



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.20-2023-00253-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por **COLFONDOS** contra la sentencia del 18 de septiembre de 2024 proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró que **COLFONDOS** faltó al deber de información al momento del traslado de régimen pensional realizado por **DORIS ADRIANA ABSIL CARRANZA** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, condenó, a título de indemnización de perjuicios, al pago las diferencias generadas respecto a la mesada pensional reconocida en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de \$1.228.902 y la estimada en el Régimen de Prima Media con Prestación definida de \$2.153.099, a partir del 27 de noviembre de 2019, indexadas, de forma vitalicia y absolvió a la llamada en garantía **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.** (*min. 01:49:03, archivo "AudienciaArt80"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

DORIS ADRIANA ABSIL CARRANZA llamó a juicio a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** para que se declare que dicha entidad es responsable de todos los daños y perjuicios generados por la omisión al deber objetivo de información al momento del traslado de régimen pensional; en consecuencia, se condene al pago indexado, a título de indemnización, de las diferencias de la mesada pensional a partir del 27 de noviembre de 2019 – por lucro cesante \$43.992.248 hasta marzo de

2023 y por daño emergente \$343.672.597 -, junto con perjuicios morales, ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales – ISS desde el 1° de febrero de 1977 hasta el 31 de mayo de 1999; el 1° de julio de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de **COLFONDOS S.A.**; que el asesor de la AFP le indicó que podía acceder a la pensión antes de la edad prevista en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que tendría mayores rendimientos, que lo más conveniente era trasladarse a ese fondo, pues el ISS entraría en liquidación y por eso se trasladó; sin embargo, que el asesor no le informó sobre el derecho de retracto, las modalidades pensionales, las ventajas, desventajas y las consecuencias que acarrearía trasladarse de régimen.

Manifestó que durante el tiempo que estuvo afiliada, **COLFONDOS** no le brindó información alguna para subsanar la falta de información al momento del traslado; para noviembre de 2015, último mes cotizado, contaba con 1.670 semanas; el 25 de abril de 2022 **COLFONDOS** le certificó que se encuentra pensionada en la modalidad de retiro programado desde el 27 de noviembre de 2019, contando con una mesada de \$1.369.000; el 17 de agosto de 2022 reclamó ante Colpensiones y **COLFONDOS** la indemnización total de perjuicios; y que por la omisión a la falta al deber de información ha sufrido una desmejora y daños, ocasionados por la diferencia significativa de la mesada pensional, en comparación con la que pudo haber obtenido si se pensionaba en Colpensiones (*pág. 5 a 16, archivo “01DemandaAnexos”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones, afirmando que las actuaciones de la entidad están ceñidas a la ley, la indemnización que se reclama carece de todo sustento legal y fáctico, por cuanto no está prevista en el Régimen de Seguridad Social – Sistema General de Pensiones, la parte demandante suscribió con total conocimiento y voluntariedad su vinculación ante la AFP y no se presentó un vicio en el consentimiento que pudiera derivar en una condena por pago de perjuicios que no están probados. Aceptó el traslado de régimen

pensional, las semanas cotizadas por la actora, la calidad de pensionada y la modalidad de la prestación (pág. 03 a 30, archivo "07ContestacionDemandaColfondos"). A su vez, llamó en garantía a **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.** (pág. 03 a 14, archivo "06ContestacionColfondosLlamamientoGarantia")

Mediante providencia del 18 de abril de 2024, el *a quo* tuvo por contestada la demanda por parte de **COLFONDOS** y admitió el llamamiento en garantía (archivo "08AutoTieneContestadaVinculaInterviniente").

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, no aceptó ninguno de los hechos y formuló las mismas excepciones de mérito formuladas por **COLFONDOS**, además de *indemnización plena de perjuicios está a cargo única y exclusivamente de la AFP que incumplió con el deber de información, de conformidad con lo preceptuado por la corte suprema de justicia.*; prescripción de la acción para solicitar el reconocimiento y pago de perjuicios a cargo de los fondos de pensiones; el reconocimiento y pago de la prestación económica es un nuevo acto jurídico que da por superada y subsanada la posible falta información al momento del traslado; afiliación libre y espontánea de la señora Doris Adriana Absil al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; error de derecho no vicia el consentimiento; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se ordena el reconocimiento y pago de la indemnización plena de perjuicios; buena fe y la innominada o genérica. Del llamamiento en garantía se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con las coberturas de las pólizas, los pagos de las primas y la vigencia de la póliza para la fecha de vinculación de la demandante a la AFP y propuso las excepciones de *abuso del derecho por parte de Colfondos s.a. al llamar en garantía a Allianz Seguros de Vida S.A. aun cuando la AFP tiene pleno conocimiento que no le asiste el derecho de obtener la devolución y/o restitución de la prima*; al no prosperar las pretensiones del llamamiento en garantía, las agencias en derecho a favor de Allianz Seguros de Vida S.A. deben liquidarse por un valor igual al asumido que compense el esfuerzo realizado y la afectación patrimonial que implicó la causa; inexistencia de obligación de restitución de la prima del seguro previsional al estar

debidamente devengada en razón del riesgo asumido; inexistencia de obligación a cargo de Allianz seguros de vida s.a. por cuanto la prima debe pagarse con los recurso propios de la AFP cuando se declara la ineficacia de traslado; la ineficacia del acto de traslado no conlleva la invalidez del contrato de seguro previsional; la eventual declaratoria de ineficacia de traslado no puede afectar a terceros de buena fe; falta de cobertura material de la póliza de seguro previsional No.0209000001; prescripción extraordinaria de la acción derivada del seguro; aplicación de las condiciones del seguro y cobro de lo no debido (pág. 4 a 42, archivo “10 contestacionAllianzSeguros”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:49:03, archivo “AudienciaArt80”)

El 18 de septiembre de 2024, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que la Administradora de Fondos de Pensiones COLFONDOS S.A. faltó a su deber de información al momento del traslado del régimen pensional de la demandante señora DORIS ADRIANA ABSIL CARRANZA. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLFONDOS a reconocerle y pagarle a la demandante señora DORIS ADRIANA ABSIL CARRANZA, a título de indemnización de perjuicios, las diferencias generadas respecto a la mesada pensional reconocida en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de \$1.228.902 y la estimada en el Régimen de Prima Media con Prestación definida de \$2.153.099, entre el 27 de noviembre de 2019 y el 18 de septiembre de 2024 (fecha de la presente decisión), sumas que deberán ser indexadas debidamente conforme al IPC certificado por el DANE. **TERCERO: CONDENAR** a COLFONDOS que a partir del 19 de septiembre de 2024 continúe pagando la pensión de vejez de la demandante señora DORIS ADRIANA ABSIL CARRANZA en la totalidad de la mesada estimada en el Régimen de Prima Media con Prestación definida de \$2.153.099, en forma vitalicia y transmisible a los beneficiarios, con su respectivo incremento anual de acuerdo al IPC certificado por el DANE. **CUARTO: ABSOLVER** a la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. de todas las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía. **QUINTO: CONDENAR** en costas a COLFONDOS a favor de la parte demandante tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a tres (3) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes. De la misma manera se condena en costas a COLFONDOS a favor de la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente”.

Como sustento de la decisión, el Juez indicó que no fue objeto de discusión el traslado de régimen pensional realizado por la demandante, así como su condición actual de pensionada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad desde el 27 de noviembre de 2019. Advirtió que conforme con lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia si un pensionado considera que la administradora del RAIS incumplió su deber de información, y con ello sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, no es posible declarar la ineficacia del traslado, sino que la persona tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo del fondo de pensiones.

Puntualizó que la AFP no acreditó el deber de información y buen consejo al momento del traslado de régimen pensional, lo que estructura la responsabilidad a su cargo, a título de culpa, daño directo, cierto, real y efectivo que corresponde al detrimento en la cuantía de la mesada pensional derivado de haber alcanzado la calidad de pensionada en un régimen en el que su vinculación no estuvo precedida de una información suficiente, lo que significó la pérdida de oportunidad de acceder a un mayor valor de mesada pensional pues de haber continuado en el Régimen de Prima Media le hubiere correspondido un mayor monto pensional del otorgado por Colfondos, como se desprende del dictamen pericial allegado por la parte actora,. En consecuencia, condenó a la AFP a pagar las diferencias en mesadas pensionales, indexadas, desde el 27 de noviembre de 2019 hasta el 18 de septiembre de 2024, a título de lucro cesante. Desde el 19 de septiembre de 2024, como daño emergente, deberá continuar pagando en forma vitalicia el valor total de la mesada que debió recibir la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Absolvió por perjuicios morales. Sobre la excepción de prescripción, aclaró que el derecho pensional es imprescriptible y solo procede sobre cada una de las diferencias causadas, las cuales no se encuentran afectadas con este fenómeno dado que ésta se interrumpió el 17 de agosto de 2022. Y declaró improcedente el llamamiento en garantía realizado a **ALLIANZ** al advertir que las pólizas no contemplan amparos por el incumplimiento al deber de información por parte del fondo de pensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLFONDOS** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Adujo que son elementos esenciales para la indemnización de daños y perjuicios que exista un incumplimiento de la operación, que se haya producido daños, perjuicios o daños emergentes

y la relación de causalidad; no obstante, en su criterio, la parte demandante no acreditó el aparente perjuicio sufrido a partir del supuesto incumplimiento del deber de información; que no hubo daño en la medida en que actualmente la accionante goza de una pensión, prestación que incrementó su patrimonio; desde el momento del traslado la afiliada tuvo una ganancia de los aportes que es una característica única del RAIS, circunstancias que no ocurre en el Régimen de Prima Media, situación que se pasó por alto; que de llegarse a confirmar la sentencia, solicita se revise la liquidación de los montos a cancelar, teniendo en cuenta también el término prescriptivo y la compensación por todos los rendimientos que obtuvo la parte demandante en el periodo de vinculación con el RAIS (*min. 01:52:41, archivo "AudienciaArt80"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **COLFONDOS** reiteró los argumentos expuestos en la alzada para obtener la revocatoria de la sentencia. Y el apoderado de **ALLIAZ** solicitó la confirmación de la decisión.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social - CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si procede el pago de la indemnización de perjuicios al demandante por faltas al deber de información cuando se produjo el traslado de régimen pensional, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) DORIS ADRIANA ABSIL CARRANZA** nació el 12 de diciembre

de 1957 y se afilió al ISS a partir del 1° de febrero de 1977 (*pág. 99 y 115, archivo "01DemandaAnexos"*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de vinculación con **COLFONDOS** el 27 de mayo de 1999, con efectividad desde el 1° de julio siguiente (*pág. 58, archivo "07ContestacionDemandaColfondos"*) y se encuentra pensionada por dicho fondo bajo la modalidad de retiro programado, a partir del 27 de noviembre de 2019, mesada que para el 2022 ascendía a la suma \$1.369.000 (*pág. 149, archivo "01DemandaAnexos"*).

- **Sobre la indemnización de perjuicios por faltas al deber de información**

La controversia en esta instancia se centra en definir si procede la condena al pago de perjuicios por incumplimiento al deber de información cuando el actor se trasladó del RPM al RAIS.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL373-2021, SL3707-2021 y SL3611-2021, SL1113-2022, SL3180-2023 y SL601-2024, entre otras, definió que cuando se trata de la falta al deber de información en el traslado de régimen pensional de una persona que adquirió con posterioridad la calidad de pensionado, no es posible declarar la ineficacia de dicho traslado, dado que no solamente se debe revertir el acto del 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 de pensión elegida, que además de ello el capital desfinanciado generaría un déficit en el RPM que iría en detrimento del interés general de los ciudadanos. Es decir, señala la Corte, un pensionado representa una situación jurídica consolidada y un hecho consumado, y que intentar revertir tal condición implicaría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, podría tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

Sin embargo, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, desde la sentencia SL373-2021 estimó que para estas personas subsiste la acción pertinente para solicitar la indemnización plena de perjuicios, así:

“...no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora. El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados. En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.”.

No obstante, la sola omisión del deber de información, en los términos señalados por la jurisprudencia, y el cambio de estatus del demandante de afiliado a pensionado, no genera automáticamente la reparación del endilgado perjuicio, pues además de acreditar el daño, su reclamación no debe estar prescrita (CSJ SL1085-2023); pero no cualquier daño sino un daño antijurídico real y causado por un comportamiento ilícito de la administradora de pensiones.

En suma, no puede perderse de vista que la obligación de indemnizar perjuicios deviene de una relación de causalidad entre el comportamiento ilícito del agente y el daño irrogado. Esta regla sobre la que se fundamenta la responsabilidad civil debe orientar el análisis del problema jurídico planteado, es decir, si la conducta del demandado acató los lineamientos legales, jurisprudenciales y regulatorios vigentes al momento de tramitarse el traslado de régimen pensional, frente al daño que se tradujo en la imposibilidad de gozar de un mayor monto pensional bajo los parámetros del régimen de prima media, al no estar legitimado para obtener la declaratoria judicial de la ineficacia del traslado por tener la calidad de pensionado del RAIS, conforme las actuales reglas jurisprudenciales.

Otra precisión a tener en cuenta es que tratándose de una reparación integral de perjuicios, la consecuencia lógica es que una vez determinado el monto indemnizable, es exigible en su totalidad dada la

naturaleza jurídica de la obligación, excluyendo la posibilidad de asimilarlo a una renta vitalicia con pagos periódicos; lo cual indica que la indemnización se hace exigible desde que se adquiere la condición de pensionado, pues es en ese momento en que se causa el perjuicio, conforme lo dicho en la sentencia SL373-2021, empezando a correr el término trienal de prescripción previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

CASO CONCRETO

En este asunto no es objeto de controversia en segunda instancia que al momento de traslado de régimen pensional de **DORIS ADRIANA ABSIL CARRANZA**, el fondo de pensiones **COLFONDOS** faltó al deber de información en los términos previstos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, al no brindar asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen pensional y las consecuencias de dicho traslado, así lo determinó el juzgado, circunstancia que no fue cuestionada por ninguna de las partes, lo que releva a la Sala de su estudio en aplicación del principio de consonancia.

Ahora, sobre la indemnización de perjuicios, **COLFONDOS** sostiene en la alzada que no se demostró el daño sufrido, que no hay ningún tipo de responsabilidad que se le pueda atribuir a título de culpa y que la parte actora no cumplió la carga probatoria que le correspondía.

Al respecto, la razón está del lado de **COLFONDOS**. Esta Sala de Decisión no encuentra configurados los elementos esenciales de la responsabilidad civil que conduzcan a declarar judicialmente a cargo de la parte demandada la obligación de indemnizar los perjuicios reclamados en el presente litigio, pues no se advierte ilicitud de su conducta como tampoco la antijuridicidad del daño en las truncadas expectativas pensionales de la demandante, conforme pasa a explicarse.

Resulta pertinente mencionar que el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional se encuentra previsto en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; en el artículo 114 *ibídem*, que dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de

dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones; el artículo 271 de la misma Ley señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea; en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado.

Sin embargo, el mismo Estado a través del Decreto 692 de 1994, artículo 11, en su momento determinó cuáles eran los requisitos para que pudiera materializarse el proceso de vinculación de un potencial afiliado, el cual debía efectuarse mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, exigencia a la que estaban sometidas las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, requisito sin el cual no se consideraba válida su vinculación al sistema o régimen pensional. Para dicho ente regulador y de control, los requisitos legales para perfeccionar el traslado de régimen pensional se satisfacían con el diligenciamiento del formulario debidamente firmado por el afiliado y la posterior verificación de dicha información por parte de la administradora de fondos receptora del nuevo afiliado.

Por tanto, desde la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y hasta la expedición de la Sentencia Rad. 31.989 de 2008, por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era suficiente que el afiliado declarara que el traslado lo hacía libre y sin presiones para entenderse válidamente efectuado, sin perjuicio de la información que el representante del fondo de pensiones suministrara al afiliado objeto de traslado de régimen pensional, cuyo contenido y precisión no estaba detalladamente regulada en el ordenamiento jurídico, únicamente el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado.

Incluso, la Corte Constitucional en sentencia SU107 de 2024, que flexibilizó el precedente de la Corte Suprema de Justicia respecto de la carga de la prueba en las ineficacias de traslado de régimen pensional, señaló que *“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”*.

Sólo a partir de la Sentencia fundadora de línea jurisprudencial, Rad. 31.989 de 2008, la Sala de Casación Laboral empieza de determinar el sentido y alcance del libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social al momento del traslado de régimen pensional, advirtiendo que este no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión, criterio reiterado con posterioridad.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Es decir, a partir de las referidas sentencias el deber de información cobró mayor relevancia, así también se dispuso en el literal c) del artículo 3° de la Ley 1328 de 2009, que introdujo el deber de asesoría y buen consejo, reglamentado por el Decreto 2241 de 2010. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2279-2021 expresó que esta disposición implica *“el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o*

recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle". Y finalmente, en la Ley 1748 de 2014, reglamentada por el artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 y en la Circular Externa No.016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, se estableció la doble asesoría que *"lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales"* (CSJ SL2279-2021).

Lo anterior para resaltar que la AFP al tramitar el traslado de régimen pensional, actuó al amparo del principio de confianza legítima, bajo el pleno convencimiento de cumplir su deber legal, aplicando la normativa vigente y siguiendo las instrucciones impartidas por la entonces Superintendencia Bancaria; solo a partir del año 2008, con ocasión de la decisión del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, se precisó el alcance del deber de información bajo la institución de la libertad o consentimiento informado, que tuvo su máximo nivel de desarrollo jurisprudencial a partir del año 2019. En consonancia con las reglas de decisión que iba dictando la Sala Laboral de la Corte, el legislador expidió la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1748 de 2014, las cuales suplieron el vacío normativo que sobre la materia imperó durante el periodo 1994 a 2008.

-Sobre el Daño

En relación con el daño alegado por la demandante, representado en la pérdida de oportunidad de haber obtenido un mayor monto pensional bajo el régimen de prima media, al carecer de legitimación en causa por activa para demandar y obtener judicialmente la declaratoria de ineficacia del traslado, por tener la condición de pensionado del RAIS, debe llamarse la atención que tal restricción sólo aparece en la jurisprudencia a partir de la sentencia SL373-2021 (10 de febrero), que recogió el criterio expuesto en la Sentencia Rad. 31.989 de 2008, la cual precisamente declaró la nulidad de traslado de régimen pensional de un pensionado del RAIS, es decir, los pensionados del RAIS, en el periodo comprendido entre el año 2008 y 2021, tuvieron la posibilidad de demandar la ineficacia del traslado, pero una modificación de la jurisprudencia, en otros términos, una variación de las reglas decisionales de la Sala Laboral de la Corte, truncaron tal expectativa. Luego, en gracia de discusión, determinar la causa del daño alegado por

la parte demandante, pasa por definir si tuvo origen en la falta al deber de información de la AFP o en el cambio en la jurisprudencia que en forma pacífica consideró durante 13 años que tal reclamo era posible, pero ahora lo estima inviable jurídica, técnica y financieramente.

Por tanto, a la parte actora, durante su afiliación al régimen de seguridad social en pensiones, le han aplicado la regulación legal y jurisprudencial vigente, pero desde el punto de vista legal y jurisprudencial sus expectativas por lograr una mejor prestación económica pensional se desvanecieron, pues al comparar la liquidación la pensión de vejez en el régimen de prima media con la que otorga el RAIS, en la mayoría de los casos aquella resulta más favorable, pero corresponde a un modelo pensional definido en la Constitución Política, la ley y la jurisprudencia; razón por la cual esa diferencia pensional que escapa a las aspiraciones de la demandante no puede considerarse como un menoscabo o daño antijurídico a su patrimonio que deba ser indemnizado por la demandada, pues tal consecuencia adversa deviene de la aplicación del ordenamiento jurídico vigente al momento de tramitar su traslado de régimen pensional y de acudir a la administración de justicia.

En un hipotético caso, si se aceptara que por el sólo hecho de faltarse al deber de información se generara la reparación de un perjuicio, en aplicación del precedente establecido por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia SL373-2021, para ello se requiere que estén debidamente demostrados y probados (CSJ SL1085-2023), circunstancia que no se encuentran acreditadas en este juicio. El artículo 16 de la Ley 446 de 1998, establece que en cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante (art. 1.613 Código Civil). El daño emergente es el perjuicio o la pérdida derivada de no haberse cumplido la obligación o retardado su cumplimiento; y lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de

reportarse por no haberse cumplido la obligación, o retardado su cumplimiento (art. 1.614 Código Civil).

Desde el punto de vista legal, para la configuración de la indemnización por perjuicios, el artículo 2.341 del Código Civil, exige la concurrencia de tres elementos, el daño, la culpa y una relación de causalidad entre estos. En cuanto al daño, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que *“la responsabilidad tiene como finalidad esencial el resarcimiento por el menoscabo causado a una persona, por lo que se impone que este sea cierto, es decir, real efectivo no eventual o hipotético, de tal suerte que de no haberse presentado el afectado estaría en mejor situación”* (CSJ SC506-2022).

En el presente asunto el daño se encuentra soportado en la diferencia entre la mesada reconocida en el RAIS y la mesada que le hubiere correspondido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en el evento que no se hubiese trasladado de régimen pensional, así se planteó en la demanda, tesis que aceptó el juzgado de instancia.

Y aunque en el plenario se allegó un dictamen pericial donde se realizó un ejercicio comparativo entre la mesada reconocida en el RAIS y la que le hubiere correspondido en el Régimen de Prima Media, para evidenciar el perjuicio a indemnizar, dicho aspecto tampoco es suficiente para impartir condena.

Esto por cuanto el daño debe ser real, cierto y efectivo y no eventual o hipotético, que para el caso de **DORIS ADRIANA ABSIL CARRANZA** no se demostró. No se solicitó la práctica de prueba testimonial para conocer la vida laboral, familiar y social de la accionante, para analizar si estos aspectos se vieron afectados con posterioridad al reconocimiento de la pensión, es decir, al no existir medios de persuasión suficientes, no es posible demostrar que hubo daño o perjuicio o que, de existirlo, se deba al monto de la prestación pensional reconocido por la AFP.

Por otra parte, la pensión reconocida se hizo bajo la modalidad de retiro programado, en donde para determinar el valor de la mesada *“se calcula cada año una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado 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” (artículo 81 Ley 100 de 1993).

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que esta modalidad pensional *“imponen a los fondos privados la obligación de controlar los saldos de la cuenta de ahorro individual, a fin de que en el evento de que exista el riesgo que el capital disminuya y se torne insuficiente, el pensionado deba tomar de manera imperativa una renta vitalicia con una aseguradora”* (CSJ SL SL3451-2022 y SL-2562-2023).

Este escenario supone que tomar como referente la diferencia pensional entre las mesadas en los dos regímenes existentes para resarcir un presunto perjuicio sería desacertado, en la medida en que el valor de la mesada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en la modalidad de retiro programado, no sería constante y su monto se encuentra condicionado al mercado bursátil, por lo que podría aumentar o decrecer, lo que conduciría a que se estuviera indemnizando un perjuicio eventual o hipotético, distinto al objetivo reparador de esta prestación. Sin mencionar que un reconocimiento en tal sentido crearía una nueva prestación a cargo del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con las características de ambos regímenes pensionales (CSJ Sala de Descongestión Laboral SL2924-2023), contrariando lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, según el cual los dos regímenes coexisten, pero son excluyentes, o mejor, la consecuencia sería la de crear un nuevo régimen pensional a cargo del RAIS.

Y frente al daño por pérdida de oportunidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que este se presenta en dos supuestos *“uno positivo -chance de gain- y otro negativo -chance d’éviter une perte-. Positivo, cuando la víctima tiene la expectativa legítima de recibir un beneficio o adquirir un derecho, pero por la acción u omisión de un tercero se frustra definitivamente la esperanza de su concreción. Negativa, cuando la víctima afronta una situación o curso causal desfavorable y tiene la expectativa cierta que la intervención de un tercero evite o eluda un perjuicio, pero que en razón de la omisión o de la intervención defectuosa de dicho tercero, el resultado dañoso se produce y la*

víctima padece el perjuicio indeseado” (CE rad. 19001233100019980057101 03/04/2020).

En este caso resultaría aplicable la modalidad de pérdida de oportunidad en el ámbito positivo, pero nótese que la demandante no tenía ninguna expectativa legítima de pensionarse en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al momento en que suscribió el traslado de régimen pensional (27 de mayo de 1999), como tampoco se puede descartar que aún habiendo recibido una debida información por parte de la AFP, hubiera ratificado su voluntad de efectuar el traslado al RAIS, por lo tanto, su situación pensional se regula bajo los presupuestos del nuevo Sistema General de Pensiones, por lo que no se puede deducir que la AFP, al aceptar el traslado de régimen pensional, frustró el derecho de la afiliada a obtener una mayor mesada pensional, como se relató en la demanda.

Al no presentarse otros elementos que hicieran viable el estudio de la indemnización, la Sala se releva de su estudio, así como lo relacionado con la culpa y la relación de causalidad.

Finalmente, no sobra advertir que establecer un régimen de responsabilidad civil en los contornos planteados en este litigio, compromete no solamente a la AFP, sino que conduciría también a estudiar la posible responsabilidad del Estado, pues no puede soslayarse la conducta del Instituto de Seguros Sociales en aceptar el traslado de régimen pensional sin asegurarse previamente que su otrora afiliado había sido debidamente informado de la decisión que estaba tomando; así como la función desarrollada por parte de la Superintendencia Bancaria o Superintendencia Financiera, entidad pública de regulación, control y vigilancia de las entidades que administran el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de quien sería imprescindible conocer las actuaciones y seguimientos adelantados respecto de la verificación del cumplimiento de las obligaciones que tenían los fondos de pensiones del RAIS conforme con el artículo 97 del Decreto Ley 663 de 1993 – en especial el numeral 1º, y el Decreto 692 de 1994 – artículos 11 y 15, cuyo análisis no sería de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, sino de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En consecuencia, no se dan los presupuestos necesarios para acceder a la reparación integral, en consecuencia, se revocarán los ordinales segundo, tercero y quinto de la sentencia y se absolverá a **COLFONDOS** de la indemnización solicitada.

Sin costas en las instancias ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los ordinales segundo, tercero y quinto de la sentencia de primera instancia; en su lugar, absolver a **COLFONDOS** de la indemnización integral de perjuicios reclamada por **DORIS ADRIANA ABSIL CARRANZA**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

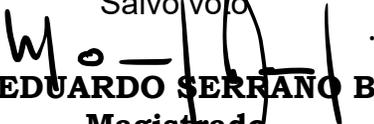
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en las instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.
Salvo voto


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.