



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Laboral

**CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**

**Magistrada ponente**

**SL2999-2024**

**Radicación n.º 98053**

**Acta 42**

Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024).

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por **MARÍA ELSY AYALA TORRES** frente a la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 30 de julio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que adelanta contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

## **I. ANTECEDENTES**

La actora llamó a juicio a las administradoras de pensiones referidas, procurando que se declare la inexistencia de la afiliación al «Fondo de Pensiones y

*Cesantías ING*», hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., en 1997; luego, también, la del formulario de afiliación al «*Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Colmena S.A.*», en 1999. En subsidio, solicitó la «*nulidad*» del traslado de régimen pensional, por falta al deber de información y, en consecuencia, se ordene a Colpensiones a reconocerlo como beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; se condene en costas y lo que resulte *extra y ultra petita*.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que se trasladó del Instituto de Seguros Sociales a la AFP Protección S.A. [sic] a mediados de 1997, pero que no existe prueba del formulario suscrito para ello; que el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, ni realizó un estudio de su situación particular; que en 1999 se cambió a la «*AFP Colmena S.A.*» y tanto ésta como el «*Fondo de Pensiones y Cesantías ING*» fueron absorbidas por la AFP Protección S.A.

Comentó que el 1.º de julio de 2002 fue recibido en el Régimen de Prima con Prestación Definida -RPM- administrado por Colpensiones, en virtud de «*la Sentencia [sic] 1024*»; solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual le fue otorgada mediante Resolución n.º 27289 de 16 de agosto de 2012, bajo los supuestos de la Ley 797 de 2003, en cuantía de \$1.265.689, a partir del 1.º de marzo de 2011.

Manifestó que nació el 5 de diciembre de 1954, para el 1.º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad y el 25 de julio de 2005 tenía 868 semanas cotizadas; cumplió 55 años de edad el «17 de enero» de 2009; entre «enero de 1967» y noviembre de 2010 sumó 1093 semanas de aportes; agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones el 3 de agosto de 2018, quien negó la «nulidad» de traslado en comunicado n.º 2018\_9357238-16116130 del mismo día.

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con el regreso de la actora al RPM el 1.º de julio de 2002, la solicitud de la pensión, su reconocimiento, la fecha de nacimiento de la actora, su edad para el 1.º de abril de 1994 y el agotamiento de la reclamación administrativa. Los demás los negó o dijo no constarle.

En su defensa propuso las excepciones de fondo de «inexistencia del derecho para recuperar el régimen de transición», «inexistencia del derecho para declarar la ineficacia de traslado», prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas, «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria» y la genérica.

A su turno, Protección S.A. se resistió a las súplicas de la demanda y, frente a lo fáctico, admitió el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante en 1997, la data en que ésta nació y su edad para el 1.º de abril de 1994

y «7 de enero» de 2009. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, «*aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, traslado de aportes*» y la innominada.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante sentencia de 8 de julio de 2020 declaró la ineficacia de la afiliación y traslado de la convocante a juicio a la AFP Colmena hoy Protección S.A. de 1.º de diciembre de 1997; ordenó a Colpensiones mantener la afiliación como si nunca se hubiera trasladado al RAIS; condenó a Protección S.A. a devolver al RPM los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados.

Impuso a Colpensiones reliquidar la pensión de vejez de la promotora del juicio según el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1.º de diciembre de 2010, considerando la prescripción de las diferencias pensionales anteriores al 3 de agosto de 2015; declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandadas, a quienes gravó con las costas del proceso.

## **III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Por apelación de Protección y Colpensiones y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la última entidad, la Sala

Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través de sentencia de 30 de julio de 2021, revocó en su integridad la proferida por el sentenciador de primer grado.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró como fundamento de su decisión, que lo pretendido por la actora desborda la finalidad de estos procesos ordinarios, pues aquella regresó al Régimen de Prima Medida -RPM- en 2002 y Colpensiones recibió los aportes realizados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- y los tuvo en cuenta para reconocerle la pensión de vejez; por lo tanto, que no había lugar a declarar la ineficacia por no existir traslado de régimen que ordenar ni aportes que devolver.

Para arribar a la anterior conclusión, el sentenciador de alzada, en lo que atañe a su posición frente al citado traslado, manifestó que, aunque la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información, lo cierto es que la demandante ya había retornado al RPM y está pensionada en aquél desde el 1.º de diciembre de 2010.

Con relación al beneficio de la transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el Colegiado sostuvo que según las sentencias CC C-789 de 2002, CC C-1024 de 2004 y CC SU-062 de 2010, como la convocante a juicio lo perdió cuando se trasladó de régimen pensional, sólo podía recuperarlo bajo el cumplimiento de unos requisitos, condensados por esta Sala de la Corte, a saber: (i) tener 15 años de servicios cotizados a 1.º de abril de 1994 y (ii)

trasladar al RPM todo el ahorro que se haya efectuado en el RAIS. En apoyo, citó las sentencias CSJ SL609-2013, CSJ SL739-2013 y CSJ SL3171-2014.

Destacó que esos presupuestos fueron acreditados por la demandante parcialmente, en tanto que, si bien todo lo ahorrado en el RAIS fue devuelto al RPM, no demostró contar con el tiempo mínimo de cotizaciones descrito, pues, para el 1.º de abril de 1994, tan solo alcanzó 343 semanas.

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN**

Interpuesto por el apoderado de la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

#### **V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN**

Pretende la recurrente que la Corte case la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, confirme la dictada por el *a quo*, que accedió a las súplicas de la demanda.

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación laboral, que fueron replicados por Colpensiones. La Sala se limitará al estudio del primero de ellos, dada su vocación de prosperidad.

## VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia impugnada de violar directamente, en la modalidad de interpretación errónea, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en relación con los artículos 11, 33, 36, 60, 271 y 272 de la misma normativa; 48 y 53 de la Constitución Política y 10 del Decreto 720 de 1994.

En sustento del cargo, manifiesta que el Tribunal erró en la intelección que dio al literal b) de la primera norma referida, pues se trata de un precepto protector de la libertad de selección de régimen pensional y así lo reiteró esta Corporación en sentencia CSJ SL3871-2021, puesto que, tanto empleadores como administradoras de fondos de pensiones pueden coartar ese derecho a elegir, estas últimas en particular, por ser las principales interesadas en captar afiliados y generar lucro con la labor de gestión frente a las cuentas de ahorro individual.

Sostiene que la interpretación equivocada del sentenciador de alzada desconoce los efectos de la ineficacia contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, dado que al momento del traslado era obligación de la AFP entregar información veraz, completa y oportuna, deber que no se cumplió.

Menciona que el juez de apelaciones desvió el sentido de lo dispuesto en el artículo 36 *ibídem*, al exigir que para decretar la ineficacia del traslado al RAIS y la recuperación del régimen de transición en el RPM es requisito obligatorio

tener 15 años de servicios a 1.º de abril de 1994, cuando la consecuencia es que las cosas retornan a su estado anterior, como si el traslado no se hubiera efectuado.

Reproduce un párrafo de la sentencia CSJ STL11928-2020 y arguye que el *ad quem* distorsionó el análisis del caso, puesto que, insiste, lo que busca la demanda es la ineficacia por falta al deber de información y la responsabilidad del artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

Aduce que otro error garrafal del sentenciador de segundo grado es supeditar la declaratoria de ineficacia al beneficio del régimen de transición o a tener un derecho consolidado, en tanto no solo trasgrede la ley, sino que mal interpreta el precedente jurisprudencial, porque, redundante, en el asunto lo que se debate es el incumplimiento del mencionado deber de información, razón que apoya en apartes de la sentencia CSJ SL1452-2019.

## **VII. RÉPLICA**

La opositora Colpensiones advierte que el Colegiado de alzada se refirió a la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones de demostrar el cumplimiento al deber de información, en los términos precisados por esta Corporación; por tanto, el ataque carece de fundamento al denunciar la interpretación errada de las normas incluidas en la proposición jurídica.

Afirma que asegurar que el *ad quem* exigió a la demandante contar con 15 años de servicio a 1.º de abril de 1994 para acceder a la declaratoria de la ineficacia no es acertado, pues lo que ocurrió fue que luego del estudio de dicha figura, analizó su retorno libre y voluntario al RPM en el 2002, sin contar con el mentado requisito, pero para mantener el régimen de transición, lo que no es debatido por el sendero del cargo. Dice que las premisas en las que se funda la demanda de casación son inocuas y mantienen incólume el fallo de segundo grado.

### **VIII. CONSIDERACIONES**

En atención al sendero del ataque, esto es, el directo, destaca la Sala que no se controvierten los supuestos fácticos que dio por establecidos el Tribunal, tales como que: *i)* la actora se afilió el 10 de julio de 1987 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el Instituto de Seguros sociales, hoy Colpensiones; *ii)* que el 1.º de diciembre de 1997 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a la AFP Colmena, hoy Protección S.A.; *iii)* que retornó al régimen público el 1.º de julio de 2002, en el que le fue reconocida la pensión de vejez a partir del 1º de diciembre de 2010, en los términos de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Según el planteamiento del cargo, el problema jurídico que debe resolver la Corte gravita, en estricto rigor, en determinar si el hecho de que la actora haya retornado al RPM y se encuentre pensionada, es un obstáculo que impide

declarar la ineficacia de traslado que en su momento realizó al RAIS.

Para resolver, se recuerda que es criterio ampliamente esbozado por esta Corporación que la consecuencia de la afiliación desinformada al Sistema General de Pensiones es la *ineficacia* en sentido estricto o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, situación que 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, [...]»*. (CSJ SL3464-2019).

Dicha tesis ha edificado numerosos pronunciamientos en los que se ordena a las AFP, además de devolver a Colpensiones los saldos de las cuentas de ahorro individual de los afiliados, girar los porcentajes por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima; también, respecto a los beneficios del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que implica su conservación, puesto que, se insiste, nunca operó el traslado.

Ahora, la posición profusa y pacífica de esta Sala de la Corte y del máximo Tribunal Constitucional es que los afiliados que se trasladen del RPM al RAIS pierden el régimen de transición, salvo aquellos que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones tengan 15 años o más de servicios laborados o cotizados, quienes pueden regresar en

cualquier tiempo conservando sus beneficios, situación muy distinta a la de sus titulares por edad, pues así retornen nuevamente al RPM en las oportunidades de ley, no recuperan las prerrogativas previstas en el mencionado precepto normativo. (CSJ SL2929-2022)

En el presente asunto el Tribunal, aunque encontró acreditada la falta al deber de información, negó la ineficacia de traslado de régimen pensional porque la demandante ya había regresado al régimen público y fue pensionada por Colpensiones; sin embargo, pasó por alto que el acto ineficaz de cambio de régimen implica que este nunca se abandonó y que el traslado al RAIS no ocurrió.

En otros términos, el supuesto de los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el cual quienes se trasladen voluntariamente al RAIS, a menos que tengan 15 años o más de servicios cotizados, pierden el régimen de transición (CC C789-2002), no se configura cuando se declara la ineficacia del traslado, pues al amparo de esta figura se da por sentado que las repercusiones jurídicas que se esperaban con la suscripción del traslado jamás ocurrieron, o lo que es igual, que el afiliado jamás se trasladó. (CSJ SL2929-2022)

En el horizonte trazado, el juzgador de apelaciones, al comprobar el incumplimiento del deber de información, debió declarar que el cambio de régimen pensional no produjo efectos; por lo tanto, se sustrajo inexplicablemente de actuar de forma coherente y aplicar las consecuencias propias de

esta decisión, esto es, que no existió el traslado descrito, que la actora siempre permaneció en el RPM y, por ende, verificar si conservó los beneficios del régimen de transición.

Refuerza lo anterior, lo precisado por esta Sala en la pluricitada sentencia CSJ SL2929-2022, que se reitera en esta oportunidad, en la que expresó:

Esta Sala en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en decisiones CSJ: SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019, señaló que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»,* sin importar si el afiliado *«tiene o no un derecho consolidado, tiene o no un beneficio transicional, o está próximo o no a pensionarse».* Por esta razón, el tener causado un derecho pensional no es, en principio, un impedimento para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional.

Ahora, la jurisprudencia de la Corporación solo en el caso de los pensionados del RAIS ha defendido el criterio que no es posible darle *efectos prácticos* a la declaratoria de ineficacia -vuelta al *statu quo ante-*, teniendo en cuenta que la calidad de pensionado en este régimen pensional 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»* (CSJ SL373-2021).

Sin embargo, esta regla no puede extenderse a los pensionados del RPMPD, pues estos 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.

De esta forma, el Tribunal también erró al declinar la declaratoria de ineficacia bajo el criterio que la demandante tenía un derecho consolidado en el RPMPD.

Bajo las anteriores consideraciones, sin necesidad de ahondar en argumentos adicionales, el cargo resulta fundado y, en consecuencia, se casará la sentencia gravada.

Por este resultado no se impondrán costas en sede extraordinaria.

## **IX. SENTENCIA DE INSTANCIA**

En sede de instancia, frente al traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, basta con reiterar que para que éste surta efectos es necesario que la administradora de pensiones privada brinde previamente a la afiliada la información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar al que se encontraba vinculada, como lo era la pérdida del régimen de transición.

De igual modo, que la carga de la prueba corre por cuenta de las AFP, pues al tener el deber inexcusable de proporcionar una ilustración tal a la actora que le permitiera tomar una decisión consciente y ante la negación indefinida de ello, le corresponde demostrar su cumplimiento.

Ahora, previo al estudio de las pruebas obrantes en el expediente, es menester detenerse en las reglas fijadas por la Corte Constitucional en la sentencia CC SU-107-2024, para los procesos en los que se depreca la ineficacia de un traslado ocurrido entre 1993 y 2009, como aquí ocurre.

En lo que atañe al caso, aunque el máximo órgano constitucional admitió que las subreglas establecidas en la jurisprudencia de esta Sala de Casación Laboral gozan de un

carácter eminentemente protector en aplicación del artículo 53 de la Constitución Política, las mismas llegan al punto de «*anular la actividad probatoria*» de las encausadas, así como la valoración por parte del juzgador.

Concluyó esa Corporación que la inversión de la carga de la prueba en favor de quienes demandan la ineficacia de traslado de régimen pensional produce que aquellos afirmen de manera genérica que no fueron debidamente informados y, por tanto, «*no se les exige aportar prueba alguna para demostrar los supuestos de hecho que sirven de causa a sus pretensiones*»; en contraste, que las AFP tienen que correr con una carga probatoria imposible de cumplir, en tanto que fue con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2241 de 2010 que se les impuso la obligación de «*consignar en medios verificables que el afiliado fue informado, que recibió asesoría adecuada, y que entendió los efectos de su decisión*».

También, esa colegiatura consignó en la providencia mencionada, que la inversión de la carga probatoria no es la única herramienta para emplear por el juzgador, con el objeto de desentrañar la verdad de los hechos ocurridos debatidos en juicio, sino una opción de la que puede hacer uso; situación que conlleva, incluso, a «*despojar al juez de su papel de director del proceso*» o limitar su autonomía judicial al momento de decretar y practicar las pruebas que considere necesarias, pertinentes y conducentes, así como de valorarlas bajo el marco de la sana crítica.

Pues bien, esta Sala no comparte la lectura que la Corte Constitucional hizo del precedente fijado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia y, por tanto, respetuosa de la postura adoptada por ese órgano y en atención al principio de transparencia, se aparta del criterio según el cual no es aplicable la inversión de la carga de la prueba en los casos en que se demanda la ineficacia de traslado de régimen pensional, por las razones que siguen.

Esta Corporación nunca ha desconocido la libertad de los jueces para formar su convencimiento y valorar el caudal probatorio aportado oportunamente, conforme lo establecen los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. De modo que en el precedente cuestionado jamás se ha restringido o limitado esa autonomía, mucho menos al punto de despojar al juzgador de sus facultades como director del proceso, ya que, según lo consagrado en el canon 54 *idem*, este puede decretar pruebas de oficio frente a los hechos controvertidos que le generen duda.

Justamente, en este tipo de asuntos, los demandantes suelen acreditar, a través de interrogatorio a los representantes legales de las AFP y testimonios, que no se les brindó la debida información, sin necesidad de invertir la carga probatoria por parte de la autoridad judicial que analiza el caso; sin embargo, no puede perderse de vista que la afirmación sobre la ausencia de información es un supuesto negativo indefinido que debe desvirtuar quien se ve afectado por este, con las pruebas que estime necesarias para demostrar que cumplió con su obligación legal.

Se recuerda que «[...] *las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba*», tal y como lo dispone el inciso 4.º del artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral en virtud del principio de integración normativa contenido en el precepto 145 del Estatuto Adjetivo Laboral. Ello cobra sentido, en tanto que no es razonable exigir a quien asegura que algo no aconteció que lo pruebe.

Ahora, no significa que la referida trasposición de roles anule la actividad probatoria de las administradoras de fondos de pensiones convocadas a estos juicios, sino que, como al contestar las demandas en ejercicio del derecho de defensa expresan que su información fue completa, clara y oportuna, son aquellas las llamadas a acreditar tales manifestaciones, pues estas sí cuentan con el carácter de afirmaciones definidas susceptibles de acreditación.

En ese horizonte, se reitera lo adoctrinado en la sentencia CSJ SL1452-2019 en la que se expresó lo siguiente:

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.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del

traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»*, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

Así, la regla de inversión probatoria encuentra fundamento en el artículo 1604 del Código Civil para estos casos y, también, en el precepto 167 del Código General del Proceso, que indica que *«incumbe a **las partes** probar el supuesto de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»*, lo que quiere decir que no solo le compete a la parte demandante. (Énfasis de la Sala)

Aunado a lo anterior, el precedente jurisprudencial defendido por esta Sala de la Corte no es que atribuya una carga imposible de cumplir por parte de las AFP, pues aquellas cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, características que les son propias desde su origen y no sólo a partir de la expedición del Decreto 2241 de 2010, como parece entenderlo la Corte Constitucional, pues dicha normativa consagró como obligación a cargo de las AFP, entre otras, registrar las actuaciones correspondientes al deber de información y asesoría, que siempre les estuvo atribuido.

De modo que las AFP se ubican en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera. (CSJ SL1452-2019)

Conforme a lo hasta aquí discurrido, no se ha vulnerado la Constitución Política y los estatutos adjetivos que rigen la

materia probatoria y, en consecuencia, se ratifica la regla fijada en la jurisprudencia de esta Corte, pues son los fondos por ley los obligados a brindar y probar la información que ofrecieron a los afiliados y no estos últimos quienes deben acreditar algo que no ocurrió.

### **Caso concreto**

En el presente asunto, la Corte advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción que demuestre que Protección S.A. brindó información suficiente, transparente y completa a la afiliada, en los términos anteriormente descritos. De hecho, ni siquiera fue aportado el formulario de afiliación al RAIS, pese a que fue decretado de oficio por el juez singular, pues la AFP adujo no contar con tal documento; tampoco se indicaron los datos del asesor que tramitó el traslado, requeridos para efectos de citarlo como testigo y la declaración de parte rendida por la representante legal de la administradora privada nada aportó al tema, al desconocer las particularidades al momento del traslado en cuestión.

Del interrogatorio de la actora tampoco se deriva confesión al respecto, en tanto, básicamente, solo aceptó que firmó voluntariamente el formulario de afiliación y que le dieron una charla grupal sobre las generalidades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la que únicamente se le informó sobre el trámite de la afiliación; que se pensionaría de manera anticipada y con mejor monto que en el Régimen de Prima Media; que el Instituto de Seguros

Sociales se iba a acabar y que podía realizar aportes voluntarios, lo que no es concluyente en relación con el deber de información que, como se vio, implica instruir en forma detallada, diferenciada y personalizada a la afiliada.

Lo mismo se predica respecto de las demás pruebas documentales obrantes en el expediente, pues todas ellas son posteriores al acto de traslado y ninguna permite establecer si la AFP demandada ofreció a la convocante a juicio la plurimentada información previa al traslado.

Por tanto, ante el evidente incumplimiento del deber de información a cargo de Protección S.A., se confirmará la ineficacia de traslado de régimen pensional que efectuó la demandante el 1º de diciembre de 1997, decretada por el juzgador de primer grado, así como la orden de devolución a Colpensiones de los porcentajes correspondientes a los gastos de administración, como efecto propio de la mencionada decisión.

Ahora, por la consulta surtida a favor de Colpensiones, deberá adicionarse la providencia analizada, en el sentido de que la AFP tiene que retornarle, además, los rubros por primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues, sin lugar a dudas, fueron porcentajes tomados de los aportes realizadas por la actora, y deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado

de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De otro lado, como se recordó en sede de casación, la ineficacia se traduce en la privación de los efectos del acto de traslado y en que la demandante siempre estuvo afiliada al RPM, por lo que se deduce que María Elsy Ayala Torres no perdió los beneficios del régimen de transición, al cual tenía derecho por contar con más de 35 años de edad a 1.º de abril de 1994, en tanto nació el 5 de diciembre de 1954 (f.º 12, cuaderno digital de primera instancia).

Régimen que conservó por contar con más de 750 semanas (819.67, f.ºs 134 y 135, cuaderno digital de primera instancia) para el 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, en atención a la exigencia consignada en su parágrafo 4º.

En consecuencia, a la actora le asiste el derecho al reajuste de la pensión de vejez otorgada por Colpensiones, en los términos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, a partir del 1º de diciembre de 2010, data que no fue cuestionada por las partes, como tampoco el ingreso base de liquidación aplicado por la entidad, teniendo en cuenta los últimos 10 años de cotización, conforme lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por no contar con 1250 semanas; mismo utilizado en la Resolución n.º 27289 de 16 de agosto de 2011, que modificó la Resolución n.º 007415 de 25 de enero de ese año (f.ºs 23-25, cuaderno digital de primera instancia).

Ahora, lo que realmente deriva en un beneficio a favor de la reclamante, en virtud del régimen de transición, que es a lo que apuntó en el libelo inaugural, es lo relativo a la tasa de reemplazo o monto, que, en virtud del artículo 20 del Decreto 758 de 1990, por sumar 1096 semanas (f.º 23, cuaderno digital de primera instancia), alcanza un 78% del IBL, superior al porcentaje aplicado por la entidad, que arrojó un 63,64%, razón suficiente para confirmar la reliquidación pensional concedida en primera instancia.

Por otra parte, pese a que la ineficacia es imprescriptible, las diferencias en las mesadas pensionales sí pueden ser afectadas por el fenómeno extintivo, por lo tanto, como la reclamación objeto de las pretensiones se surtió el 3 de agosto de 2018 (f.º 19, cuaderno digital de primera instancia), data idéntica en la que emitió respuesta Colpensiones (f.º 21 siguiente) y la demanda se presentó el 22 de marzo de 2019 (f.º 84, cuaderno digital de primera instancia), se encuentran prescritas las generadas con anterioridad al 3 de agosto de 2015, tal como lo coligió el *a quo*.

Lo considerado resuelve los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, dirigidos a cuestionar la devolución de los gastos de administración por parte de la AFP y el régimen de transición por parte de la entidad pública.

En consecuencia, se adicionará el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia en los términos mencionados y se confirmará en lo demás.

Costas en las instancias a cargo de las demandadas, las cuales se fijarán y liquidarán en la forma establecida en el artículo 366 del Código General del Proceso.

## **X. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia dictada el 30 de julio de 2021 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **MARÍA ELSY AYALA TORRES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

En sede de instancia **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia dictada el 8 de julio de 2020 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de que la AFP Protección S.A. deberá devolver a Colpensiones no sólo los gastos de administración, sino los rubros correspondientes a primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, que tendrá que

discriminar con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la decisión de primer grado en lo demás.

**TERCERO: COSTAS** como se dijo en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.