

**La Reparación del Perjuicio Pensional en el contexto de la Omisión de Información:
Criterios Jurisprudenciales.**

Trabajo de grado para obtener título de Magíster en Derecho Laboral y Seguridad Social

AUTORAS

**PAULA JULIANA PARDO PEÑA
DANA CAROLINA BELTRÁN CRUZ**

TUTOR

CARLOS ADOLFO PRIETO MONROY

**Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas
2024**

CONTENIDO	
INTRODUCCIÓN	3
PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	6
OBJETIVO GENERAL	6
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	6
METODOLOGÍA	6 - 7
ANTECEDENTES	7 - 10
MARCO TEÓRICO Y ESTADO DEL ARTE	10 - 14
ANÁLISIS DE LA DECLARATORIA DE PERJUICIOS E INDEMNIZACIÓN	14 - 26
CONCLUSIONES	26 - 27
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	27 - 28

INTRODUCCIÓN:

El sistema pensional en Colombia ha tenido una constante evolución. La Ley 100 de 1993 creó dos regímenes independientes: un Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) manejado por las Administradoras de Fondos Privados de Pensiones (AFP) y un Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), administrado por el Instituto de los Seguros Sociales (ISS) hoy día Colpensiones.

Dicha ley facultó a las personas para trasladarse de régimen pensional cumplimiento con unas reglas determinadas, en su Artículo 13 literal e modificado por el Artículo 2 de la Ley 797 de 2003 indicó que *“los 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”*.

Según el Departamento Nacional de Planeación (1996) en el Documento CONPES 2877 desde el inicio de la operación de los Fondos Privados de Pensiones es decir el mes de abril de 1994 hasta julio de 1996 hubo un traslado de 1.1 millones a las AFP y se afiliaron 700 mil personas, en ese orden de ideas el número de afiliados al ISS pasó de 3,6 a 3,2 millones, mientras que los fondos privados reportaron 2'058.061 a julio 31 de 1996. (pág. 5)

El Artículo mencionado de la Ley 100, fue reglamentado por el Decreto 692 de 1994 que en su Artículo 11 indicó que *“la 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”*.

También indicó que *“(…) Cuando 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”*.

Lo anterior buscaba que los traslados se realizarán bajo el principio de libertad de elección de cada persona. Respecto a ello, se consolidaron varias disposiciones normativas entre las que se destacan: el Decreto 1161 de 1994 que reguló el derecho de retracto. contenido Dicho Decreto en su Artículo 3 indicó que *“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”*

Así mismo, el Artículo 2 del Decreto 1642 de 1995 permitió que quienes se habían trasladado al régimen privado volvieran cumpliendo con unos requisitos determinados *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.*

Dichos requisitos y condiciones para efectuar los traslados, buscaban proteger la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

El Artículo 2 de la Ley 797 que modificó parcialmente la Ley 100, fue debatida en sede de constitucionalidad, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1024 de 2004 declaró la exequibilidad de dicha norma indicando que;

(...) 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.

De otro lado, respecto a las reglas relacionadas con el deber de información que tienen las administradoras para un traslado o afiliación, dicho deber va en concordancia con lo establecido en el Artículo 13 de la Ley 100 y con el principio de buena fe que debe acompañar las actuaciones administrativas. En este caso la decisión afectará los derechos fundamentales de las personas, por ello resulta tan importante que este deber sea cumplido a cabalidad.

Como se reconoció anteriormente el Artículo 13 de la Ley 100 indicó que el traslado debía ser libre y voluntario. La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en Sentencia SL1452-2019 determinó que dicha expresión “*presupone conocimiento*”. Es decir que el pleno conocimiento solo será posible cuando “*...se saben a plenitud las consecuencias de una decisión*

de esta índole". Es por ello, que la legislación contempló sanciones para aquellos que impidan la materialización de dicho derecho (Artículo 271 de la Ley 100 de 1993).

Así mismo, la Ley 1748 del 2014, la cual implementa como condición previa al traslado, el deber de recibir asesoría por parte de ambos, es decir Colpensiones y la AFP, lo cual se conoce como el deber de la doble asesoría. El estricto y correcto cumplimiento de este deber permite que el usuario o interesado tome la mejor decisión a futuro respecto su pensión.

En ese orden de ideas, y de acuerdo a lo indicado por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL1452-2019 el deber de información 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"*.

Dicha sentencia también reconoció que las AFP debían ilustrar a las personas respecto de los siguientes temas:

- 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.*

Sin embargo, a pesar de la regulación del deber de información y de la doble asesoría, los traslados de régimen pensional han traído múltiples inconvenientes pues miles de usuarios han aducido que se le vulneró su derecho a la libre elección, al no informarles de manera clara o informarles de manera errada los elementos resaltados anteriormente, lo cual "vició" su libre decisión. Es por ello por lo que se ha acudido ante la jurisdicción ordinaria para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional por omisión en el deber de información de la administradora del fondo de pensiones, sobre las consecuencias de dicha decisión.

Respecto a quienes ya gozan de una pensión, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373-2021 indicó que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada *“que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”*.

Por ello, indicó que quienes ostenten dicha calidad no pueden solicitar la ineficacia de su traslado, pero sí podrán solicitar la indemnización de perjuicios por el daño que sufrieron respecto a la cuantía de su pensión.

Esta posición jurisprudencial es la que está vigente, que modificó el criterio contenido en la sentencia SL, 9 sep. 2008, rad. 31989. Es por ello, que el presente artículo analizará los elementos o criterios que considera la jurisprudencia ordinaria para conceder la indemnización de los perjuicios tanto materiales como inmateriales a quienes ya han adquirido el estatus de pensionado en un Fondo Privado perteneciente al RAIS.

PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN:

¿Cuáles son los criterios que considera la Jurisprudencia de la Jurisdicción Ordinaria Colombiana para declarar la indemnización de perjuicios a quienes ostentan el estatus de pensionado de un Fondo Privado (RAIS) y quiénes prueban la afectación sufrida por la ausencia de información la cual repercute en su monto de mesada pensional?

OBJETIVO GENERAL:

Identificar qué criterios deben tener en cuenta los operadores jurídicos para otorgar la indemnización por perjuicios por traslado pensional.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Identificar los alcances y posibles consecuencias de omitir el deber de información y/o la doble asesoría.
- Analizar los antecedentes del traslado pensional y sus consecuencias.
- Identificar los elementos de la responsabilidad para consolidar la indemnización por perjuicios derivados del traslado pensional.

METODOLOGÍA:

Ahora bien, para hablar del procedimiento metodológico, en primera instancia se indica que el

enfoque epistemológico elegido es el cualitativo, aproximación metodológica utilizada en la investigación social y humanística que se centra en la comprensión profunda y detallada de los fenómenos sociales, culturales y humanos. Este enfoque se caracteriza por su enfoque en la comprensión de la naturaleza y significado de los fenómenos, más que en la medición o cuantificación de los resultados.

La investigación se realizó a partir del método documental que “*consiste en la captación por parte del investigador de datos aparentemente desconectados, con el fin de que a través del análisis crítico se construyan procesos coherentes de aprehensión del fenómeno y de abstracción discursiva del mismo, para así valorar o apreciar nuevas circunstancias*”¹

Hoyos (2000) indica respecto a este método que

Es un trabajo constitutivo donde la interpretación, la crítica y la argumentación racional, juegan un papel preponderante porque permiten llevar a cabo inferencias y relaciones. Se trata de ir de la parte (unidad de análisis) al todo (fenómeno estudiado a través de la representación teórica), para explicitar un argumento de sentido que explique y totalice una cierta visión “paradigmática, semántica y pragmática” en orden a dilucidar una particular manera de apreciar el fenómeno, una construcción global de significados y una trascendencia en lo real de estos elementos con repercusiones prácticas en el entorno social.

A partir del análisis de bibliografía y de la investigación documental especialmente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional y de normativa, se consolidó una reflexión en torno a la posición de los operadores de justicia respecto a la declaratoria de indemnización y condena de perjuicios derivado de la ineficacia del traslado pensional.

Aunque se revisaron noticias y artículos de investigación los datos más significativos fueron extraídos de la jurisprudencia indicada anteriormente, por lo cual el extenso de la bibliografía se consolida en dichas dos altas cortes.

ANTECEDENTES:

Con la creación del Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, se buscó establecer un sistema pensional uniforme, al margen de la naturaleza del vínculo laboral del afiliado en armonía con la pauta Constitucional del Artículo 48, en el cual la Seguridad Social se garantiza a todos los habitantes del territorio nacional en condiciones de igualdad.

Es importante tener en cuenta que el trabajador es libre de elegir en donde quiere afiliarse y seleccionar así la Institución del Sistema de Seguridad Social Integral. Tan es así, que en caso de que el empleador o cualquier persona natural o jurídica, atente o quiera impedir este derecho por parte del trabajador se verá inmerso en las sanciones que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el cual reza lo siguiente:

¹ HOYOS C. (2000) Un modelo para Investigación Documental. Medellín: Señal Editora. p. 42-49

Sanciones para el Empleador. 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 50 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.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.

En relación con la permanencia mínima del afiliado en el régimen pensional seleccionado dispuso el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

ARTÍCULO 13. Características del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de

Pensiones tendrá las siguientes características:

e) Los 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.”²

Si bien es cierto que dicha norma consagra una prohibición legal, no implica que la misma sea total ni absoluta, toda vez que siempre debe analizarse el momento del traslado de régimen pensional, para verificar si el mismo fue libre y voluntario, esto es, precedido de una información completa en la que sean explicadas y abordadas las implicaciones que conlleva esa decisión. Para ello debe tenerse en cuenta el artículo anteriormente referido.

Con el transcurso del tiempo los ciudadanos empezaron a realizar traslados desde Colpensiones (antes ISS) a las AFP y esto generó múltiples inconvenientes relacionados especialmente con la cuantía de las pensiones. Debido a dichos inconvenientes, surgió la Ley 1748 de 2014, la cual implementa como condición previa al traslado el deber de recibir asesoría por parte de ambos regímenes, es decir Colpensiones y la AFP, lo cual se conoce como el deber de la doble asesoría,

el estricto y correcto cumplimiento de este deber permite que el usuario o interesado tome la mejor decisión a futuro respecto su pensión.

Por lo tanto, cabe destacar dentro de estos antecedentes como inicia una evolución progresiva todo lo relacionado al deber de información, buen consejo y doble asesoría y la misma se da de la siguiente forma:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones A dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía Personal.	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009. Decreto 2241 de 2010.	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo.
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014. Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015. Circular Externa No 016 de 2016.	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Fuente: Tribunal Superior de Medellín. Sala Laboral. Radicado: 05001-31-05-019-2021-00135-01.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha realizado diversas precisiones en torno al deber de información, en Sentencia con Rad. 31989 de 2008 indicó que:

(...) Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que

cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Mas adelante, en el año 2014 en sentencias SL12136-2014 y SL17595-2017 indicó que los traslados están llamados a declararse ineficaces cuando *“la decisión de traslado del usuario no estuvo precedida de la documentación suficiente, así como de las explicaciones acerca de los efectos que dicho traslado acarrea sobre su derecho pensional”*.

En Sentencia SL19447-2017 indicó que el formulario de afiliación por sí solo es insuficiente reiterando que;

De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Para el año 2019, mediante sentencia SL1452-2019 determinó que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.*

Dicha situación se prolongó a lo largo del tiempo, tan es así que en el año 2021 se reportaban alrededor de 300.000 ciudadanos con demandas laborales ante la Justicia donde solicitaban se permitiera su traslado a Colpensiones, resultado de una mala asesoría. Por lo tanto, la importancia de tener claro lo mencionado en el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, relacionado al tiempo que le falta al afiliado para adquirir su pensión ya que de esto depende la posibilidad de trasladarse o no de régimen (El Tiempo, 2021).

MARCO TEÓRICO Y ESTADO DEL ARTE:

En el presente apartado se resaltará el contexto de la problemática analizada, es por ello que se iniciará el análisis a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la cual permite el

ingreso de las Administradoras de Fondos de Pensiones en este caso en concreto la del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto generando otra opción de régimen pensional adicional al Régimen de Prima Media con Prestación Definida prestado a través de Colpensiones y los afiliados quedan en la libertad de elegir a que fondo quieren cotizar; sin embargo cada uno tiene unas características específicas y surge la necesidad de que los usuarios conozcan los pro y contra de estar en cada una para que con dicha información y/o asesoría tomen la mejor decisión respecto de su futura mesada pensional.

Como se ha indicado a lo largo del presente artículo, con la Ley 100 se determinó que las personas podrían elegir libremente a que régimen de pensión afiliarse, en ese orden de ideas indicó que *“libre y voluntaria por parte del afiliado quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”* (Ley 100 de 1993. Artículo 13 literal b.). Téngase en cuenta que los Fondos de pensiones están sujetos a las *“reglas que para el efecto expida la Superintendencia Financiera de Colombia”* (Ley 1328 de 2009 Artículo 97).

En su momento existía el deber del buen consejo en el cual *“las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que están obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes”*. (Decreto 2555 de 2010). Además, se contemplaba la posibilidad de sanciones en aquellos casos donde el traslado se realizará sin contar con el consentimiento del afiliado, a falta de lo que se denominada *“el buen consejo”* que posteriormente sería la *“doble asesoría”*. (Ley 100 de 1993 Artículo 271).

Con posterioridad a ello, surge la Ley 1748 del 2014 que indica que las AFP tienen que informar periódicamente a sus afiliados lo siguiente: *“1). Capital neto ahorrado, 2). Monto de los intereses devengados por ese capital durante el tiempo que se informa, 3). Las cotizaciones recibidas durante el periodo de corte del extracto, 4). El monto deducido por el valor de todas y cada una de las comisiones que cobra la sociedad administradora, indicando el valor de cada comisión y porcentaje respectivo, así como el monto de las demás deducciones realizadas, de acuerdo con la normatividad vigente, 5). Saldo final neto después de efectuar las deducciones, así como la información que para el efecto determine la Superintendencia Financiera de Colombia”*.⁸

Es primordial establecer qué serie de requisitos deben cumplir las AFP al momento de que un afiliado o usuario decida realizar un traslado y que ocurre cuando se omite o erra en estos y no existe posibilidad de que se declare la ineficacia del traslado o que se retorne pues téngase en cuenta que cuando a la persona le falten diez (10) años para alcanzar la edad de pensión ya no es posible efectuar ningún traslado, en el caso de las mujeres a los 47 años y de los hombres a los 52.

Ahora bien, en procura de resolver que sucede cuando el afiliado adquiere el estatus de pensionado y se ve perjudicado al percibir su mesada pensional, debemos considerar que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que;

La calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado,

un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer”, como ocurre en ineficacia del traslado. “No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones: “(...) 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 particularidades²

Ahora bien, como fue señalado en anterior oportunidad la Corte Suprema de Justicia ha abordado la temática, estudio bajo el cual ha determinado algunas regulaciones. Por ello se retomarán los principales expedientes que han desarrollado casos relacionados con traslado pensional:

- Sentencia C – 31989 de 2008. En un inicio se adoptó el termino de Nulidad de Traslado y solo aplicaba para aquel grupo de personas que al 1/04/1994 hubiesen cotizado al Sistema 15 años o más.

Y a partir de ese momento se destacan sentencias tales como:

- Sentencias Hito S.L. Nos. 31314 y 31989 de 2008. Se establecieron las siguientes pautas:
 - i) Se determinó que el deber de buen consejo a cargo de las Administradora va desde el ante sala de la afiliación hasta porta de la pensión del asociado. ii) La información brindada por el fondo se predica tanto de lo que se habla como los silencios que se guarda. iii) El formulario solo demuestra la voluntad de trasladarse. iv) Los efectos jurídicos del acto invalido imponen que el mismo nunca haya nacido a la vida jurídica.
- SL 4360 del 2019, la cual trata el caso de una persona que tenía el beneficio del régimen de transición conforme la Ley 100 de 1993; pero desafortunadamente la persona se traslada al RAIS y con esto perdería la posibilidad de gozar de dicho régimen de RPM. Sin embargo, tras un exhaustivo análisis referente al deber de información se concluye que el mismo no se dio en debida forma y que no era suficiente la firma de un formulario,

² SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo - Aclaración de Voto MP Gerardo Botero Zuluaga y Salvamento de voto MP Jorge Luis Quiroz Alemán y SL1688-2019, SL3464-2019.

pues falto una asesoría completa donde se les explicara al afiliado todas y cada una de las implicaciones que tendría de realizar el mismo y en este caso en concreto se declara la ineficacia de este.

- SL 3752 del 2020, Hace referencia al deber de información completa, comprensible, con los pro y contras que implicaría el traslado.

- SL 3066 del 2020, Se centra en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 el cual reza *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia de las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicios claros y objetivos, escoger la mejor opción del mercado¹³”* pues en dicha asesoría debe de plantearseles las diversas opciones del mercado con sus características, condiciones, entre otras en aras de que el afiliado escoja de forma libre y voluntaria la mejor opción para su futura mesada pensional. Este pronunciamiento muestra la obligación de la asesoría e información junto con las consecuencias de no hacerlo en debida forma.

- Sentencias de Tutela, STL 3199 de 2020, STL 3226 de 2020, STL 3432 de 2020. La corporación unifica postura y avala la carga de la prueba en cabeza de las Administradoras. Se aplicó la Ineficacia de Traslado tanto en Afiliados como en Pensionados por cumplimiento de los requisitos de edad o semanas cotizadas.

- SL 2324 del 2021, Este pronunciamiento hace referencia a un tema muy importante que es la carga de la prueba y *“reitera dos situaciones 1 que el diligenciamiento del formulario de afiliación no puede ser tenido en cuenta como un consentimiento informado y 2 que el traslado debe ser libre y voluntaria, lo cual solo es posible cuando se conocen a plenitud las consecuencias de su decisión, lo que presupone que se le hayan manifestado las ventajas y desventajas de vincularse al régimen de ahorro individual, teniendo como nueva característica la de buen consejo por parte del asesor al momento de desarrollarse la respectiva asesoría”*.¹⁴

- SL 373 del 2021, Trata el caso de que cuando la persona tiene el status de pensionado para este caso el Señor Heraldo Cárdenas Gil, el cual aduce le asiste el derecho a demandar la indemnización de perjuicios causados por la falta al deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones del régimen de ahorro individual y que generaron un daño al momento de pensionarse con un valor de la mesada inferior al que hubiese tenido en el régimen de prima media de no haberse trasladado y que tal diferencia no solo le afecta directamente sino también a sus beneficiarios. Así mismo aduce que debe reparársele los daños por la afectación psicológica padecida económicamente dado que

hoy sufre por el menor valor de pensión que tiene.

Esta es una Sentencia Hito de gran relevancia donde se determinó que los pensionados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, por ostentar un status adquirido, un derecho consolidado, que debido a sus diferentes modalidades, condiciones y lineamientos particulares no se puede revertir a su estado inicial, toda vez que al hacerlo se vulneraría los derechos, deberes y actos de personas jurídicas y naturales del sistema, sin embargo los retirados que consideren han sufrido un perjuicio en el valor de su pensión por acción u omisión de la Administradora, pueden exigir su compensación a través del mecanismo indemnización Integral de Perjuicios.

Esta forma de Reparación debe ser comprendida como aquella compensación económica que recibe el jubilado que haya sufrido algún detrimento patrimonial ante la ausencia de cumplimiento de la obligación del buen consejo del fondo pensional que lo trasladó, al no brindar una asesoría, completa, de fondo y oportuna en su traslado inicial, dicho principio se encuentra consignado en el Código Civil, que estipula “*El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido en daño a otro, está obligado a la indemnización*”³, mecanismo que igualmente ha sido analizado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Así mismo, en el texto denominado “Ineficacia en el traslado de regímenes” de Gómez y Patillo (2021) se indica que a pesar de que el derecho a la información tiene una gran regulación normativa, en la práctica ostenta diversas dificultades para materializarse. Indica que las AFP “engañan” a las personas ofreciéndoles beneficios y ventajas que no se materializan.

ANÁLISIS DE LA DECLARATORIA DE PERJUICIOS E INDEMNIZACIÓN:

En este caso en concreto ya tenemos claridad de conformidad a la SL 373 del 2021, que aquellos pensionados que se sientan perjudicados tienen la opción y la oportunidad de demandar en aras de que sus daños y perjuicios sean indemnizados de forma económica y pecuniaria.

Ahora bien, en el presente apartado se analizarán los elementos que deben tener en cuenta los operadores judiciales para tasar los perjuicios y declarar una indemnización. En principio se resalta lo expuesto por el Tribunal Superior de Medellín Sala de Decisión Quinta Laboral⁴ en donde indica que la responsabilidad que se analiza para ese tipo de casos es de carácter civil contractual. En ese orden de ideas citando a la Corte Suprema de Justicia en sentencia a SC1962 del 27 de junio de 2022 indica que los elementos de este tipo de responsabilidad son;

La responsabilidad civil contractual exige demostrar los siguientes elementos: (i). La existencia de un contrato valido; (ii); El incumplimiento -doloso o culposo- de la otra

³ Ley 57 de 1998 y Artículo 2341 del Código Civil Colombiano.

⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN SALA QUINTA DE DECISION LABORAL Radicación: 05001-31-05-015-2019-00475-02 de 2023

parte; (iii). El perjuicio; (iv). El nexo causal, en una relación de causa y efecto, entre el proceder de la convocada y las consecuencias que ello le produjo en el plano patrimonial o inmaterial; y (v). La mora, supuesto que variará, en cada evento, dependiendo de la clase de prestación insoluta”.

Así mismo, el Artículo 1616 del Código Civil indica que;

Responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. ... La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicio.

La Corte Constitucional en Sentencia C1008 de 2010, indicó:

Como lo ha señalado de manera consistente y reiterada la jurisprudencia de esta corporación, corresponde al Congreso de la República, en desarrollo de su libertad de configuración política, regular el régimen de la responsabilidad, las modalidades del daño y todo lo relacionado con los medios para cuantificarlo. La norma acusada no despoja al contratante cumplido de la tutela resarcitoria en la medida que, de acuerdo con ella, todo deudor incumplido, doloso o culposo, responde de los daños que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, aunque limite los daños por los que responde el no doloso a aquellos que podían preverse al momento de contratar. Esta limitación, no resultan irrazonable ni caprichosa, toda vez que se fundamenta en criterios de justicia y equidad contractual, en la tradición culpabilista en que fundamenta la responsabilidad civil contractual, y encuentra respaldo en referentes internacionales como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías y los Principios Unidroit, lo que reafirma su razonabilidad.

En ese orden de ideas, reconoció el Tribunal Superior de Medellín que respecto al tema que nos compete si la fuente de responsabilidad es el incumplimiento en el deber de información, si el dolo no se comprueba, la administradora de pensiones solo podría responder por los daños que eran previsibles al momento de la suscripción del contrato, concluyendo que; *“en esta dirección, se itera, no resulta suficiente la declaratoria de imposibilidad de traslado para deducir una condena por responsabilidad civil contractual, cuando en el proceso no fueron debatidos los elementos de esa responsabilidad”.*

Aduce la sala de decisión mencionada que *“para obtener una indemnización de perjuicios por responsabilidad civil derivada del contrato de afiliación, sí se requiere inexorablemente que el promotor del proceso asuma la carga probatoria de demostrar los elementos que configuran la citada responsabilidad”.*

Ahora bien, respecto a los tipos de daños es necesario resaltar que existen dos tipos de daños;

1. previstos y previsibles (tiene la capacidad de ser previsto ese daño, pero puede que no se haya previsto). 2. Imprevistos e imprevisibles. En el caso de que el incumplimiento sea:

a. Doloso, el acreedor podrá demandar por todos estos tipos de perjuicios, es decir, previstos y previsibles, imprevistos e imprevisibles. b. Culposo: el acreedor únicamente podrá demandar la indemnización de los daños previstos y previsibles.

Respecto al tipo de indemnización, la responsabilidad contractual cobija no solo el daño patrimonial sino también el daño moral o extrapatrimonial.

Por ende, cuando existe un daño quien ocasionada o es generador del mismo está obligado a indemnizarlo o repararlo, para este caso es importante que se analicen todos los requisitos al momento de hacerse el traslado para poder identificar cuales se omitieron o en qué momento la AFP induce en error a la persona que se va a trasladar de régimen pensional, por ende, podemos referir dicho daño como una pérdida de oportunidad la cual se define como: *“la pérdida de oportunidad debe ser entendida como un daño que se causa a una persona que se encuentra en un punto causal de lograr una ventaja o de evitar que suceda algo negativo y que, cuando ese curso causal es frustrado por una acción u omisión de un tercero, se convierte en una frustración de probabilidad de obtener dicha ventaja. Esto corresponde a un daño que debe ser considerado por el derecho como susceptible de protección al ser un interés que se encuentra en el patrimonio de la víctima y debe ser objeto de tutela judicial”*⁵

Ahora bien, respecto a los elementos de la responsabilidad el daño, la culpa y la relación entre ambos para el tema que nos compete se reconocen de la siguiente forma: el antecedente dañino se configura cuando se traslada de régimen pensional por la falta de información, la materialización del daño se genera cuando ostenta el estatus de pensionado y empieza a devengar unas mesadas pensionales que desfavorables frente a lo que hubiese recibido en el régimen de prima media, lo cual sería imputable a la AFP.

La fuente de la responsabilidad de las AFP se encuentra en el Decreto Reglamentario 720 del 6 de abril de 1994 “por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993”, CAPITULO IV. RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACION DE LOS PROMOTORES que indica en su Artículo 10;

Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.

⁵ Giraldo (2019) La pérdida de oportunidad: ¿un daño indemnizable? Luis Felipe Giraldo de la Universidad ICESI de Cali.

De la misma forma que en la Ley 446 de 1998, “por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”, Título I, NORMAS GENERALES, Parte II DE LA EFICIENCIA DE LA JUSTICIA, que en su Artículo 16 indica:

VALORACION DE DAÑOS. Dentro de 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.

En dichas normas se estructura la responsabilidad subjetiva contractual de las AFP por las infracciones, errores y omisiones en que hayan incurrido dentro del ámbito de sus dife y funciones, como es justamente haberse sustraído a brindar información integral, detallada y completa al afiliado demandante, sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes y, por, sobre todo, de las consecuencias adversas que le acarrearía el traslado al RAIS. Los perjuicios materiales se empiezan a evidenciar desde la primera mesada pensional deficitaria, generando claramente afectación evidente a sus intereses y derechos pensionales. Entre dichos elementos debe existir el nexo de causalidad configurando la responsabilidad y desencadenando perjuicios.

Respecto a la reparación integral en la valoración integral de los daños, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL373-2021 reconoció que;

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 ese orden de ideas, como el daño es perceptible a partir del momento en que se tiene la calidad de pensionado y se empieza a recibir mesada pensional, el termino de prescripción debe contarse desde este momento.

En conclusión, los operadores jurídicos deben revisar que:

- la AFP accionada omitió su deber de brindar la información integral, adecuada, oportuna y veraz exigida (culpa).
- Circunstancia determinante para que se hubiera producido la afiliación y traslado de régimen pensional a la AFP accionada en condiciones ostensiblemente desfavorables (daño).

Respecto a la carga de la prueba, el procedimiento laboral se rige por las disposiciones del Código General del Proceso que indica en su Artículo 167 “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. La Corte Constitucional ha permitido que, en el proceso laboral, los operadores judiciales cuenten con facultades oficiosas para llegar a la resolución de los casos. En ese orden de ideas, ha indicado que;

(...) 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.” (Corte Constitucional, Sentencia SU-129 de 2021).

Claramente lo anterior, no puede desobligar a las partes de las cargas que les asisten. En ese orden

de ideas, se ha desarrollado el concepto de la carga dinámica de la prueba, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL11325-2016 ha indicado 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.

Ahora bien, respecto al tema que nos compete, la Corte Constitucional en Sentencia SU107 de 2024 analizando diversas tutelas relacionadas con la ineficacia de traslados pensionales, resaltó la tesis de la Corte Suprema de Justicia que indica que;

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.

Respecto a la inversión de la carga de la prueba tesis de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional indica 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”. (Sentencia SU107 de 2024)

Reconoce la Corte Constitucional que;

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.

En la sentencia de unificación mencionada, la Corte Constitucional es enfática en determinar que la jurisprudencia que emane de la jurisdicción laboral debe tener en cuenta la sostenibilidad fiscal del sistema pensional. En ese orden de ideas, trayendo a colación información de Fondos de Pensión Privados y de Colpensiones reconoció que

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 -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 República[286] que, en la misma audiencia, sostuvo que era del 92%.

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.

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.

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.

Concluyendo 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.

Así mismo, reconoció que

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.

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.

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.

Trayendo a colación todas esas cifras y datos, la Corte Constitucional reconoce que la posición de la Corte Suprema de Justicia puede ser contradictoria pues indica que

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.

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-.

A partir del análisis resaltado indica que;

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 consolidada.

Resalta, por tanto, la Corte Constitucional que, si bien en este tipo de procesos hay evidentes dificultades probatorias, las mismas no pueden solucionarse solamente acudiendo a la inversión de la carga de la prueba. Por ello en la sentencia de unificación 107 de 2024 flexibiliza la posición de la Corte Suprema de Justicia reconociendo 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.

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.

Determinando las siguientes reglas de interpretación judicial:

(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.

(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.

Como gran conclusión reconoce que;

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.

En ese orden de ideas, al verificarse la falta de información integral por parte de la AFP, como conducta omisa e incuriosa generante del daño, y su consecuente reconocimiento jurídico del estatus de pensionado con el pleno y satisfactorio disfrute pensional, momento en el cual se exterioriza, visibiliza, o materializa aquel, causó un daño directo, cierto, real y efectivo por la afiliación y traslado al RAIS, y sus consecuencias perjudiciales al actor por la liquidación del ingreso base y del monto de la mesada pensional, el operador judicial debe reconocer los perjuicios y conceder la indemnización.

CONCLUSIONES:

Del análisis jurisprudencial se reconoce que:

- i). En los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales en torno al tema se hace gran énfasis en el deber de cumplimiento del buen consejo y la doble asesoría por parte de las AFP, esto de una manera consiente la cual le permita evaluar al afiliado los pro y contras de ambos regímenes pensionales, en aras de tomar la mejor decisión respecto a su futura mesada pensional.
- ii). La falta de información genera la ineficacia del traslado, lo que ha impulsado a miles de ciudadanos a radicar demandas con esta pretensión. A su vez solicitando la declaración y condena por los perjuicios acaecidos.
- iii). El operador judicial de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación debe evidenciar si se cumplen los elementos de la responsabilidad. Debe analizar si 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.

iv). Así mismo, debe hacer una amplia valoración probatoria con diversos elementos de prueba además de las documentales. Así mismo, 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.

v). De forma excepcional, debe 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.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Corte Constitucional Sentencia C-1008 de 2010.

Corte Constitucional Sentencia C-1024 de 2004.

Corte Constitucional Sentencia SU-107 de 2024.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sentencia SL 2324 del 2021.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sentencia SL 31989 de 2008.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sentencia SL 3752 de 2020.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sentencia SL 3066 de 2020.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sentencia SL 4360 de 2019.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sentencia SL12136 de 2014.

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

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sentencia SL1688 de 2019.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sentencia SL17595 de 2017.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sentencia SL19447 de 2017.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sentencia SL3464 de 2019.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sentencia SL373-2021.

Corte Suprema de Justicia Sentencia de Tutela STL 3199 de 2020.

Corte Suprema de Justicia Sentencia de Tutela STL 3226 de 2020.

Corte Suprema de Justicia Sentencia de Tutela STL 3432 de 2020.

Decreto Reglamentario 1161 de 1994.

Decreto Reglamentario 1642 de 1995.

Decreto Reglamentario 692 de 1994.

Departamento Nacional de Planeación (1996) Documento CONPES 2877.

Giraldo (2019) La pérdida de oportunidad: ¿un daño indemnizable? Luis Felipe Giraldo de la Universidad ICESI de Cali.

Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre de 1993. D.O 41.148.

Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. 15 de julio de 2009. D.O No. 47.411.

Ley 1748 de 2014. Por medio de la cual se establece la obligación de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros y se dictan otras disposiciones. 26 de diciembre de 2014. D.O No. 49.376.

Ley 797 de 2003. Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales. 29 de enero de 2003. D.O No. 45.079.

Periódico El Tiempo (2024). *Alrededor de 3 de cada 10 colombianos tendrán condiciones especiales para pensionarse anticipadamente.*

Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Medellín Sala Quinta De Decisión Laboral Radicación: 05001-31-05-015-2019-00475-02 de 2023.