos casos, existen entre las partes que se enfrentan. De allí que corresponda al juez implementar medidas, dentro del propio proceso, tendientes a que dicha desigualdad de armas se atempere, y que el afiliado no resulte afectado por la imposibilidad de aportar pruebas al proceso para demostrar los hechos que le sirven de

causa a sus pretensiones. En efecto, la imposición desproporcionada de cargas probatorias al afiliado puede derivar en el desconocimiento de su derecho al debido proceso o en el acceso efectivo a la administración de justicia.

331. En este escenario, la inversión de la carga de la prueba encuentra fundamento no solo en el artículo 167 del Código General del Proceso, sino en que: *a)* el juez tiene el deber imperioso de fallar y para ello debe resolver previamente las dificultades probatorias; *b)* el derecho procesal laboral tiene una naturaleza proteccionista o tuitiva con la parte que se considera débil; y, *c)* el demandado tiene el deber de colaborar en el proceso para reconstruir los hechos de manera adecuada. Este último deber se desprende de la propia Constitución (artículo 95.7).

332. *En suma*, las partes deben aportar al proceso todas las pruebas que estén a su alcance y que siendo necesarias, pertinentes y conducentes para la resolución del litigio el juez debe decretar y practicar, al tiempo que el juez debe hacer uso de sus poderes o facultades oficiosas en materia probatoria para lograr desentrañar la verdad de lo ocurrido. En ese contexto, la inversión de la carga de la prueba puede ser excepcionalmente una opción de la que puede hacer uso el juez, pero no la única herramienta probatoria para desentrañar los hechos ocurridos y con ellos la verdad que le permitan luego de su valoración conforme a las reglas de la sana crítica resolver los casos sometidos a su escrutinio y decisión. En otras palabras, tanto las partes como el juez deben contribuir a la reconstrucción de los hechos, haciendo uso de las herramientas que conforme a las reglas constitucionales del debido proceso ya se encuentran dispuestas en el CPTSS y en el CGP. En criterio de esta Corte, esta regla supone que, en ningún caso, se podrá 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, y para valorarlas al momento de analizar y resolver las pretensiones o las excepciones propuestas. En efecto, luego de haber recabado todos los medios de prueba que considere útiles, pertinentes, necesarios y conducentes, el juez debe conforme a las reglas de la sana crítica, proceder a valorarlos con el objeto de resolver los casos donde se discuta la ineficacia de traslados hechos del RPM al RAIS.

333. Estas reglas probatorias debe usarse en todos aquellos procesos que siguen su curso actualmente, y en todos aquellos que se inicien con posterioridad.

Aplicación a futuro de las reglas de unificación

334. Las reglas que se acaba de exponer tendrán efectos solo a futuro, por lo que no serán usadas para resolver los casos concretos que se presentan en esta oportunidad.³⁰⁸

³⁰⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-449 de 2020. En esta oportunidad pese a que se negó el amparo por violación del precedente la Corte fijó que los efectos de la regla de unificación serían a futuro. “271. En este sentido, en vista de que existían pronunciamientos en varios sentidos y que la Corte Suprema de Justicia había mantenido una línea reiterada en sentido distinto al aquí adoptado, se consideró necesario definir una regla de interpretación del artículo 62 del CST hacia el futuro, tanto por razones de seguridad jurídica para los empleadores y los trabajadores, como por aspectos de certeza y coherencia en el ordenamiento jurídico. (...)”

En efecto, no podría reprocharse a los jueces de lo ordinario laboral haberlas dejado de aplicar porque, como es evidente, ellos conocían el precedente de la Corte Suprema de Justicia y a él estaban obligados. En principio, estos jueces estaban sometidos, al momento de resolver cada una de las causas, al precedente creado por su órgano de cierre ampliamente señalado en esta sentencia, y formulado con anterioridad a las fechas en que se decidieron los casos. O podían apartarse de aquel, solo de manera suficientemente justificada. Por esta razón, para la Sala Plena, las reglas contenidas en el acápite anterior deberán ser aplicadas a los procesos ordinarios laborales que se encuentren en curso, ya sea en primera, segunda instancia e incluso en sede de casación y los que susciten en sede de tutela.

335. De esta manera, se protege el principio de la seguridad jurídica, pues no se sorprende a los accionantes que actúan en estas causas con una regla de decisión que desconocían por completo. Recuérdese que la seguridad jurídica, como lo ha indicado esta Corte en diversos pronunciamientos, *“está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima”*.

336. En consecuencia, para resolver los casos concretos, esta Sala procederá a identificar si las autoridades judiciales accionadas, en cada caso, se apartaron de manera injustificada de los precedentes establecidos por la Corte Suprema de Justicia, si aplicaron una norma jurídica de manera arbitraria o si incurrieron en un defecto fáctico a partir de una indebida valoración probatoria.

H. Análisis de los casos concretos

337. Téngase presente que doce 12 de los 16 casos que superaron el requisito de procedencia tienen una narrativa similar.³⁰⁹ Los actores indican que las sentencias proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral- y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia -Sala Civil, Familia, Laboral-, desconocieron su derecho al debido proceso tras apartarse del precedente establecido por la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral- en lo relativo a la *ineficacia* de los traslados entre regímenes. Estos tribunales, en segunda instancia, señalaron que era deber de los actores demostrar que hubo un vicio en su consentimiento al momento en que se trasladaron al RAIS, para que, luego de ello, se pudiese declarar la *“nulidad”* (SIC) entiéndase *ineficacia* de dicho acto. La Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral- halló razón a los accionantes en sede de tutela, y amparó sus derechos en primera instancia. Todas estas decisiones fueron confirmadas por la Sala de Casación Penal (en sus distintas Salas de Decisión de Tutelas) de la misma Corporación. Dentro de este primer grupo se encuentran 4 casos³¹⁰ en los que se presentaron escenarios de múltiple afiliación. Sin embargo, ni en el proceso ordinario ni en el proceso de tutela se advirtió esta circunstancia.

³⁰⁹ Expedientes T-7.930.563, T-7.936.682, T-7.938.558, T-7.940.054, T-7.944.741, T-7.946.315, T-8.224.223, T-8.235.289, T-8.256.424, T-8.261.557, T-8.322.441 y T-8.255.677.

³¹⁰ Se trata de los siguientes casos: T-7.936.682, T-7.938.558, T-7.944.741 y T-8.256.424.

338. En contraste, en un segundo grupo, existen 4 tutelas que presentan sutiles diferencias respecto del grupo mayoritario. En una de ellas, se discute si, respecto de la *ineficacia*, es procedente declarar la prescripción; en otra, ha de revisarse si el análisis probatorio que llevó a cabo el accionado fue adecuado; en otra, se debate si debía darse -o no- aplicación al Decreto 1642 de 1995, artículo 2 -parágrafo transitorio-, a efectos de que la demandante regresara al RPM. Y, en una última tutela, se indaga sobre el presunto desconocimiento del precedente de la Corte Suprema de Justicia, en el que habría incurrido la Sala de Descongestión No. 4, de la Sala de Casación Laboral de ese mismo tribunal, al declarar que, por la movilidad que al interior del RAIS llevó a cabo una accionante, aquella ratificó su intención de permanecer en el RAIS y no en el RPM.

339. Por razones de metodología, esta Sala procederá a identificar, primero, si respecto de cada uno de los casos contenidos en el primer grupo, las autoridades judiciales accionadas vulneraron los derechos al debido proceso o a la seguridad social de los actores. Luego de ello, se evaluará la presunta afectación de los derechos fundamentales de los accionantes comprendidos en el segundo grupo.

1. Primer grupo de tutelas: Expedientes T-7.930.563, T-7.936.682, T-7.938.558, T-7.940.054, T-7.944.741, T-7.946.315, T-8.224.223, T-8.235.289, T-8.256.424, T-8.261.557, T-8.322.441 y T-8.255.677

a. Casos en los que no se presenta el fenómeno de la múltiple afiliación

340. En 8 de los 12 expedientes que componen el primer grupo no se presentó ningún fenómeno de *multi vinculación*. Los accionantes, que nacieron entre 1958 y 1963, estuvieron afiliados inicialmente al ISS para luego, en el periodo comprendido entre 1993 y 2009, trasladarse al RAIS.³¹¹ Todos, de acuerdo con sus propias manifestaciones, indicaron que en el instante en que se produjo el traslado, no se les informó sobre las condiciones del Régimen de Ahorro Individual ni sobre las implicaciones de afiliarse a aquel.³¹²

341. Años más tarde, tras percatarse del monto de la mesada que tendrían en el RAIS, formularon, cada uno y por separado, demandas ordinarias laborales a través de las cuales pidieron que se declarara la *ineficacia* del traslado al RAIS que habían llevado a cabo. Esto porque, como se ha dicho, para cuando lo efectuaron no se les brindó información suficiente sobre las características de dicho régimen.³¹³ A continuación se indican los nombres de los accionantes, sus fechas de nacimiento, y las fechas en que se trasladaron al RAIS.

³¹¹ Para verificar la fecha específica en la que los actores se trasladaron al RAIS, revísese el Anexo I. Antecedentes.

³¹² Cfr. Anexo I. Antecedentes.

³¹³ *Ibidem*.

Número de proceso	Nombre del accionante	Fecha de nacimiento	Fecha en la que se trasladó al RAIS
T-7.930.563	Ana Patricia Rodríguez Rubiano	19 de junio de 1959	1 de marzo del 2000
T-7.940.054	Mauricio Perea Restrepo	30 de mayo de 1956	1 de julio del 2000
T-7.946.315	Blanca Leonor Aponte Castro	11 de junio de 1958	20 de octubre del 2000
T-8.224.223	Pilar Barrientos Ortega	22 de marzo de 1959	1 de marzo de 1999
T-8.235.289	Diana del Pilar Aguilera Anzola	28 de mayo de 1962	28 de junio de 2002
T-8.255.677	Lucelly García Rico	26 de enero de 1963	30 de septiembre de 1999
T-8.261.557	Judith Rodríguez Gómez	25 de diciembre de 1962	18 de septiembre de 2000
T-8.322.441	Nubia Ingrith Cardona	1 de agosto de 1961	1 de abril de 1995

342. En 7 de los 8 casos,³¹⁴ los jueces de primera instancia accedieron a las pretensiones, siguiendo el precedente de la Corte Suprema de Justicia. En el caso restante,³¹⁵ los jueces de primera instancia negaron las pretensiones y absolvieron a las demandadas. Con todo, en segunda instancia se revocaron las decisiones que habían accedido a las pretensiones de los demandantes, o se confirmaron aquellas que las habían negado. En todos estos casos, los fallos de segunda instancia fueron proferidos por la misma autoridad judicial: la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

343. De cualquier manera, en todos estos procesos los Tribunales mencionados presentaron los mismos argumentos para decidir. En primer lugar, sostuvieron que la Corte Suprema de Justicia sí ha señalado que la consecuencia de la falta de información, en los traslados, es la *ineficacia*. En segundo lugar, también recordaron que, según esa Corte, quien debe demostrar que otorgó información suficiente, en los procesos ordinarios laborales como estos, es la Administradora de Pensiones.

344. Sin embargo, en tercer lugar, resaltaron que aquel es un precedente aplicable solo para quienes se han encontrado amparados por el régimen de transición o para quienes, al momento del traslado que efectuaron al RAIS, estaban cerca de obtener una pensión en el RPM. Como este no era el caso de ninguno de los accionantes, encontraron necesario apartarse del precedente indicado y fundar su decisión en otras reglas. Acto seguido, los dos tribunales señalaron, (i) que, de acuerdo con los formularios de afiliación aportados a los expedientes, se había demostrado que los accionantes recibieron la correspondiente información sobre los alcances de su traslado; y (ii) que ellos no habían probado que su consentimiento hubiere estado viciado. Por tanto, absolvieron a las demandadas.³¹⁶ Contra estas decisiones no se formuló recurso de casación.

345. Presentadas las respectivas acciones de tutela, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia amparó el derecho al debido proceso de los accionantes, e indicó que los Tribunales accionados habían desconocido su precedente, según el cual, (i) cuando no se informe adecuadamente sobre las características esenciales del RAIS, al momento de un traslado, procede declarar su *ineficacia*; (ii) las AFP, deben demostrar, en el proceso ordinario laboral, que brindaron información clara y suficiente sobre lo anterior; y (iii) el formulario de afiliación no es prueba suficiente para acreditar un

³¹⁴ Expedientes T-7.930.563, T-7.940.054, T-7.946.315, T-8.224.223, T-8.235.289, T-8.255.677 y T-8.322.441.

³¹⁵ Expediente T-8.261.557.

³¹⁶ Cfr. Anexo I. Antecedentes.

consentimiento informado. En consecuencia, ordenó a los accionados emitir una nueva decisión, teniendo en cuenta su precedente. La Sala de Casación Penal de la misma Corporación confirmó, en segunda instancia, estas decisiones.³¹⁷

346. Como se afirmó en la parte dogmática de esta providencia, los precedentes judiciales establecidos, especialmente, por la Corte Suprema de Justicia, deben ser particularmente seguidos por las autoridades de inferior jerarquía. Esto permite que los casos en los que se planteen escenarios idénticos o similares en lo relevante, sean resueltos de la misma manera. El respeto al precedente, entonces, garantiza el derecho a la igualdad.

347. Con todo, lo antedicho no supone que siempre y en cualquier caso los precedentes deban ser aplicados por las autoridades judiciales. Esto porque, como se explicó, habrá escenarios en los cuales lo más razonable será separarse de aquellos. Y eso puede ocurrir por dos razones en particular: (i) porque el nuevo litigio plantea un escenario marcadamente distinto respecto de aquel resuelto en un fallo anterior. En este caso, el mandato de trato igualdad contenido en la Constitución, exigiría que el nuevo proceso fuese abordado de manera diferente. Y, (ii) porque es necesario exponer una nueva tesis que resulte más adecuada a la luz de la Constitución y el ordenamiento jurídico, que aquella contenida en el precedente.

348. La Corte Constitucional estima que en estos casos los tribunales cumplieron con el requisito de la *transparencia*, pero no con el de la *suficiencia*. Cumplieron con la *transparencia* porque reconocieron la existencia del precedente aplicable en la materia. Empero, no cumplieron con el criterio de la *suficiencia* porque, para la Sala Plena, los casos resueltos previamente por la Corte Suprema de Justicia -respecto de los cuales se creó el precedente aludido-, son relevantemente asimilables a los casos expuestos por los actores.

349. En términos precisos, es cierto que en las primeras sentencias que la Corte Suprema de Justicia emitió sobre este particular, se conocieron casos de personas que, para el momento en que se trasladaron al RAIS, estaban amparadas por el régimen de transición o, incluso, estaban cerca de acreditar los requisitos para pensionarse en el RPM. Esto ocurrió en sentencias como la SL31314-2008, la SL12136-2014, la SL9519-2015, la SL482-2018, la SL1421-2019, o la SL5462-2019, entre otras.

350. No obstante, con el tiempo, la Corte Suprema de Justicia amplió la aplicación de las reglas relativas a la inversión de la carga de la prueba con independencia de que el afiliado perteneciera o no a un régimen de transición. En la sentencia **SL19447-2017**, por ejemplo, se indicó que los afiliados, al momento de su traslado, debían contar con “(...) *los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición (...)*” (Subrayas fuera de texto).

³¹⁷ Cfr. Anexo I. Antecedentes.

351. Esta idea se aclaró en la Sentencia **SL1452-2019**. Allí se indicó que “[d]e hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.” En esta Sentencia la Corte culminó sosteniendo que **esta regla de decisión aplicaba: “(...) sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”** Esta posición se repitió, insistentemente, en las Sentencias SL2648-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL2955-2019, SL4856-2019, SL5630-2019 y SL731-2020.

352. Con todo, solo hasta el 16 de junio de 2020 esa Corte aplicó la regla antedicha en favor de una persona que nunca fue beneficiaria del régimen de transición. Ello se presentó en la sentencia SL2427-2020, donde la Corte, nuevamente, señaló que el estar amparado -o no- por dicho régimen, no era importante a efectos de invertir la carga de la prueba. Luego de ello, casos similares a este se han resuelto en la Corte Suprema de Justicia.

353. Hecho este recuento, se advierte que, si bien es cierto el precedente de la Corte Suprema de Justicia, inicialmente, se aplicó solo en favor de personas que estaban amparadas por el régimen de transición, el ser beneficiario o no de un régimen de transición no debía ser una circunstancia relevante para aplicar -o dejar de aplicar- el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre la inversión de la carga de la prueba. La inversión de la carga de la prueba puede obedecer a distintos factores, pero todos ellos tienen que ver con que, en los procesos judiciales, debe procurarse obtener un mínimo de justicia con quien está en la imposibilidad de probar un hecho. En efecto, esa inversión solo puede tomarse en razón de las circunstancias particulares que presentan los demandantes, en lo relativo a la obtención del medio probatorio.

354. Así las cosas, para el momento en que se profieren las sentencias contra las cuales se dirigen las acciones de tutela, sí existía un precedente sólido que indicaba -sin ambigüedades- que en todos estos casos debía invertirse la carga de la prueba para que la AFP demostrara, de manera suficiente, que sí informó a los afiliados sobre las consecuencias de su traslado al RAIS.

355. En efecto, los casos resueltos por las autoridades judiciales accionadas en estas causas, y los resueltos previamente por la Corte Suprema de Justicia eran asimilables, y el hecho de que una persona esté o no amparada por el régimen de transición no constituye una diferencia relevante en virtud de la cual deba asignarse a los demandantes un trato distinto. Con independencia de lo anterior, en todas las situaciones, los

demandantes señalaron no haber recibido información suficiente respecto de las consecuencias de su traslado al RAIS y, por ello, solicitaron la declaratoria de la *ineficacia*. Por esta circunstancia debieron recibir el mismo trato en materia probatoria.

356. Es por esta razón que la Sala Plena advierte que los tribunales accionados desconocieron los derechos a la seguridad social, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso de los actores al apartarse del precedente establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Precedente que estaba vigente para el momento en que se profirió cada una de las sentencias que se reprochan. De este modo, la Corte concluye que se violó el derecho al debido proceso de los accionantes por desconocimiento del precedente vertical y, en consecuencia, procederá a confirmar las sentencias de tutela que ampararon dicho derecho y ordenaron la emisión de nuevas providencias.³¹⁸

b. Casos en los que se presenta el fenómeno de la múltiple afiliación

357. En 4 de los 12 casos que componen este primer grupo de tutelas, se advirtió por Asofondos que se había presentado un fenómeno de *múltiple afiliación*.³¹⁹ Esto se dio porque, de acuerdo con lo informado por dicha agremiación, cada uno de los actores, cuando se trasladó al RAIS, no había cumplido el tiempo mínimo de permanencia en el RPM. Dada esta situación, y teniendo en cuenta que para la entrada en vigencia del Decreto 3995 de 2008 los actores figuraban con afiliación en ambos regímenes, las administradoras, mediante comités y siguiendo las reglas del decreto mencionado, definieron, el 16 de octubre de 2008, que la única afiliación válida de todos ellos sería la que efectuaron ante el RAIS. Esto porque en ese régimen cotizaron el mayor número de semanas en el periodo comprendido entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007.³²⁰ Esta información fue confirmada por Colpensiones en su respuesta al Auto de pruebas del 5 de agosto de 2022.

358. De cualquier manera, nunca en el proceso ordinario laboral que se surtió en cada caso, ni en el trámite de tutela que se llevó a cabo en las dos instancias, se informó sobre esta circunstancia. Este aspecto solo se advirtió por Asofondos en un escrito remitido el 7 de junio de 2022 a esta Corte.

359. Precisamente por lo antedicho, en el proceso ordinario laboral que se surtió respecto de estos 4 casos, los hechos son idénticos, en lo sustancial, a los que se presentaron en los 8 casos referidos en el acápite anterior. Así, respecto de estos cuatro 4 procesos, se tiene que: (i) los accionantes nacieron entre 1960 y 1962, (ii) se trasladaron al RAIS en el periodo comprendido entre 1993 y 2009; (iii) señalaron que, cuando realizaron el traslado referido, nadie les informó sobre las consecuencias de esa decisión

³¹⁸ Proferidas, en primera instancia, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y, en segunda instancia, por la Sala de Casación Penal de esa misma Corporación.

³¹⁹ Se trata de los siguientes casos: Armando Padilla Romero (Exp. T-7.936.682); María del Carmen Castañeda (Exp. T-7.938.558); Maritza Navarro García (Exp. T-7.944.741); y Elsy Jeannete Garzón Martínez (Exp. T-8.256.424).

³²⁰ Respuesta de Asofondos al Auto de pruebas del 5 de agosto de 2022.

-la del traslado por *multi afiliación*-; y (iv) por esto, formularon, por separado, demandas ordinarias laborales con el objeto de que se declarara la *ineficacia* del mismo. A continuación, se indican los nombres de los accionantes, sus fechas de nacimiento, y las fechas en que se trasladaron al RAIS.³²¹

Número de proceso	Nombre del accionante	Fecha de nacimiento	Fecha en que se trasladó al RAIS
T-7.936.682	Armando Padilla Romero	29 de enero de 1961	9 de agosto de 1994
T-7.938.558	María del Carmen Castañeda	18 de marzo de 1961	31 de mayo del 2000
T-7.944.741	Maritza Navarro García	26 de mayo de 1962	15 de noviembre de 1994
T-8.256.424	Elsy Jeannete Garzón Martínez	4 de septiembre de 1960	8 de noviembre de 2000

360. En 3 de los 4 casos,³²² los jueces de primera instancia accedieron a las pretensiones, siguiendo el precedente de la Corte Suprema de Justicia. En el caso restante,³²³ los jueces de primera instancia negaron las pretensiones y absolvieron a las demandadas. Con todo, en segunda instancia y en todos los procesos, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá revocó las decisiones que habían accedido a las pretensiones o confirmó aquellas que las habían denegado. Esa autoridad judicial reconoció (i) que la Corte Suprema de Justicia sí ha señalado que la consecuencia de la falta de información, en los traslados, es la *ineficacia*; y (ii) que, según esa alta Corte, quien debe demostrar que otorgó información suficiente, en los procesos ordinarios laborales como este, es la Administradora de Pensiones.³²⁴

361. Sin embargo, resaltó que aquel es un precedente aplicable solo para quienes se han encontrado amparados por el régimen de transición o para quienes, al momento del traslado que efectuaron al RAIS, estaban cerca de obtener una pensión en el RPM. Y, como este no era el caso de ninguno de los accionantes, encontró necesario apartarse del mismo y fundar su decisión en otras reglas. Acto seguido, el tribunal señaló que los actores no demostraron la ocurrencia de un vicio en su consentimiento al momento de efectuar sus traslados y que, de acuerdo con los formularios de afiliación aportados a los expedientes, se había demostrado que recibieron la correspondiente información sobre los alcances de su decisión. Contra estas providencias no se formuló recurso de casación.³²⁵

362. Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia -en su calidad de juez de tutela y en todos los casos- amparó el derecho al debido proceso de los actores tras indicar que el Tribunal Superior de Bogotá se había apartado de forma infundada de su precedente. En consecuencia, ordenó al accionado emitir nuevas

³²¹ Cfr. Anexo I. Antecedentes.
³²² Expedientes T-7.936.682, T-7.938.558 y T-7.944.741.
³²³ Expediente T-8.256.424.
³²⁴ Cfr. Anexo I. Antecedentes.
³²⁵ Ibidem.

sentencias respetuosas de aquel. Estas decisiones fueron confirmadas en segunda instancia por la Sala de Casación Penal de la misma Corporación.³²⁶

363. Así entonces, dos cuestiones se discuten en el marco de estos 4 expedientes de tutela. La primera, es si, en efecto, hubo un déficit en la información suministrada a los usuarios cuando estos se trasladaron del RPM al RAIS no por su voluntad sino por la forma en la que se resuelve administrativamente el problema de la coexistencia de varias afiliaciones; y, la segunda, tiene que ver con la forma en que debe resolverse el presunto escenario de la *multi vinculación* que presentaron los demandantes.

364. En la presente sentencia de unificación se ha recordado cuáles han sido las reglas que, a través de los años, han permitido a los fondos de pensiones resolver conflictos de *múltiple afiliación*. En efecto, de un lado, se encontraba el Decreto 692 de 1994 o la Circular 058 de 1998, cuyos criterios de definición privilegiaban la afiliación que se había dado de acuerdo con las previsiones legales existentes, y tomaban por nula toda afiliación que se hubiere efectuado sin acatar dichas previsiones. Empero, luego se expidió el Decreto 3995 de 2008 que privilegió la afiliación hecha al fondo donde la persona había cotizado regularmente en el periodo comprendido entre julio y diciembre del año 2007.

365. De cualquier manera, como se ha dispuesto en esta providencia y siguiendo la regla de decisión establecida en la Sentencia T-191 de 2020, siempre que en un proceso administrativo o judicial se discuta sobre (i) la *ineficacia* de un traslado ante la deficiencia de información que sobre él se suministró al usuario; y (ii) la *múltiple vinculación* de aquel y la forma de resolverla, habrá que estudiar, primero, si el traslado efectuado al RAIS es *ineficaz*. Esto porque, si lo es, se entenderá que la persona nunca abandonó el RPM y que, por tanto, nunca se presentó el escenario de la *múltiple vinculación*. Ahora, si la administración o la judicatura advierte que el traslado no puede declararse *ineficaz* entonces el escenario de la *múltiple afiliación* debe definirse a favor del afiliado que no decidió su traslado sino que le fue impuesto por una decisión administrativa.

366. Ya se ha dicho que, en estos 4 casos, ninguno de los demandantes advirtió sobre la *múltiple afiliación* que presentaban. De manera que el debate giró exclusivamente alrededor de la presunta *ineficacia* del traslado hacia el RAIS. De acuerdo con los accionantes, el Tribunal Superior de Bogotá habría desconocido el precedente de la Corte Suprema de Justicia.

367. Sobre ello, la Corte estima que en estos casos el Tribunal cumplió con el requisito de *transparencia* al reconocer la existencia del precedente de la Corte Suprema de Justicia, pero no con el de la *suficiencia*. Esto porque, para la Sala Plena, los casos resueltos previamente por esa alta corte -respecto de los cuales se creó el precedente pluricitado-, son relevantemente asimilables a los casos de los actores. Lo que los hace

³²⁶ *Ibidem*.

asimilables es que, en todas las situaciones, los demandantes señalaron no haber recibido información suficiente respecto de las consecuencias de su traslado al RAIS. Esta Corte entiende que la aplicación de las reglas establecidas por la judicatura para resolver esta específica demanda, debería darse independientemente de que los demandantes pertenezcan o no al régimen de transición, o que hubieren estado cerca o no de pensionarse en el RPM justo antes del traslado.

368. Es por esta razón que la Sala Plena advierte que el Tribunal accionado desconoció los derechos a la seguridad social, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso de los actores al apartarse de un precedente construido por la Corte Suprema de Justicia. Precedente que estaba vigente para el momento en que profirió cada una de las 4 sentencias que se reprochan.

369. Por lo expuesto, y tras considerar que se vulneró el derecho al debido proceso de los accionantes, la Sala Plena procederá a confirmar las sentencias de tutela que ampararon dicho derecho y ordenaron la emisión de nuevas providencias. Finalmente, solo en el evento en que no se declare la *ineficacia* del traslado que los accionantes hicieron al RAIS, el Tribunal accionado deberá identificar en qué escenario de *múltiple afiliación* se encontraban estos demandantes y si la solución adoptada por las administradoras de pensiones, al asignarlos administrativamente al RAIS, fue la adecuada.

2. Segundo grupo de tutelas: Expedientes T-7.981.335, T-8.319.475, T-8.484.811 y T-7.867.632

a. Expediente T-7.981.335 (Gloria Patricia Patiño Duque contra la Sala Segunda de decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito de Pereira)

370. La accionante nació el 5 de julio de 1963. Inicialmente estuvo afiliada a la Caja de Seguridad Social del Departamento de Risaralda, pero luego, el 4 de abril de 1995, se trasladó al RAIS. El 8 de septiembre de 2017, después de haber solicitado de manera infructuosa a las administradoras de pensiones del RAIS y del RPM la “anulación” SIC, entiéndase *ineficacia* de su traslado, demandó a aquellas porque, en su versión, no le habían suministrado un mínimo de información que le permitiera ser consciente de las consecuencias del traslado que había efectuado hacia el RAIS.³²⁷

371. Según la accionante Gloria Patricia Patiño Duque una asesora de Porvenir la convenció de realizar el traslado prometiéndole una pensión anticipada, cuyo monto sería superior a la que percibiría en el RPM.³²⁸

372. Aunque en primera instancia el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira le halló razón y declaró la ineficacia de dicho traslado, en segunda instancia esa decisión

³²⁷ Cfr. Anexo I. Antecedentes.

³²⁸ *Ibidem*.

se revocó. El Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial -Sala Laboral-concluyó que la alegación, según la cual, un afiliado no fue suficientemente informado sobre las consecuencias de su afiliación al RAIS, debió abordarse desde el régimen de las *nulidades sustanciales* y no desde la *ineficacia*. Con todo, esta no fue la razón principal por la cual se revocó la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.³²⁹

373. La razón principal obedeció a que, finalmente, se demostró en el expediente ordinario laboral que la señora Gloria Patricia Patiño Duque había sido debidamente informada antes de que pudiera optar por el RAIS. De hecho, fue en el interrogatorio de parte donde la referida accionada aceptó que, en la asesoría prestada, se le informó sobre los beneficios y perjuicios del cambio de régimen. Afirmación que luego se confirmó por parte de los testigos en el proceso ordinario: compañeros de trabajo de la demandante, en la época de su traslado. Contra esta decisión no se formuló recurso de casación.³³⁰

374. Con todo, la accionante formuló directamente acción de tutela contra esta providencia. Señaló que *“la interpretación de los elementos fácticos y jurídicos brindada en la sentencia censurada dista, antagoniza, riñe y es injustificadamente contraria de la regla jurisprudencial sentada por la honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia”*. De cualquier manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de agosto de 2019, decidió no amparar el derecho al debido proceso de la accionante. Señaló, para tal efecto, que la sentencia censurada se había fundado en una correcta interpretación de las pruebas aportadas al proceso. La Sala de Decisión de Tutelas No. 3 de la Sala de Casación Penal de esa misma Corte confirmó, en segunda instancia, esta decisión.³³¹

375. En tal sentido, lo que corresponde identificar en este caso es si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira -Sala Laboral- desconoció los derechos al debido proceso, a la seguridad social y a la igualdad de Gloria Patricia Patiño Duque, tras advertir que del material probatorio obrante en el proceso se desprendía que la señora sí había sido informada de las características de los regímenes pensionales antes de su traslado al RAIS.

376. Para resolver el interrogante, es preciso recordar que, según lo dispuesto por esta Corporación, *“[el] defecto fáctico puede presentarse de dos formas: una positiva y una negativa. La primera tiene ocurrencia en los eventos en que se decide acudiendo a argumentos irrazonables, que hacen que la valoración probatoria sea por completo deficiente. La segunda obedece a las omisiones del juzgador en la etapa probatoria. Puede presentarse cuando no se decretan o no se practican pruebas relevantes para llegar al conocimiento de los hechos, teniendo el deber de hacerlo”*.³³²

³²⁹ *Ibidem*.

³³⁰ *Ibidem*.

³³¹ *Ibidem*.

³³² Corte Constitucional. Sentencia SU-129 de 2021. En esta providencia se citaron las Sentencias SU-337 de 2017 y T-074 de 2018.

377. En la acción de tutela, la actora parece indicar que el Tribunal accionado incurrió en un defecto fáctico, desde su dimensión positiva. Y también parece sugerir que, a pesar de los materiales probatorios obrantes en el expediente, la accionada debió resolver el litigio condenando a la demandada, pues lo cierto es que, desde su perspectiva, aquella no demostró, de acuerdo con la teoría de la carga dinámica de la prueba, haberle suministrado la información suficiente al momento en que se trasladó al RAIS.

378. Esta Sala no comparte la postura de la accionante. En efecto, la sentencia judicial censurada se fundó en el contenido de los materiales probatorios que obraban en el expediente. La autoridad judicial accionada resolvió con base en ellos. Su decisión fue objetiva y razonable, de manera tal que no se advierte una palmaria vulneración del derecho al debido proceso de la actora. A continuación, se cita un fragmento de la sentencia censurada, que da cuenta de lo antedicho:

“[Obra] interrogatorio de parte de Gloria Patricia Patiño Duque, en el que confesó que sí había recibido información de los asesores de Porvenir S.A., que le había indicado tanto los “pro y los contra” del cambio de régimen, información por que recibió 2 o 3 asesorías individuales. “En ese sentido señaló que el asesor le informó que en el RAIS tendría una cuenta individual en la que obtendría mejores rendimientos, que “de pronto” iba a acceder a una pensión anticipada y que podía escoger el momento en el que se pensionaría, pero para ello debía tener en su “canasta” un ahorro de muchos millones”.

(...)

“Información que se confirmó con la prueba testimonial practicada, esto es, con las declaraciones de los testigos Edilson Valencia Castañeda, Luz Helena Marín Valencia y Sandra Patricia Cárdenas Castañeda, compañeros de trabajo de la demandante coincidieron en afirmar que para el año 1995 los asesores de todas (sic) los fondos de pensiones, entre ellos de Porvenir S.A., asistieron a la Contraloría Departamental de Risaralda y de manera individual pasaron por cada puesto dando la asesoría.”³³³

379. Dicho esto, parece evidente que la sentencia atacada no desconoció derecho fundamental alguno. Por ello, la Sala Plena procederá a confirmar la sentencia de tutela que negó el amparo del derecho al debido proceso de la accionante y que fue proferida, en primera instancia, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y, confirmada en segunda instancia por la Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 3- de esa misma Corporación.

b. Expediente T-8.319.475 (Araminta Angarita contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá)

³³³ Expediente T-7.981.335. Contenido en *siicor*. Ver sentencia de tutela de primera instancia. Transcripción del audio de la audiencia de juzgamiento que se llevó a cabo en el Tribunal el 30 de abril de 2019. Estos fragmentos también fueron citados en la parte considerativa del fallo de primera instancia en el proceso de la referencia.

380. La accionante nació el 6 de febrero de 1955 y estuvo afiliada al RPM hasta el 26 de marzo de 1995. El 27 de marzo de ese año se trasladó al RAIS. El 28 de octubre de 1996 presentó una solicitud de retracto, amparada en lo contenido en el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995, según el cual, hasta el 31 de diciembre de 1996, las personas que se habían trasladado de régimen podían solicitar su regreso a aquel que habían abandonado siempre (i) que fuesen beneficiarias del régimen de transición, y (ii) que esté demostrado el perjuicio que el traslado pudo causarles.³³⁴

381. En respuesta a su solicitud, el 27 de abril de 1997, el Gerente de Colfondos le informó que el retracto se había aprobado. No obstante, en el año 2015, Colpensiones le informó que no estaba afiliada al RPM. Esto último se confirmó por parte de Colfondos.³³⁵

382. La accionante formuló demanda ordinaria laboral porque, desde su perspectiva, las administradoras de pensiones no habían dado cumplimiento al artículo 2 del Decreto 1642 de 1995 aunque estaban obligadas a ello. En primera instancia, el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá accedió a lo pretendido, pero esta decisión fue revocada en segunda instancia por parte del Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial -Sala Laboral-.³³⁶

383. Dos fueron los argumentos de esta última autoridad judicial para revocar la decisión del *a quo*: (i) que, si la señora pretendía hacer uso del derecho de retracto, tenía que haber presentado la solicitud 5 días después de haberse trasladado y no un años y 7 meses después. Esto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994. Así, como la solicitud de retracto fue formulada el 28 de octubre de 1996, no había lugar a aceptarla.³³⁷

384. El otro argumento tiene que ver con que, (ii) de acuerdo con lo exigido en el Decreto 692 de 1994, si la accionante quería trasladarse al RPM, debía permanecer 3 años en el RAIS. Dado que para el momento en que solicitó volver al RPM no habían transcurrido esos 3 años, no era posible validar dicho retorno. Contra esta decisión no se formuló recurso de casación.³³⁸

385. Formulada la acción de tutela en contra de dicha decisión, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia amparó el derecho al debido proceso de la actora. Esto luego de advertir que el Tribunal accionado había fundado su decisión en dos normas que no eran aplicables al contexto de lo requerido por ella. La Corte señaló que la señora Angarita no estaba solicitando propiamente el *retracto* del que trata el Decreto 1161 de 1994, y tampoco trasladarse con las reglas del Decreto 692 de 1995. Muy al contrario, estaba pidiendo que en su caso se diera aplicación a lo dispuesto en el artículo

³³⁴ Cfr. Anexo I. Antecedentes.

³³⁵ *Ibidem*.

³³⁶ *Ibidem*.

³³⁷ *Ibidem*.

³³⁸ *Ibidem*.

2 del Decreto 1642 de 1995. Este fallo se confirmó por la Sala de Decisión de Tutelas No. 2 de la Sala de Casación Penal de la misma Corporación.³³⁹

386. En tal sentido, lo que corresponde identificar en este caso es si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral- desconoció el derecho al debido proceso de Araminta Angarita, cuando no resolvió su demanda aplicando lo dispuesto en el artículo 2 -parágrafo transitorio- del Decreto 1642 de 1995, sino acudiendo a una normatividad distinta.

387. En esta discusión la pregunta fundamental que subyace es si el Tribunal accionado incurrió o no en un defecto sustantivo. Como ya lo ha referenciado la Corte Constitucional, este defecto implica *“la existencia de un error por parte del juez en la interpretación o en aplicación de las disposiciones jurídicas que utilizó para resolver un determinado caso. Sin embargo, para que dicho yerro dé lugar a la procedencia de la acción de tutela debe evidenciarse una irregularidad de significativa trascendencia, que haya llevado a adoptar una decisión que obstaculice o lesione la efectividad de los derechos fundamentales.”*³⁴⁰

388. Uno de los supuestos en los que puede presentarse el denominado defecto sustantivo, es aquel en el que una autoridad judicial determinada basa su decisión en una norma que *“(a) no es pertinente, (b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada, (c) es inexistente, (d) ha sido declarada contraria a la Constitución, o (e) no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó (...)”*³⁴¹ (Subrayas fuera de texto).

389. En este caso, la Sala Plena comparte lo decidido por la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral- en su calidad de juez de tutela. Esto porque, en efecto, aunque la señora mencionó en la demanda ordinaria que buscaba la aceptación del *“derecho de retracto”*, lo cierto es que en el escrito que presentó ante Colfondos, el 28 de octubre de 1996, pretendía ser beneficiaria de la opción que el artículo 2 -parágrafo transitorio- del Decreto 1642 de 1995 daba a algunas personas para retornar al RPM, siempre que así lo solicitaran antes del 31 de diciembre de 1996.

390. No obstante, el Tribunal accionado interpretó, de manera errada (i) que la peticionaria estaba haciendo referencia, en estricto sentido, al *“derecho de retracto”* del que trata el Decreto 1161 de 1994 -artículo 3-, según el cual, dicha solicitud tendría que ser presentada dentro de los 5 días siguientes al traslado que efectuó; y (ii) que, al margen de lo anterior, si la accionada pretendía devolverse al RPM, debía permanecer en el RAIS, como mínimo, 3 años, según lo dispuesto en el Decreto 692 de 1994 -artículo 15. Norma que, a su turno, desarrolló el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

391. Entonces, para dirimir el conflicto, el Tribunal no acudió a la norma citada por la accionante (Decreto 1642 de 1995) sino a la del retracto. Con ello, resolvió su caso

³³⁹ *Ibidem.*

³⁴⁰ *Cfr.* Corte Constitucional. Sentencia T-097 de 2022.

³⁴¹ *Ibidem.*

apelando a una normatividad que no le era aplicable en estricto sentido. Por lo dicho, la Sala Plena procederá a confirmar la sentencia de tutela que amparó los derechos a la seguridad social, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso de la actora y que fue proferida, en primera instancia, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y confirmada, en segunda instancia, por la Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 2- de esa misma Corporación.

c. Expediente T-8.484.811 (Ana Esperanza Lara Rodríguez contra la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia)

392. La accionante nació el 10 de julio de 1957. Inicialmente estuvo afiliada a Caprecundi y luego al ISS. En diciembre de 1998 decidió trasladarse al RAIS. Estando en dicho régimen, cambió varias veces de AFP. Estuvo afiliada, en distintos momentos, a Horizonte S.A., a Porvenir S.A. y finalmente en Colfondos S.A.³⁴²

393. La accionante indicó que decidió trasladarse al RAIS luego de sufrir el “acoso” de los asesores de las AFP, quienes le ofrecieron mayores beneficios pensionales en ese régimen respecto de los que tendría en el RPM. Además, según señaló, en octubre de 2013 Porvenir S.A. calculó el valor de su eventual mesada en \$1.290.800, que se pagaría desde que cumpliera 56 años. En contraste, en Colpensiones, tras realizar la misma proyección, se le indicó que recibiría, a partir de los 55 años, una mesada que ascendería a \$4.598.017. Por estas circunstancias, y al sentirse “engañada”, formuló demanda ordinaria laboral indicando que nunca recibió información idónea respecto de las implicaciones de su traslado al RAIS.³⁴³

394. En primera instancia, el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a las demandadas. Indicó que en el proceso no se había acreditado la existencia de un vicio en el consentimiento de la actora. Esta decisión se confirmó en segunda instancia por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Allí también se indicó que la carga de la prueba, respecto de la presunta existencia de un vicio en su consentimiento, recaía sobre la señora Lara Rodríguez. De modo que, al no haber demostrado que las AFP habían omitido informarle sobre las consecuencias del traslado, se denegaron sus pretensiones.³⁴⁴

395. Contra esta decisión se formuló recurso de casación. La Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión No. 4-, al resolver el referido recurso, indicó que, si bien el Tribunal se había separado de su precedente, en lo referido a la carga de la prueba, de cualquier modo, la movilidad de la accionante, entre distintas administradoras al interior del RAIS, ratificó su intención de permanecer en dicho

³⁴² Cfr. Anexo I. Antecedentes.

³⁴³ *Ibidem.*

³⁴⁴ *Ibidem.*

régimen. Esto, a pesar de que, eventualmente, no hubiere recibido información idónea en el momento de su traslado inicial.³⁴⁵

396. Formulada la respectiva acción de tutela contra la decisión antedicha, la Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de tutelas No. 1- de la Corte Suprema de Justicia, resolvió negarla. Para esto indicó que en la demanda de tutela la actora expuso, simplemente, una discrepancia frente a las razones del traslado. Esta Sentencia se confirmó, en segunda instancia, por parte de la Sala de Casación Civil de la misma Corporación.³⁴⁶

397. En consecuencia, corresponde a esta Corte identificar si en el proceso de la referencia la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión No. 4-, desconoció el derecho al debido proceso de Ana Esperanza Lara Rodríguez, tras considerar que con sus traslados entre distintas AFP del RAIS ratificó su intención de permanecer en ese régimen y no en el RPM.

398. Al respecto, en esta providencia se ha indicado que, para que un precedente pueda ser tenido por tal, debe ser sólido en el tiempo. En lo relativo a los fallos de la Corte Constitucional, por ejemplo, se ha explicado que para que pueda hablarse de *jurisprudencia en vigor* y, por tanto, de precedente constitucional, “*se requiere que la lectura de las salas sea uniforme, reiterada y consolidada, pues de presentarse un desacuerdo o una divergencia de posiciones entre ellas, no habría un criterio homogéneo que resulte exigible*”.³⁴⁷ Algo similar podría decirse de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Si esta mantiene importantes divergencias en lo relativo a la aplicación de una regla, será sumamente complejo exigir que alguna de las posiciones en disputa se asuma como precedente.

399. En lo relacionado con la tesis esgrimida por la accionada, conocida como la *teoría de los actos de relacionamiento*, es preciso recordar que esta ha sido adoptada por la Corte Suprema de Justicia, no solo en el caso de la accionante, sino en otros similares a este. Es el escenario, por ejemplo, de la Sentencia SL4934-2020. Ahora, como se recordó *supra*, la unificación de criterios respecto de este punto solo ocurrió con la adopción de la Sentencia SL1055-2022, en la que se recordó que el tránsito que los afiliados hagan de una AFP a otra, no puede entenderse como una validación del traslado inicial que hicieron hacia el régimen de ahorro individual. De cualquier manera, para la fecha en que se tomó la decisión que se reprocha vía tutela (15 de septiembre de 2020), no existía un precedente consolidado sobre el punto. De modo que, con dicho fallo, no se incurrió en el defecto señalado por la actora.

400. Ahora bien, lo dicho no implica que en este caso no se hubiere desconocido el derecho al debido proceso de la accionante. En efecto, ella no alegó la existencia de otro defecto en la providencia que reprocha. Sin embargo, como se revisó *supra*, la teoría de

³⁴⁵ *Ibidem*.

³⁴⁶ *Ibidem*.

³⁴⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-449 de 2020.

los actos de relacionamiento hoy está en desuso. Al punto que, en la actualidad, la Corte Suprema de Justicia no acepta el argumento, según el cual, los traslados que se presenten entre diferentes administradoras del régimen de ahorro individual, sanean la falta de información que se dio cuando la persona se trasladó. Y esto es así porque la *ineficacia*, al contrario de lo que ocurre con ciertas nulidades, no se puede sanear.

401. De este modo, aunque la actora no hubiere alegado la existencia de otro defecto, esta Corte es competente, por virtud del principio *iura novit curia*, para analizar si la providencia objeto de censura pudo afectar, de algún modo, su derecho al debido proceso.³⁴⁸ Sobre el particular, la Sala advierte que la Sentencia sí pudo incurrir en un defecto sustantivo. Recuérdese que este defecto se configura cuando una autoridad judicial le asigna a una norma jurídica un sentido distinto al que, naturalmente, se desprende de ella.³⁴⁹ La accionante, en el proceso ordinario laboral, indicó que no fue debidamente informada sobre las características del RAIS. En ese sentido, el caso debía resolverse a la luz de la institución de la *ineficacia*, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia.

402. Esta institución aparece en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Allí se establece que si una persona natural o jurídica, atenta “*en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral*”,³⁵⁰ entonces la afiliación que se dio de manera irregular, “*quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador*”.³⁵¹ Así, la *ineficacia* se presenta como una figura distinta a la de la *nulidad*. Y una de las diferencias fundamentales entre ellas, como se ha visto, es que la segunda se puede sanear con el tiempo, pero la primera no. Por esta razón, cuando la Corte Suprema de Justicia resolvió en casación el asunto planteado por la actora, incurrió en un defecto sustantivo, pues dio a la figura de la *ineficacia* el alcance de la figura de la nulidad. Con ello afectó el derecho al debido proceso de la señora Lara Rodríguez. En consecuencia, como accionada en esta causa, le corresponde fallar nuevamente el caso de acuerdo con las reglas, hasta el momento, establecidas por la Sala de Casación Laboral de esa alta Corporación.

403. Por lo expuesto, la Sala Plena procederá a revocar la sentencia de tutela que negó el amparo del derecho al debido proceso de la accionante y que fue proferida, en primera instancia, por la Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de tutelas No. 1- de la Corte Suprema de Justicia y confirmada, en segunda instancia, por la Sala de Casación Civil de esa misma Corporación. Con ello se ordenará a la Sala accionada resolver nuevamente el asunto de la actora con base en las reglas que, hasta el momento, han sido decantadas

³⁴⁸ Cfr., Sentencia T-084 de 2021. En esa providencia se recordó lo siguiente: “*Bajo el principio iura novit curia (el juez conoce el derecho), la Corte ha manifestado que el juez de tutela es el conocedor del derecho constitucional y, en consecuencia, a él le corresponde, aplicando toda su experiencia, bagaje jurídico, técnicas de interpretación, argumentación y sana crítica, encontrar “la esencia y la verdadera naturaleza de la situación jurídica puesta en conocimiento de la jurisdicción constitucional para asegurar la más cabal protección judicial de los derechos fundamentales.”*”.

³⁴⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-462 de 2003, T-001 de 1999 y T-765 de 1998.

³⁵⁰ Ley 100 de 1993, Artículo 271.

³⁵¹ *Ibidem*.

por la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-. Para ello deberá tener en cuenta, especialmente, lo establecido sobre la teoría de los actos de relacionamiento en la reciente Sentencia SL1055-2022.

d. Expediente T-7.867.632 (Colpensiones contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia)

404. En este caso, el señor José Benito Zúñiga Pino se trasladó al RAIS en octubre de 1995, pero luego retornó al RPM en diciembre de 2002. Él ya está afiliado en la actualidad al RPM, empero, la razón por la cual demandó la *ineficacia* del traslado que realizó en 1995, obedeció a que pretendía recuperar el régimen de transición. Esta demanda se formuló 17 años después del acto cuya declaratoria de *ineficacia* se pide.

405. El actor, en su demanda ordinaria laboral, señaló que, cuando se trasladó al RAIS, no se le informó sobre las condiciones de dicho régimen. También indicó que en ese momento “*se le generó una idea inexacta con respecto a los requisitos que debía acreditar para el reconocimiento de su pensión de vejez*”.³⁵² En primera instancia, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira negó sus pretensiones, luego de advertir que, en el proceso, no se había demostrado que el accionante hubiere sido objeto de engaño por parte de la administradora de la AFP.³⁵³

406. En segunda instancia, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira señaló que el no suministro de información genera un vicio en el consentimiento. Y que aquel deriva en una *nulidad relativa* y no en una *absoluta*. Así, recordó que las nulidades relativas deben ser alegadas en el término de los 4 años siguientes al acto que se reprocha. Pues, de no respetarse este término, el vicio queda automáticamente saneado. En este caso, el Tribunal indicó que el señor Zúñiga efectuó su traslado en 1995 y, dentro de los 4 años siguientes, no alegó nulidad alguna. Luego, por esa circunstancia, no era posible acceder a sus pretensiones.³⁵⁴

407. Contra la anterior sentencia se formuló recurso de casación. Al resolverlo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando lo ya dicho por ella en otros casos similares, estimó que este tipo de pretensiones, primero, no debían estudiarse a la luz de las *nulidades sustanciales*, sino de la *ineficacia*; y, segundo, que la *ineficacia* era una acción imprescriptible. Así, entonces, casó la sentencia del *ad quem* y accedió a las pretensiones del demandante luego de indicar que dentro del proceso no se había acreditado, por parte de la demandada, el suministro de información mínima al asegurado.³⁵⁵

³⁵² Cfr. Anexo I. Antecedentes.

³⁵³ *Ibidem*.

³⁵⁴ *Ibidem*.

³⁵⁵ *Ibidem*.

408. Contra la anterior decisión de la Corte Suprema de Justicia Colpensiones formuló acción de tutela. Esa administradora indicó en su demanda que la Corte había desconocido su derecho al debido proceso al invertir la carga de la prueba, generando una especie de responsabilidad objetiva. Asimismo, añadió que la Corte había omitido analizar el caso a la luz del criterio de la sostenibilidad financiera, contenido en el Acto Legislativo 01 de 2005.³⁵⁶

409. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia negó la acción de tutela. Señaló que la Sala de Casación Laboral había sido respetuosa de su propio precedente y que, en consecuencia, no había desconocido derecho fundamental alguno. Decisión que se confirmó en segunda instancia, por la Sala de Casación Civil de la misma Corporación.³⁵⁷

410. De esta manera, corresponde a la Corte Constitucional determinar si la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, vulneró el derecho al debido proceso de Colpensiones, tras declarar la ineficacia del traslado que el señor José Benito Zúñiga Pino efectuó, el 1 de octubre de 1995, al RAIS. Esto advirtiendo, además, que dicha acción es imprescriptible.

411. A simple vista podría concluirse que la Corte Suprema de Justicia, al proferir el fallo que se reprocha en esta causa, no hizo más que respetar el precedente establecido por ella misma para resolver este tipo de pretensiones.

412. Colpensiones, en su escrito de tutela, reitera que ese precedente puede afectar la sostenibilidad financiera del RPM. Y esta Corte le ha hallado razón de manera parcial. Precisamente por eso, y teniendo en cuenta los elementos adicionales aportados a este trámite, esta Corte fijó las reglas contenidas en acápites previos de esta providencia.

413. Estas reglas, como se ha mencionado, procuran armonizar el derecho a la seguridad social de los usuarios del Sistema de Pensiones considerados individualmente, frente al impacto financiero y fiscal que recae sobre el Régimen de Prima Media. Por ello, la Corte Constitucional considera que cuando una persona alegue un presunto déficit de información en el traslado que efectuó al RAIS, el juez, como suprema autoridad del proceso, deberá desplegar todos sus esfuerzos en aras de recolectar la mayor cantidad de pruebas posibles que le permitan, con un grado de razonabilidad, resolver de fondo sobre lo debatido. En ese ejercicio, incluso, podría invertir la carga de la prueba, pero siempre que advierta la necesidad de hacerlo en la causa que conoce. De cualquier manera, dado que esta regla deberá ser aplicable en los casos que se adelanten actualmente, y en las demandas que se formulen a futuro, no puede sostenerse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, actuando como Tribunal de Casación, haya desconocido derecho alguno a la administradora tutelante.

³⁵⁶ *Ibidem.*

³⁵⁷ *Ibidem.*

414. En consecuencia, la Sala Plena de la Corte Constitucional procederá a confirmar las sentencias de tutela que negaron el amparo del derecho al debido proceso de la entidad accionante y que fueron proferidas, en primera instancia, por la Sala de Casación Penal - Sala de Decisión de Tutelas No. 3- de la Corte Suprema de Justicia y, en segunda instancia, por la Sala de Casación Civil de esa misma Corporación.

I. Remedios judiciales

a. Sobre los 16 casos acumulados, respecto de los cuales se superó el análisis de procedibilidad

Como resultado de todo lo expuesto en acápites precedentes y lo valorado en los casos concretos de la presente sentencia de unificación, la Corte Constitucional, en el *primer grupo* de tutelas: **(i)** expedientes T-7.930.563, T-7.940.054, T-7.946.315, T-8.224.223, T-8.235.289, T-8.255.677, T-8.261.557 y T-8.322.441; **(ii)** T-7.936.682, T-7.938.558, T-7.944.741 y T-8.256.424 confirmará las sentencias que ampararon los derechos a la seguridad social, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso de los accionantes, y ordenaron la emisión de nuevas providencias por el desconocimiento del precedente vertical.

Por lo demás, en lo relativo al *segundo grupo* de tutelas, la Corte: **(i)** en el expediente T-7.981.335, no amparará el derecho al debido proceso de la actora, porque se advirtió que la decisión censurada se había fundado en los elementos materiales de prueba que habían sido aportados al proceso. **(ii)** En el expediente T-8.319.475, amparará los derechos a la seguridad social, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso de la accionante, tras advertir que el Tribunal accionado había incurrido en un defecto sustantivo en tanto que fundó su decisión en una normatividad que no era aplicable al contexto debatido. **(iii)** En el expediente T-8.484.811, amparará el derecho al debido proceso porque se advirtió que la autoridad judicial accionada había incurrido, no en un defecto por el desconocimiento del precedente, sino en un defecto sustantivo. Y **(iv)** dentro del expediente T-7.867.632, no amparará el derecho al debido proceso de Colpensiones, pero advertirá que la regla probatoria fijada en esta providencia deberá aplicar a futuro.

b. Efectos inter pares

415. Por virtud del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, los efectos de las sentencias de tutela son, de ordinario, *inter partes*. Esto quiere decir que las decisiones que se profieren en el marco de este recurso recaen, exclusivamente, sobre las partes que componen el proceso, o sobre los terceros que intervienen legítimamente en él. Sin embargo, esta regla general admite, por lo menos, dos excepciones. Una es la de los efectos *inter pares* y otra es la de los efectos *inter comunis*.

416. En la Sentencia SU-349 de 2019, la Corte Constitucional recordó cuándo y de qué manera operan los efectos *inter pares*:

“(…) los efectos “inter pares” son aplicados por la Corte Constitucional en aquellos eventos en los que ésta resuelve un problema jurídico relacionado con la interpretación y/o aplicación de un marco normativo concreto, en un contexto fáctico específico. En estos eventos, se dispone que la resolución que ha dado al asunto debe ser asumida en los casos que, sin integrar necesariamente una misma comunidad, son o llegarán a ser semejantes. La primera vez que este Tribunal hizo uso de esta figura corresponde al Auto 071 de 2001. Allí, la Corporación resolvió un aparente conflicto negativo de competencias que se había suscitado alrededor del conocimiento de una acción de tutela, promovido por dos autoridades judiciales con base en las supuestas “reglas de competencia” contenidas en el artículo 1º Decreto 1382 de 2000. La Corte aclaró que la aplicación de esta disposición, en el sentido que lo habían hecho los operadores jurídicos en tensión, era contraria al artículo 86 de la Constitución Política, por limitar el ejercicio del derecho fundamental a la acción de tutela. Por ello, dispuso apartarse de la norma, por vía de la excepción de inconstitucionalidad y aclaró que “cuando en la parte resolutive de sus providencias decide inaplicar una norma y aplicar de manera preferente un precepto constitucional, la resolución adoptada tiene efectos respecto de todos los casos semejantes, es decir inter pares, cuando se presentan de manera simultánea las siguientes condiciones”.

En la Sentencia SU-783 de 2003, igualmente se otorgó efectos “inter pares” a la decisión. Este antecedente resulta importante en la medida que, a diferencia de lo resuelto en el Auto 071 de 2001, no se trató del uso de la excepción de inconstitucionalidad. En esta Sentencia, la Sala Plena conoció un grupo de acciones de tutela que habían sido promovidas por unos estudiantes universitarios, en contra de las respectivas instituciones educativas en las que adelantaban su formación como abogados. Los actores señalaban que las accionadas vulneraban sus derechos fundamentales al exigirles la superación de los exámenes preparatorios, como requisito para obtener el respectivo título profesional. La Corte negó el amparo tras advertir que tal exigencia, de acuerdo con la Sentencia C-505 de 2001, era razonable y no era contraria a la Constitución Política. Asimismo, la Sala advirtió que la decisión adoptada tiene efectos “inter pares”, por lo que “debe ser aplicada a todos los casos que reúnan los supuestos legales analizados en esta sentencia”.³⁵⁸

417. En pocas palabras, por medio de la figura de los efectos *inter pares*, aplicado recientemente en la Sentencia SU-543 de 2023, esta Corte pretende materializar el principio de la igualdad, establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual, “[t]odas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.³⁵⁹ En efecto, si un número importante de personas se encuentra en una situación equiparable, no habría razón para tratarlas de manera diversa ya sea en sede de la justicia ordinaria, o en sede de tutela. Ello con independencia de que esas personas hubiere, o no, hecho parte de una determinada acción de tutela.

418. En esta causa, se advierte que gran parte de los accionantes consideraron desconocidos sus derechos fundamentales porque, en su interpretación, diversas

³⁵⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-349 de 2019.

³⁵⁹ Constitución Política. Artículo 13 -inciso 1-.

autoridades judiciales del país se apartaron del precedente establecido por la Corte Suprema de Justicia en lo relativo a la *ineficacia* de los traslados entre regímenes. Adicionalmente, la situación particular de los accionantes, de acuerdo con lo recabado con las pruebas decretadas en el marco del presente proceso, es similar a la de aquellos que, a pesar de no ser parte de este trámite, pretenden que se declare la *ineficacia* de un traslado. Por lo tanto, resulta pertinente indicar que los efectos de la presente sentencia de unificación serán *inter pares*.

c. Reglas de unificación a aplicar con efectos inter pares

419. Como se pudo comprobar en la audiencia pública y en el recaudo de pruebas, actualmente existe un alto número de litigios en la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en los cuales se solicita la declaratoria de la *ineficacia* de traslados. Igualmente, puede que con posterioridad a la notificación de esta providencia se inicien nuevos procesos judiciales con características similares. Por ello, la Corte señalará en la parte resolutive de esta sentencia, las precisiones sobre el alcance del precedente (supra 327) y las directrices probatorias (supra 328 y 329) que habrán de ser aplicadas 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.

420. Por último, en algunos casos la Corte ha identificado la necesidad de realizar una pronta notificación del fallo.³⁶⁰ De manera que, por virtud de las garantías constitucionales que se encuentran en riesgo y por la magnitud de los efectos del precedente judicial aquí analizado, la Sala Plena estima necesario que la notificación de la presente sentencia de unificación se realice de manera directa por parte de la Secretaría General de la Corte Constitucional.

J. Síntesis de la providencia

421. La Corte Constitucional conoció veinticinco (25) decisiones judiciales que resolvieron acciones de tutela dirigidas contra providencias en las que se había resuelto sobre la *ineficacia* del traslado que algunas personas hicieron hacia el RAIS, en el periodo comprendido entre 1993 y 2009. En veinte (20) de ellas los accionantes señalaron, en sus escritos, que las autoridades judiciales se habían apartado de manera injustificada del precedente de la Corte Suprema de Justicia, según el cual, (i) cuando el demandante alegue que fue indebidamente informado sobre las implicaciones de su traslado, corresponde a los jueces declarar la *ineficacia* del mismo y no su *nulidad*; (ii) en el proceso judicial, quien debe demostrar el suministro de la información aludida, es la AFP demandada; y (iii) el formulario de afiliación no demuestra dicho suministro de información. En cinco (5) de estos casos se presentó un fenómeno de múltiple afiliación,

³⁶⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias SU-484 de 2008, SU-335 de 2020 y SU-180 de 2022, entre otras.

en el que, durante un periodo específico, los actores estuvieron afiliados a ambos regímenes de pensiones y su asignación al RAIS se resolvió administrativamente.

422. Los casos restantes presentaron diferencias respecto del anterior grupo. En dos de ellos, se discutió si, respecto de la *ineficacia*, era procedente declarar la prescripción; en otro, se revisó si el análisis probatorio que llevó a cabo el accionado fue adecuado; en otro, se debatió si debía darse -o no- aplicación al Decreto 1642 de 1995, artículo 2 -parágrafo transitorio-, a efectos de que la demandante regresara al RPM. Y, en una última tutela, se indagó sobre el presunto desconocimiento del precedente de la Corte Suprema de Justicia, en el que habría incurrido la Sala de Descongestión No. 4, de la Sala de Casación Laboral de ese mismo tribunal, al declarar que, por la movilidad que al interior del RAIS llevó a cabo una accionante, aquella ratificó su intención de permanecer en el RAIS y no en el RPM.

423. En primer lugar, la Corte resolvió si cada una de estas acciones superaba los requisitos de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales. Allí advirtió que, en todos los casos, (i) los accionantes estaban legitimados para instaurar los recursos de amparo; (ii) los accionados estaban legitimados para responder por la presunta vulneración de derechos fundamentales alegada; (iii) se acreditaba la relevancia constitucional, pues se discutía el presunto desconocimiento del derecho al debido proceso de los actores, y (iv) se identificaron los hechos que causaron la eventual vulneración de las prerrogativas.

424. Luego la Corte se detuvo en el cumplimiento del requisito de la inmediatez. Al respecto, indicó que, aunque la inmensa mayoría de tutelas acreditaban este requisito, ello no ocurría en los siguientes expedientes: T-7.946.354, T-8.031.929, T-8.040.807, T-8.355.875, T-8.357.853, T-8.405.298, T-8.464.250, T-8.464.951 y T-8.489.328. Esto porque en esos casos la acción de tutela se formuló después de los 6 meses desde que se conoció la sentencia objeto de reproche. En tal sentido, la Corte declaró la improcedencia de estos asuntos por incumplir el requisito referido.

425. Acto seguido, la Corte advirtió que en la inmensa mayoría de los casos los actores tampoco formularon el recurso extraordinario de casación contra las decisiones que censuraban cuando, en principio, era su deber. Sin embargo, resolvió flexibilizar, y solo para los casos analizados en la presente sentencia de unificación, dicho requisito sobre la base de que (i) durante un tiempo extenso la Corte Suprema de Justicia consideró que la declaratoria de la *ineficacia* de un traslado no podía cuantificarse. En esa medida, cuando los tribunales de lo ordinario laboral no accedían a dicha pretensión, el demandante no tenía la posibilidad de acudir al recurso extraordinario de casación por no tener “*interés jurídico para recurrir*” (Cfr., Autos AL, 9 oct. 2012, rad. 57289. Reiterado en los autos AL, 29 jul. 2015, rad. 67272, AL5108-2017 y AL5102-2017). Y (ii) que la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral- empezó a flexibilizar el requisito de la subsidiariedad, para casos como estos, el 18 de marzo de 2020 (Sentencias STL3226-2020, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3200-2020, STL3199-2020, STL3197-2020, STL3196-2020, STL3193-2020, STL3191-2020, STL3187-2020 y

STL3186-2020). Esto supuso que los demandantes confiaban en la flexibilización del requisito de la subsidiariedad. Y esta confianza que surgió en ellos, estimó la Corte, debía protegerse en este proceso. Por eso, frente a los casos donde no se interpuso el respectivo recurso de casación, la Corte no declaró la improcedencia.

426. En segundo lugar, respecto de los dieciséis casos restantes, sobre los cuales no se declaró la improcedencia por incumplir el requisito de la *inmediatez*, la Sala Plena se propuso resolver dos problemas jurídicos: *Primero*, determinar si el precedente de la Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia de los traslados y la forma en que se debe probar el consentimiento informado es contrario a la Constitución y, en consecuencia, debe ser matizado por la Corte Constitucional. Este problema jurídico se deriva de la tutela interpuesta por Colpensiones (Expediente T-7.867.632). *Segundo*, determinar si los tribunales accionados desconocieron o no el precedente de la Sala de Casación Laboral en lo referido a la *ineficacia* de los traslados y al estándar probatorio que debe llevarse a cabo para demostrarla. Ambos problemas jurídicos se circunscribieron a los traslados que tuvieron lugar entre 1993 y 2009.

427. Luego de resaltar algunas consideraciones, históricas y legales, relacionadas con el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, la Sala Plena resaltó la importancia que tiene el deber de suministrar información clara, pertinente y suficiente a los usuarios que desean trasladarse de régimen. Esto porque esa decisión tiene importantes repercusiones sobre el derecho a la seguridad social de estos. Por ello, puntualizó que el deber de información que se exigía, de 1993 a 2009, imponía a los asesores de las administradoras comunicar las características esenciales del régimen al que la persona pretendía trasladarse.

428. La Corte Constitucional recordó que muchas de las personas que se trasladaron en el aludido periodo, han demandado ante la jurisdicción ordinaria laboral con el ánimo de que allí se declare la *ineficacia* de dicho traslado. Esa pretensión ha suscitado un importante precedente, creado por la Corte Suprema de Justicia, que ha sostenido que siempre que se indique, en la demanda, que una AFP no informó sobre las consecuencias de un cambio de régimen pensional, corresponde a la AFP demostrar que sí brindó dicha información. Esta regla se enunció por primera vez en la Sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008, y se ha reiterado hasta la fecha.³⁶¹ Igualmente, la Corte Constitucional reconoció que esta regla estaba vigente cuando se profirieron todas las providencias censuradas en este proceso.

429. A esta regla de decisión, con el tiempo, se han sumado otras como, por ejemplo, (i) que el formulario de afiliación no demuestra, con suficiencia, el suministro de información; (ii) que la solicitud de la *ineficacia* de un traslado es imprescriptible; (iii) que el traslado entre AFP, al interior del RAIS, no sana la falta de información; (iv) que no se puede declarar la ineficacia si el peticionario está pensionado por el RAIS; (v) que si se declara la ineficacia, debe devolverse lo que obre en la cuenta individual y el

³⁶¹ Al respecto, pueden revisarse las sentencias: SL1421-2019, SL2030-2019, SL2817-2019, SL2865-2019 y SL2954-2019, entre muchas otras.

porcentaje de los gastos de administración, de las primas y el destinado al fondo de garantía de pensión mínima; y (vi) que la declaratoria de ineficacia puede proceder aunque el peticionario no hubiese estado amparado por el régimen de transición.

430. Dicho esto, la Corte se ocupó de revisar, desde una perspectiva constitucional, el alcance e implicaciones de este precedente. Esto porque Colpensiones lo problematizó en su acción de tutela (T-7.867.632), y dijo de él que afectaba el principio de la sostenibilidad financiera del régimen pensional.

431. Sobre este punto, la Corte Constitucional reconoció que el precedente de la Corte Suprema de Justicia tenía un componente altamente tuitivo. Sin embargo, indicó que, específicamente en lo que tiene que ver con la carga de la prueba, la regla según la cual, siempre y en todos los casos corresponde a la AFP demandada demostrar que suministró información, puede generar algunos inconvenientes. La Corte indicó que, con dicha regla, aparte de desbalancear la actividad probatoria de las partes, se desconoce que el juez es el director del proceso judicial, se afecta la autonomía e independencia de este para decretar y practicar todas las pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes y se altera la regla acerca de la apreciación y valoración de las mismas conforme a la sana crítica.

432. Igualmente, indicó que el precedente parece imponer a las administradoras la carga de demostrar, por medio de pruebas directas, que sí informaron al afiliado sobre las consecuencias del traslado surtido entre **1993 y 2009**, cuando demostrar esto es sumamente complejo a través de esos mecanismos. De mantenerse el precedente de la Corte Suprema de Justicia en el tiempo, una cantidad importante de personas sería remitida al RPM, pasando por alto las reglas normales de traslado entre regímenes establecidas en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, lo cual afectaría la sostenibilidad financiera del RPM en un grado importante.

433. Precisamente por lo anterior, la Corte Constitucional procuró modular -o, lo que es lo mismo, 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 en los procesos donde se pretenda declarar la ineficacia de un traslado 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. 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) 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; (ii) procurar, de manera oficiosa, la obtención de pruebas 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; (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) acudir a la prueba indiciaria si lo estima necesario, en los términos de los artículos 176 y 242 del CGP; e (v) invertir la carga de la prueba cuando, analizando el caso concreto y la posición de las partes, esté ante un demandante que se encuentra en la imposibilidad de demostrar los supuestos de hecho de sus pretensiones, y en un proceso donde no haya sido posible desentrañar por completo la verdad a pesar de los esfuerzos probatorios oficiosos desplegados por el juez de la causa.

434. La Corte Constitucional hizo énfasis en que la inversión de la carga de la prueba puede ser 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. La Corte Constitucional señaló que esta regla de decisión, que, por supuesto, supone una flexibilización o modulación del precedente de la Corte Suprema de Justicia, debe ser aplicada en todos aquellos procesos que siguen su trámite actualmente, y en los que se inicien con posterioridad a esta providencia.

435. De cualquier modo, la Corte Constitucional advirtió que estas reglas, por razones de seguridad jurídica, no podían aplicarse en todos los 16 casos respecto de los cuales se pronunciaría de fondo. En tal sentido, señaló que, respecto de estos, era imperioso analizar si los tribunales accionados se habían apartado del precedente de la Corte Suprema de Justicia objeto de análisis.

436. Así, en lo relativo a 12 expedientes,³⁶² sostuvo que objetivamente se había desconocido el derecho al debido proceso de los accionantes porque las autoridades judiciales accionadas se habían apartado de un precedente construido por la Corte Suprema de Justicia, sin presentar razones poderosas para ello. Por esta razón, la Sala confirmó la decisión de los jueces de instancia que, en todas estas causas, habían amparado los derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso.

437. En los casos en que se había presentado un escenario de múltiple afiliación, también se confirmó la decisión de tutela que amparaba el derecho al debido proceso de los actores. Esto por las mismas razones contenidas en el párrafo anterior. De cualquier modo, se indicó que solo en el remoto caso en que no se declare la *ineficacia* de los traslados surtidos por los accionantes, el Tribunal accionado deberá identificar en qué escenario de *múltiple afiliación* se encontraron estos y si la solución adoptada por las administradoras de pensiones, al asignarlos al RAIS, fue la adecuada.

³⁶² Expedientes T-7.930.563, T-7.940.054, T-7.946.315, T-8.224.223, T-8.235.289, T-8.261.557, T-8.322.441, T-8.255.677, T-7.936.682, T-7.938.558, T-7.944.741 y T-8.256.424.

438. Por lo demás: (i) en el expediente T-7.981.335, no se amparó el derecho al debido proceso de la actora, porque se advirtió que la decisión censurada se había fundado en los elementos materiales de prueba que habían sido aportados al proceso. (ii) En el expediente T-8.319.475, se ampararon los derechos a la seguridad social, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso de la accionante, tras advertir que el Tribunal accionado había incurrido en un defecto sustantivo en tanto que fundó su decisión en una normatividad que no era aplicable al contexto debatido. (iii) En el expediente T-8.484.811, se amparó el derecho al debido proceso porque se advirtió que la autoridad judicial accionada había incurrido, no en un defecto por el desconocimiento del precedente, sino en un defecto sustantivo. Y (iv) dentro del expediente T-7.867.632, no se amparó el derecho al debido proceso de Colpensiones, pero se advirtió que todas sus consideraciones relacionadas con el desconocimiento del criterio orientador de la sostenibilidad financiera, habían sido tenidas en cuenta para establecer la regla probatoria fijada en esta providencia. Regla que, como se ha dicho, aplicará a futuro.

439. La Corte recordó que, como se pudo comprobar en la audiencia pública y en el recaudo de pruebas, actualmente existe un alto número de litigios en la Jurisdicción Ordinaria Laboral en los cuales se solicita la declaratoria de la *ineficacia* de traslados. Igualmente, puede que con posterioridad a la notificación de esta providencia se inicien nuevos procesos judiciales con características similares. Por ello, la Corte precisó que las reglas probatorias establecidas en los fundamentos jurídicos 327-333 tendrán efectos *inter pares*, por lo cual habrán de ser aplicadas 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.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en este proceso.

SEGUNDO.- REVOCAR las sentencias que ampararon los derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso en el marco de los siguientes 9 expedientes. En su lugar, declarar la **IMPROCEDENCIA** de esas acciones de tutela por no acreditarse el requisito de inmediatez:

T-7.946.354. Sentencia proferida el 28 de julio de 2020 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 1-, que confirmó la decisión proferida el 24 de junio de 2020 por la Sala de Casación Laboral de esa misma

Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Leyla Esperanza Escobar Vásquez, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

T-8.031.929. Sentencia proferida el 21 de julio de 2020 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 1-, que confirmó la decisión proferida el 27 de mayo de 2020 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por María Cecilia Gamboa Casablanca, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

T-8.040.807. Sentencia proferida el 17 de septiembre de 2020 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 3-, que confirmó la decisión proferida el 22 de julio de 2020 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Claudia Victoria Pareja Martínez, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia (Sala Civil-Familia-Laboral).

T-8.355.875. Sentencia proferida el 29 de junio de 2021 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 1-, que confirmó la decisión proferida el 5 de mayo de 2021 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Magda Cristina Suárez Rodríguez, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

T-8.357.853. Sentencia proferida el 15 de junio de 2021 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 1-, que confirmó la decisión proferida el 9 de diciembre de 2020 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por José Manuel Ríos Martínez, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

T-8.405.298. Sentencia proferida el 6 de abril de 2021 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 2-, que confirmó la decisión proferida el 27 de enero de 2021 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Rosa Ángela Cruz Poveda, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

T.8.464.250. Sentencia proferida el 20 de mayo de 2021 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 3-, que confirmó la decisión proferida el 10 de marzo de 2021 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Rocío del Socorro Jaimes Villamizar, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

T-8.464.951. Sentencia proferida el 13 de julio de 2021 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 1-, que confirmó la decisión proferida el 21 de abril de 2021 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Luz Stella Corredor Cañón, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

T-8.489.328. Sentencia proferida el 13 de julio de 2021 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 1-, que confirmó la decisión proferida el 9 de diciembre de 2020 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Blanca Nieves Herrera Majén, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

TERCERO.- CONFIRMAR el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso en el marco de los siguientes 12 expedientes:

T-7.930.563. Sentencia proferida el 26 de mayo de 2020 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, que confirmó la decisión proferida el 18 de marzo de 2020 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Ana Patricia Rodríguez Rubiano contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

T-7.940.054. Sentencia proferida el 9 de junio de 2020 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Sala de decisión de tutelas No. 2-, que confirmó la decisión proferida el 18 de marzo de 2020 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Mauricio Perea Restrepo, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

T-7.946.315. Sentencia proferida el 18 de junio de 2020 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 3-, que confirmó la decisión proferida el 18 de marzo de 2020 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Blanca Leonor Aponte Castro, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

T-8.224.223. Sentencia proferida el 2 de febrero de 2021 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 1-, que confirmó la decisión proferida el 11 de noviembre de 2020 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Pilar Barrientos Ortega, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

T-8.235.289. Sentencia proferida el 10 de diciembre de 2020 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 3-, que confirmó la decisión proferida el 30 de septiembre de 2020 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Diana del Pilar Aguilera, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

T-8.261.557. Sentencia proferida el 19 de enero de 2021 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 1-, que confirmó la decisión proferida el 21 de octubre de 2020 por la Sala de Casación Laboral de esa misma

Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Judith Rodríguez Gómez, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

T-8.322.441. Sentencia proferida el 16 de diciembre de 2020 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 3-, que confirmó la decisión proferida el 21 de octubre de 2020 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Nubia Ingrith Cardona, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

T-8.255.677. Sentencia proferida el 9 de febrero de 2021 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 1-, que confirmó la decisión proferida el 18 de noviembre de 2020 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Lucelly García Rico, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

T-7.936.682. Sentencia proferida el 30 de junio de 2020 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Sala de decisión de tutelas No. 1-, que confirmó la decisión proferida el 18 de marzo de 2020 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Armando Padilla Romero, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

T-7.938.558. Sentencia proferida el 18 de junio de 2020 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 3-, que confirmó la decisión proferida el 18 de marzo de 2020 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por María del Carmen Castañeda, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

T-7.944.741. Sentencia proferida el 23 de junio de 2020 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 2-, que confirmó la decisión proferida el 27 de abril de 2020 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Maritza Navarro García, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

T-8.256.424. Sentencia proferida el 16 de marzo de 2021 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 1-, que confirmó la decisión proferida el 11 de noviembre de 2020 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Elsy Jeannete Garzón Martínez, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

CUARTO.- En el expediente **T-8.319.475, CONFIRMAR** la Sentencia proferida el 23 de marzo de 2021 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 2-, que confirmó el amparo en la decisión proferida el 27 de enero de 2021 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Araminta Angarita Angarita, contra el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral- al constar la ocurrencia de un defecto sustantivo.

QUINTO.- CONFIRMAR las sentencias que negaron el amparo al derecho al debido proceso en el marco de los siguientes 2 expedientes:

T-7.981.335. Sentencia proferida el 17 de marzo de 2020 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 3-, que confirmó la decisión **proferida** el 27 de agosto de 2019 por la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Gloria Patricia Patiño Duque, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

T-7.867.632. Sentencia proferida el 16 de enero de 2020 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, que confirmó la decisión proferida el 30 de octubre de 2019 por la Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 3- de esa misma Corporación, en el proceso de acción de tutela promovido por Colpensiones, contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

SEXTO.- En el expediente **T-8.484.811, REVOCAR** la sentencia proferida el 7 de julio de 2021 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, que confirmó la decisión proferida el 1 de diciembre de 2020 por la Sala de Casación Penal -Sala de Decisión de Tutelas No. 1- de esa misma Corporación, en el proceso de tutela promovido por Ana Esperanza Lara Rodríguez, contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que negó el amparo deprecado, y en su lugar, amparar el derecho fundamental al debido proceso de la accionante Ana Esperanza Lara Rodríguez.

SÉPTIMO.- DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del 15 de septiembre de 2020 proferida por la Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral, Sala de Descongestión No. 4. En consecuencia, **ORDENAR** a dicha Sala de Descongestión, que dentro de los 30 días siguientes contados a partir de la notificación de la presente sentencia, dentro del proceso ordinario laboral No. 11001310502820140013900, promovido por Ana Esperanza Lara Rodríguez, adopte una nueva decisión de acuerdo con las reglas, hasta este momento, establecidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

NOVENO.- NOTIFICAR la presente providencia por conducto de la Secretaría General de la Corte Constitucional a las partes y a los terceros con interés, para lo cual librára las comunicaciones pertinentes.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.



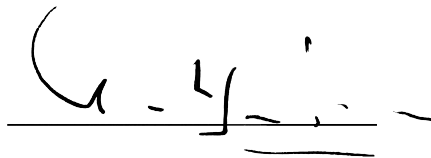
JOSE FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado
Con salvamento parcial de voto



JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ
Magistrado
Con Salvamento parcial de voto



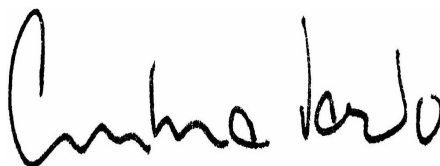
VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE
Magistrado
Salvamento parcial de voto



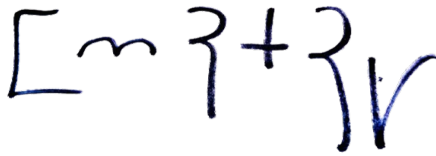
JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado



PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada



CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada



ANTONIO FELIPE BARRETO ROZO
Conjuez



JAIME HUMBERTO TOBAR ORDÓÑEZ
Conjuez



JUAN CAMILO RESTREPO SALAZAR
Conjuez



ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ
Secretaria General