

El derecho de opción por el tipo de régimen pensional colombiano: la ineficacia del traslado y el resarcimiento de perjuicios

The Right to Select the Public or Private Pension Social Security System in Colombia and the Consequences of an Ignorant Choice

Juan Sebastián Arroyave Cubillos*

RESUMEN

El texto explora el desarrollo jurisprudencial de la sanción de ineficacia del traslado de régimen pensional. Asimismo, identifica algunos debates en la materia, proponiendo desde el derecho de las obligaciones pautas para iniciar la discusión sobre el resarcimiento de perjuicios. Para ello, utiliza un método hermenéutico y descriptivo.

Palabras clave: seguridad social, sistema general de pensiones, afiliación libre y voluntaria, ineficacia del traslado, indemnización de perjuicios.

ABSTRACT

This paper explores judicial decisions on shifting from the public to the private social security system for pensions without proper knowledge and free will. It highlights key debates on the subject, focusing on how courts could award damages to individuals unable to return to Colpensiones.

Keywords: social security, pensions, right to select a social security entity, effects of a selection without knowledge, compensatory damages.

* Abogado de la Universidad Nacional de Colombia y candidato a Especialista en Derecho del Trabajo de la misma institución. Ocupó el cargo de escribiente en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Correo electrónico: juarroyavec@unal.edu.co

LOS REGÍMENES PENSIONALES, REGLAS BÁSICAS DE LA AFILIACIÓN Y EL DERECHO CIUDADANO A LA ASESORÍA

Con el objetivo de administrar los recursos necesarios para garantizar el pago de las prestaciones y mantener un equilibrio financiero, el Sistema General de Pensiones colombiano, establecido por la Ley 100 de 1993, contempla dos regímenes: el de prima media con prestación definida (en adelante, RPM) y el de ahorro individual con solidaridad (en adelante, RAIS)¹. En esencia, el primero financia las pensiones de los jubilados actuales con los aportes de los cotizantes activos, mientras que el segundo utiliza cuentas de ahorro individuales para ese propósito (Arenas, 2018, pp. 226-228).

La relación entre estos dos regímenes se caracteriza por tres aspectos. 1) Solidaridad: el RPM es solidario por naturaleza y estructura, mientras que el RAIS incluye mecanismos que moderan su individualidad, como el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional (Torregroza, 2009, p. 231). 2) Exclusividad: no es posible pertenecer simultáneamente a ambos regímenes ni dividir las cotizaciones entre ellos. 3) Coexistencia: esto implica “la decisión política de fortalecer y no disminuir el [RPM], así como permitir el desarrollo del [RAIS]” (Arenas, 2018, pp. 230-231).

Desde la perspectiva de la persona, la afiliación representa la puerta de entrada al Sistema General de Pensiones, el acceso a su protección y prestaciones por medio de la administradora respectiva. Ella presenta los siguientes rasgos: 1) consiste en un vínculo entre la entidad y el afiliado; 2) tiene vocación de permanencia, independientemente de la falta de cotización; 3) ostenta un carácter contractual delimitado por la ley; 4) es obligatoria para los trabajadores dependientes e independientes; 5) consta de un acto formal de diligenciamiento, suscripción y entrega del formulario correspondiente a la administradora que el futuro afiliado seleccione; 6) conlleva la obligación de efectuar cotizaciones; 7) implica la posibilidad de traslado de régimen y de entidad; y 8) presupone la libertad de escogencia.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, consagra el derecho de opción por el tipo de régimen, el cual incluye la libertad de traslado y establece ciertas restricciones. En relación con los límites a la elección de régimen, para efectos de este documento basta citar el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003.

1 Este diseño institucional responde a “la corriente de la globalización de los mercados y la amplia circulación de los bienes y capitales”, iniciada con la expedición del Decreto 3500 de 1980 en Chile, cuya reforma pensional “fracturó los modelos clásicos de la seguridad social” (Torres, 2023).

En lo que respecta al traslado, la primera restricción radica en la exigencia de un tiempo mínimo de permanencia de cinco años en un régimen antes de migrar al otro. La segunda restricción se aplica cuando al afiliado le faltan diez años o menos para cumplir la edad de pensión.

Sin embargo, estas restricciones resultan inoperantes en el caso de una pareja que busca acceder a la pensión familiar, ya que ambos integrantes deben estar afiliados al mismo régimen. Asimismo, “únicamente los afiliados con quince años o más de servicios cotizados a 1º de abril de 1994 [...] pueden trasladarse ‘en cualquier tiempo’ del [RAIS] al [RPM], conservando los beneficios del régimen de transición” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-789, 2002; C-1024, 2004; SU-130, 2013).

Por otro lado, en cuanto al traslado entre administradoras: 1) en el RPM: “la única posibilidad de traslado [...] sería la de alguien que, estando afiliado a una caja de previsión aún en funcionamiento, decida trasladarse a Colpensiones” (Arenas, 2018, p. 264); 2) en el RAIS: los afiliados pueden cambiar de administradora una vez hayan transcurrido seis meses desde la selección anterior. Sin embargo, los pensionados de este régimen no están autorizados para hacerlo. “Así las cosas, es claro que —con mayor razón— no sea procedente el traslado de un pensionado del [RAIS] al de reparto, o viceversa” (Hernández, 2022, p. 23).

Ahora bien, el correlato del derecho de opción es el deber de asesoría a cargo de las administradoras de pensiones. Como se ha señalado: “[P]ues bien, si yo no capacito a la gente sobre el derecho a la opción, esa opción no me vale de nada. Porque, opción significa tener varias alternativas. Y si no conozco las distintas alternativas, mi elección no vale de nada” (Paganini, citado por Fiscella, 2005, pp. 63-64).

El transcurrir histórico del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones

Tabla 1. Evolución normativa del deber de información

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 b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993. Art. 97.i del Decreto 663 de 1993, modificado por el art. 23 de la Ley 797 de 2003. Arts. 16, 20 y 53 de la Constitución Política.	Ilustrar sobre las características, ventajas, desventajas, efectos y riesgos de cada régimen pensional. Esto incluye dar a conocer el beneficio transicional y su eventual pérdida.
Deber de información, asesoría y buen consejo	Art. 3 c) de la Ley 1328 de 2009. Decreto 2241 de 2010.	Analizar previamente la situación pensional del futuro afiliado y suministrar información detallada sobre los pormenores de los regímenes. El asesor debe ilustrar y aconsejar.
Deber de información, asesoría y buen consejo, y doble asesoría	Ley 1748 de 2014. Art. 3 del Decreto 2071 de 2015. Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia.	Además de los contenidos mínimos previos, el potencial afiliado debe recibir asesoría por parte de representantes de ambos regímenes.

Fuente: elaborado con base en Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral, SL1452, 2019).

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de

acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, [...] sin perder de vista que [...] desde un inicio ha existido. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1452, 2019)

A continuación, se presentan los desarrollos jurisprudenciales más relevantes emitidos por esta Sala en relación con el deber de información de las administradoras de fondos de pensiones (en adelante, AFP). El análisis incluye una identificación somera del problema jurídico y la narrativa que condujo a su resolución, sin entrar estrictamente en la *ratio decidendi*. Para ello, este documento sigue, en términos generales, las directrices propuestas por la profesora Buitrago (2011, pp. 141 y ss.).

- **Sentencia del 9 de septiembre de 2008, rad. 31989. M. P. Eduardo López Villegas.**

¿Viola indirectamente la ley sustancial, en la modalidad de infracción directa, la sentencia de un Tribunal que aprecia de manera errada un documento contentivo de un cálculo pensional en el RAIS y el formulario de traslado, por medio del cual una persona que ya reunía los requisitos para pensionarse bajo la Ley 33 de 1985 emigró de régimen, sin recibir previamente información sobre su futuro pensional?

Sí. En primer lugar, las AFP ostentan la condición de sociedades que prestan servicios financieros y entidades del servicio público de seguridad social. Por ende, su comportamiento debe orientarse principalmente a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo. En segundo lugar, las AFP tienen obligaciones desde la etapa previa a la afiliación, que se traducen en la prestación eficiente, eficaz y oportuna de los servicios inherentes a su calidad de instituciones previsionales. Por lo tanto, su responsabilidad es profesional. En particular, las AFP están obligadas a brindar información completa y comprensible a los potenciales afiliados, considerando la asimetría de conocimiento respecto a estos. En tercer lugar, la diligencia exigida a las AFP implica un traslado de la carga de la prueba hacia la entidad, de modo que esta acredite el pleno conocimiento del afiliado sobre la decisión de traslado. En cuarto lugar, la actuación errónea de la AFP no se convalida con los traslados entre administradoras del RAIS. Por último, el incumplimiento del deber de información incluso afecta a los pensionados de este régimen. En conclusión, la AFP debió informar al afiliado que ya reunía los requisitos para pensionarse en el RPM, a fin de que comprendiera las consecuencias de su decisión.

- **Sentencia del 3 de septiembre de 2014, rad. 46292. M. P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.**

¿Viola directamente la ley sustancial, en la modalidad de interpretación errónea, la sentencia de un Tribunal que niega la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990 a un beneficiario del régimen de transición que cumplió los requisitos exigidos, sin advertir la ineficacia del traslado al RAIS?

Sí. Antes de determinar si el afiliado puede regresar al RPM y conservar los beneficios del régimen de transición, es necesario analizar si el traslado de régimen operó y si tuvo efectos jurídicos. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, analizado por las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, exige que el traslado sea precedido por un acto de libertad. No puede requerirse prueba de la afectación de la voluntad para anular el traslado, pues bastan las consecuencias de una decisión desinformada, al estar en juego el derecho al régimen de transición. Además, la decisión de traslado requiere conocimiento sobre su incidencia en los derechos prestacionales, lo cual no se satisface con una expresión genérica en el formulario de vinculación. Por tanto, corresponde a las AFP documentar la información suministrada, incluyendo tanto los aspectos positivos como negativos del traslado, como el impacto en el monto de la pensión.

- **Sentencia del 27 de septiembre de 2017, rad. 47125. M. P. Gerardo Botero Zuluaga.**

¿Viola indirectamente la ley sustancial, en la modalidad de aplicación indebida, la sentencia de un Tribunal que aprecia de manera errada un formulario de traslado, otorgándole efectos jurídicos, cuando un afiliado que ya tenía causado el derecho pensional emigró al RAIS y, al momento del traslado, brindó respuestas en contravía de su propia historia laboral?

Sí. El hecho de que el afiliado brinde respuestas contrarias a su historia laboral permite inferir que no recibió la asesoría adecuada respecto a su situación pensional. Esto implica que desconocía el significado del formulario de vinculación al RAIS. La asesoría requerida no es cualquier tipo de orientación, sino aquella que permita al afiliado ejercer una libertad informada. La simple firma del formulario no basta para acreditar el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP. La AFP tiene la carga de probar su diligencia, de acuerdo con el artículo 1604 del Código Civil y los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. Esto requiere evidencia real (más allá de lo formal o escrito) que demuestre que la información suministrada reflejaba la realidad

del usuario y cumplía con los requisitos necesarios para tomar una decisión plenamente informada².

- **Sentencia del 3 de abril de 2019, rad. 68852. M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.**

¿Viola directamente la ley sustancial, en la modalidad de infracción directa, la sentencia de un Tribunal que otorga efectos jurídicos al traslado al RAIS de un afiliado que no presenta los documentos en los que conste la información suministrada por la AFP al momento de la vinculación, y no cuenta con una expectativa pensional que habilite su retorno al RPM?

Sí. Si el afiliado alega no haber recibido la información correspondiente al momento del traslado: 1) esto constituye un supuesto negativo indefinido, que solo puede desvirtuarse mediante la prueba aportada por la AFP; 2) la documentación del traslado debe mantenerse en los archivos del fondo privado; 3) la AFP tiene el deber de información, incluso ante las autoridades administrativas y judiciales. No es necesario que exista una expectativa pensional o un derecho adquirido para declarar la ineficacia del traslado por incumplimiento del deber de información. En esencia, este incumplimiento afecta directamente al acto de traslado de régimen.

- **Sentencia del 8 de mayo de 2019, rad. 68838. M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.**

¿Viola directamente la ley sustancial, en la modalidad de interpretación errónea, la sentencia de un Tribunal que otorga efectos jurídicos al traslado al RAIS, basado en el mero diligenciamiento del formulario de afiliación, la falta de prueba de los vicios del consentimiento o del incumplimiento del deber de información por parte del afiliado, y la ausencia de un derecho adquirido?

Sí. La Sala reitera que el deber de información no se cumple únicamente con el diligenciamiento del formulario. La carga de la prueba respecto al cumplimiento de este deber recae sobre las AFP. Además, este deber es aplicable no solo cuando el afiliado cumple los requisitos pensionales y realiza el traslado, sino en todo momento previo a la decisión.

2 Aunque este no es el objeto del documento, la aclaración de voto de la magistrada Dueñas Quevedo resalta la concurrencia de culpas que existe: por un lado, en la AFP que no cumple con su deber de información y, por otro, en el afiliado que no actúa con sinceridad. En efecto, aunque los fondos privados tienen la responsabilidad de validar la afiliación, no puede olvidarse que sobre los potenciales afiliados recae un deber mínimo de honestidad.

- **Sentencia del 8 de mayo de 2019, rad. 65791. M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.**

¿Viola directamente la ley sustancial, en la modalidad de interpretación errónea, la sentencia de un Tribunal que declara prescrita la acción para alegar la nulidad del traslado al RAIS?

Sí. En primer lugar, la consecuencia de un traslado desinformado es la ineficacia, una sanción impuesta por el ordenamiento jurídico que se caracteriza porque, desde su origen, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de una declaración judicial. La sentencia únicamente constata esa falta de efectos previa a la litis. En consecuencia, la ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, ya que constituye una pretensión meramente declarativa. Además, los derechos derivados de esta declaración tienen la misma naturaleza de imprescriptibles.

- **Sentencia del 26 de junio de 2019, rad. 64876. M. P. Carlos Arturo Guarín Jurado.**

¿Viola directamente la ley sustancial, en la modalidad de infracción directa, la sentencia de un Tribunal que no declara la ineficacia del traslado de régimen pensional de un afiliado beneficiario del régimen de transición, con 15 años de servicios a una ESE al 30 de junio de 1995, pero que al entrar en vigor la Ley 100 de 1993 cotizaba para una AFP?

Sí. En respuesta a uno de los cargos, la Sala reitera su jurisprudencia sobre la carga de probar el consentimiento informado. Una vez casada la sentencia, la Corte analiza si debe confirmarse la decisión del juzgado que absolvió a las demandadas, basándose en la necesidad de que el afiliado pruebe el engaño y en la prescripción de la nulidad de la afiliación. Resuelto este problema con base en el precedente jurisprudencial expuesto, la Corporación evalúa la posibilidad de imponer al Instituto de Seguro Social (ISS) la obligación pensional reclamada. En síntesis, el RPM está conformado por el ISS y las entidades previsionales del sector público o privado que administren sistemas pensionales, siempre que cuenten con autorización legal para ello y no se haya ordenado su liquidación. En lo que respecta a los servidores públicos del nivel territorial, su afiliación al Sistema General de Pensiones no podía exceder el 30 de junio de 1995. Por lo tanto, a partir de esta fecha, el régimen previsional quedó incorporado al RPM. En el caso en cuestión, la ineficacia de la vinculación al RAIS implica considerar que el afiliado siempre estuvo

en el RPM. Ante la cesación de las obligaciones previsionales de la antigua entidad, el afiliado pasó a vincularse al ISS³.

- **Sentencia del 23 de noviembre de 2020, rad. 84741. M. P. Santander Rafael Brito Cuadrado.**

¿Viola indirectamente la ley sustancial, en la modalidad de aplicación indebida, la sentencia de un Tribunal que no declara la ineeficacia del traslado de régimen pensional de un afiliado con un conocimiento superior del RAIS, basado únicamente en el formulario de afiliación?

No. Luego de reiterar el precedente jurisprudencial sobre el deber de información de las AFP y encontrar que los cargos son fundados, la Sala concluye que, incluso casando la sentencia, llegaría a la misma decisión absolutoria. En este caso particular, el afiliado ocupaba el cargo de gerente en la primera AFP a la cual se vinculó. A pesar de haber alegado que la entidad no le informó acerca de la pérdida del régimen de transición, la Corte considera que, dada su posición, debió estar al tanto de dicha consecuencia. Su desconocimiento implicaría haber ejercido sus funciones con negligencia, lo que podría haber inducido a error tanto a sus empleados como a los usuarios que afilió. Además, cabe destacar que el afiliado era abogado.

- **Sentencia del 6 de octubre de 2021, rad. 82139. M. P. Iván Mauricio Lenis Gómez.**

¿Viola indirectamente la ley sustancial, en la modalidad de aplicación indebida, la sentencia de un Tribunal que consideró que el formulario de afiliación es suficiente para cumplir con el deber de información cuando un usuario se afilia a otras administradoras del mismo régimen pensional?

Sí. De acuerdo con la teoría de los actos de relacionamiento, la Corte señala que, una vez se acredite la ineeficacia del traslado al RAIS por incumplimiento del deber de información, dicho acto no se convalida por los traslados posteriores entre AFP. El análisis de la ineeficacia debe centrarse exclusivamente en el cumplimiento de ese deber al momento del traslado inicial. En consecuencia, un traslado ineffectivo afecta la validez de los movimientos subsiguientes.

3 En relación con la Caja Nacional de Previsión Social, véase Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral, SL4334, 2021).

- **Sentencia del 16 de marzo de 2022, rad. 85440. M. P. Jorge Prada Sánchez.**

¿Viola indirectamente la ley sustancial, en la modalidad de aplicación indebida, la sentencia de un Tribunal que no declara la ineficacia del traslado de un afiliado que confiesa haber recibido información al momento de su vinculación al RAIS?

No. En este caso, el afiliado efectuó un traslado al RAIS, tras recibir asesoría, en la cual le advirtieron sobre la inconveniencia de dicha decisión. A pesar de ello, manifestó ser consciente de los posibles perjuicios, pero decidió vincularse a la AFP basándose en motivos personales, entre los cuales expresó: 1) “pensaba que el dinero que [...] había aportado durante todo [su] tiempo laboral les tocara a [sus] tres hijos el día que [...] llegara a faltar”; 2) “pasaba por una situación afectiva”; 3) “nunca [le] explicaron de más temas”; 4) “nunca pens[ó] en la diferencia tan grande económicamente que [...] puede significar [...] ahora”; 5) en el momento de la vinculación “ofreci[ó] [su] pensión para que ellos tuvieran un futuro, [pero] hoy en día la necesit[a]”. La Corte concluye que el afiliado confesó haber recibido información sobre algunos beneficios del RAIS y que tomó una decisión consciente en su momento. El hecho de que su situación personal haya cambiado y desapareciera la motivación inicial no puede ser utilizado para desconocer los actos propios ni como excusa para que el sistema pensional asuma las consecuencias de los cambios en su vida personal.

Este recuento jurisprudencial resalta la importancia de distinguir entre los regímenes pensionales, sus características financieras y legales, así como sus ventajas y desventajas. También pone de manifiesto la necesidad de conocer las consecuencias y riesgos asociados al traslado entre regímenes, información que resulta imprescindible para ejercer de manera adecuada el derecho de opción.

El deber de información, establecido desde la Ley 100 de 1993 con la creación del Sistema General de Pensiones, ha evolucionado con el tiempo. Inicialmente, entre 1993 y 2009, su alcance era limitado, pero se intensificó entre 2009 y 2014 y adquirió mayor rigor desde 2014 en adelante. A pesar de esta evolución, desde la promulgación de la Ley 100 ha existido una obligación correlativa de asesoría que garantiza el ejercicio del derecho de opción. Todo derecho implica un deber; así, mientras los afiliados tienen derecho a recibir información, las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones están obligadas a proporcionarla.

No obstante, dicha información no puede ser entregada de cualquier forma. Debe garantizarse que la afiliación sea libre y voluntaria mediante información transparente y necesaria o suficiente (numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663

de 1993); información que sea cierta, suficiente, clara y oportuna (literal c) del artículo 3 de la Ley 1328 de 2009); o información que cumpla con los criterios de debida diligencia, transparencia y manejo adecuado de conflictos de intereses (artículo 2 del Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de ese año en el artículo 2.6.10.1.1.). Además, debe cumplir con los estándares de información mínima (artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó el artículo 2.6.10.2.3. del Decreto 2555 de 2010). Es fundamental señalar que esta información debe ser suministrada en el momento del traslado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1688, 2019).

Para concluir este apartado, quisiera detenerme en dos puntos. En primer lugar, el abogado Edgar Marta expone una consideración disidente respecto al deber probatorio de las AFP:

[S]i bien la Corte se ha mantenido firme en la decisión de seguir declarando las ineficacias con sustento en una falta de información por parte de las AFP por no poder probarla, lo cierto es que esta es una decisión [...] alejada de la realidad en la mayoría de los casos, teniendo en cuenta que la información brindada por todas las AFP se entregaba de forma verbal en reuniones grupales o individual en las que el asesor explicaba a los usuarios del Sistema General de Pensiones las características del RAIS y las diferencias existentes con el RPM, circunstancias que se mantuvieron hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 [...], por lo que, antes de esa norma, con sustento en la Circular 019 de 1998 de la Superintendencia Bancaria de Colombia, se entendía no sólo materializada, sino además válidamente emitida la voluntad y el consentimiento al entregar el respectivo reglamento, en cumplimiento al artículo 15 del Decreto 656 de 1994. (Marta, 2023)

A pesar de su posición, respetuosamente, considero necesario expresar lo contrario. En primer lugar, retomando la cita de Paganini, referenciada por Fiscella (2005), el desconocimiento de las distintas alternativas reduce la posibilidad de elegir entre los regímenes pensionales a un derecho meramente formal. Por su parte, la obligación de las AFP de acreditar la información suministrada, según los alcances históricos de este deber, se deriva de la negación indefinida que invierte la carga de la prueba, de la desigualdad entre las partes del contrato de afiliación y, en todo caso, de su obligación de probar su diligencia, conforme al artículo 1604 del Código Civil (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1144, 2023).

Por último, el derecho del trabajo y de la seguridad social se basan en realidades; por ello, resulta inaceptable que, amparándose en formalismos, las AFP eludan el cumplimiento de sus responsabilidades legales (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1452, 2019).

Finalmente, algunos comentarios sobre las sentencias del 23 de noviembre de 2020 (rad. 84741, M. P. Santander Rafael Brito Cuadrado) y del 16 de marzo de 2022 (rad. 85440, M. P. Jorge Prada Sánchez).

La primera sentencia negó la ineeficacia del traslado, argumentando que el afiliado ocupaba un cargo de gerente en la AFP a la que se vinculó. Sin embargo, es posible identificar una eventual contradicción. La misma Sala había sostenido previamente que no era correcto exigir a los afiliados demandantes la prueba de los vicios del consentimiento (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1452, 2019); tampoco interpretar que el traslado configuraba un error de derecho que no invalidaba el acto jurídico (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL2279, 2021), ni considerar saneada la omisión del deber de los fondos privados en los actos de relacionamiento con el potencial afiliado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL5686, 2021), basándose en su desinterés por conocer más datos sobre el sistema pensional o en su grado de instrucción (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL3349, 2021).

Además, la Corporación había aclarado que la AFP y los afiliados se encuentran en un plano de desigualdad, una asimetría que podría acentuarse según las condiciones económicas, sociales, educativas y culturales de los usuarios (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1688, 2019). Sin embargo, este acentuamiento no elimina el deber de las administradoras de proporcionar información adecuada.

En mi opinión, independientemente de que el afiliado fuera abogado y gerente en la AFP, no podía obviarse la obligación de acreditar que había recibido información pertinente sobre las características, ventajas, desventajas, consecuencias y efectos del traslado. Centrar la atención en que el afiliado debía conocer, por sí mismo, la pérdida del beneficio transicional desvía la responsabilidad del fondo de garantizar que sus empleados estén capacitados para vincular a otras personas. Aunque el afiliado fuera empleado de la entidad, también era un potencial afiliado frente al sistema financiero y de seguridad social, conforme con los matices ya abordados por la Sala (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL31989, 2008).

En cuanto a la segunda sentencia, esta no declaró la ineeficacia del traslado al considerar que existía confesión por parte de la demandante. En este caso, la AFP presentó un documento denominado “cálculo de bono pensional” al momento de la vinculación, donde se detallaban tasas de capitalización e intereses, datos básicos de la persona, el monto del bono pensional y la diferencia entre las mesadas del RAIS y el RPM. En una sección, la demandante manifestaba ser consciente de la inconveniencia del traslado. En una reasesoría, reiteró su permanencia en el RAIS debido al “beneficio de la herencia”. Además, durante el interrogatorio

señaló que había decidido trasladarse porque le informaron que el fondo privado tenía solidez financiera, que su bono pensional sería heredado por sus hijos, que podía realizar “abonos” y retirarse en cualquier momento de la administradora para solicitar el bono. Sin embargo, destacó que no le hablaron de la pérdida del régimen de transición. Fundamentalmente, la motivación del traslado radicó en su preocupación por el bienestar de sus hijos y en la situación afectiva que atravesaba al momento de la vinculación.

La Corte entiende que el “cálculo de bono pensional” asumía la hipótesis de la pérdida del régimen de transición, que la advertencia sobre esta pérdida no habría persuadido a la demandante de permanecer en el RPM si tampoco lo hizo la diferencia entre las mesadas pensionales presentada en el documento. Asimismo, considera que la demandante conocía algunas características del RAIS (como el bono, las consecuencias del fallecimiento y la posibilidad de acceder con mayor prontitud a la pensión).

No obstante, es necesario hacer énfasis en lo siguiente: en primer lugar, el deber de información implica elaborar un análisis comparativo entre las ventajas y desventajas de cada régimen, atendiendo la situación pensional particular de la persona. No puede entenderse que baste con informar algunos aspectos positivos y negativos del traslado mientras la entidad se reserva otros. Al respecto, la misma Corte había señalado que “el engaño no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte necesario para la toma de la decisión que se persigue” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL31989, 2008).

En todo caso, la Sala presume que esa información adicional no habría cambiado la decisión adoptada. Sin embargo, cabe preguntarse: de haber recibido información sobre el beneficio transicional, ¿cuál habría sido la elección de la demandante? Es decir, ¿cómo la falta de esta información afectó su verdadera voluntad?

Finalmente, es posible contrarargumentar que su decisión era clara: trasladarse al RAIS para que sus hijos eventualmente tuvieran derecho a la devolución de saldos, incluyendo el bono pensional. A pesar de ello, surge la pregunta: si bien su decisión de traslado pudo ser voluntaria, ¿hasta qué punto el contexto familiar, económico y social en el que se encontraba limitó el ejercicio de su libertad de elección? ¿La afiliación libre y voluntaria puede comprender estas limitaciones?

La ineficacia del traslado por el incumplimiento al deber de información y sus consecuencias prácticas

Entre las posibles sanciones al acto jurídico se encuentran la inexistencia, la nulidad y la ineficacia. La Corte agrupa estas consecuencias en un conjunto denominado “ineficacia en sentido amplio” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL4360, 2019). Sin embargo, no es correcto incluir bajo esta denominación a los demás correctivos, dado que la ineficacia constituye una sanción sustancial del acto, conservando su independencia.

La inexistencia se aplica cuando el acto carece de elementos esenciales o de una formalidad imprescindible. Por ejemplo, la ausencia de la firma en el formulario de afiliación implica su inexistencia jurídica (Hernández, 2022, p. 13). Respecto a si la inexistencia requiere o no una declaración judicial, se distingue entre actos aparentes y actos notoriamente inexistentes. En el caso del contrato de afiliación con la AFP, podría argumentarse que Colpensiones actúa como un tercero para quien el acto tiene apariencia de existencia y efectos jurídicos. Por esta razón, estos efectos aparentes solo pueden esclarecerse en el ámbito judicial (Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, Exp. 11001-31-05-004-2021-00210-0, 2023). Además, los efectos de la inexistencia se aproximan, por analogía, a los de la nulidad absoluta, es decir, las restituciones mutuas. Para que estas alcancen a Colpensiones, es imprescindible que esta entidad sea citada al proceso. Finalmente, la inexistencia no puede ser saneada, dado que, como lo ha sostenido la Corte, “todas aquellas cuestiones innatas al derecho pensional no pueden verse afectadas por el transcurso del tiempo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1689, 2019). Asimismo, se ha concluido que la inexistencia de un traslado de régimen pensional “goza del carácter de imprescriptible, en la medida que su declaratoria le permitirá al peticionario obtener la satisfacción de un derecho que comparte esa misma condición” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1689, 2019).

Por otro lado, la nulidad cuestiona la validez del acto. Cuando la irregularidad afecta el orden público o adquiere un carácter trascendental, se aplica la nulidad absoluta. Si las anomalías recaen exclusivamente en la esfera individual, se trata de nulidad relativa. En ambos casos, la sanción requiere una sentencia judicial. En ciertos escenarios, es posible el saneamiento, excepto cuando se trata de objeto o causa ilícita. Por ejemplo, si un adolescente alcanza la mayoría de edad y ratifica el contrato de afiliación con la AFP, esto convalida el acto. De manera similar, “tratándose de elementos diferentes a la firma, legalmente está prevista la posibilidad de convalidación de determinadas falencias en el diligenciamiento del formulario de afiliación” (Hernández, 2022, p. 31). Asimismo, la convalidación puede darse por el paso del tiempo. Por otro lado, los efectos de la nulidad, cuando

algunas prestaciones se han otorgado con anterioridad a su declaración judicial, son retroactivos. La nulidad declarada judicialmente produce efectos frente a terceros, independientemente de si actuaron de buena o mala fe.

En cuanto a la ineficacia, esta presupone que el contrato exista y sea válido. No equivale a la inexistencia, ya que elimina únicamente los efectos jurídicos. Tampoco equivale a la nulidad, dado que opera de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, aunque su discusión pueda ocurrir en este ámbito. Incluso, a diferencia de la nulidad, cuya sentencia tiene un carácter constitutivo, la ineficacia es automática. El artículo 271 de la Ley 100 de 1993 establece la ineficacia como sanción cuando se vulnera el derecho de opción, una situación que puede darse por la omisión del deber de información previa al traslado de régimen (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL4360, 2019). Según la Corte: “no solo los empleadores pueden coartar el derecho de los trabajadores de seleccionar el régimen pensional que estimen conveniente, [...] sino también las AFP” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL3871, 2021). Por tanto, aunque el traslado pueda estar afectado por inexistencia o nulidad, la sanción aplicable a la falta de información es la ineficacia, que no puede ser saneada, ya que “no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1688, 2019).

Es importante aclarar que la ineficacia afecta únicamente el traslado entre regímenes, no la selección inicial del régimen pensional (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1806, 2022). Esta sanción constata simplemente la carencia de efectos jurídicos del acto, lo cual no resulta inocuo cuando una persona, afiliada al RPM y trasladada al RAIS, retorna al primero de estos regímenes, por ejemplo, por una orden de tutela (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL3136, 2022).

Asimismo, es preciso señalar que la ineficacia caracteriza un acto privado desprovisto de efectos jurídicos desde su nacimiento, sin necesidad de una declaración judicial. En este sentido, las consecuencias prácticas de esta sanción son idénticas a las de la nulidad, bajo la ficción de que el acto jamás se celebró. Esto produce efectos respecto de terceros, sin importar si actuaron de buena o mala fe.

Desde una perspectiva procesal, cuando el demandante señala que una AFP, en la que estuvo vinculado durante un tiempo determinado, descontó de sus cotizaciones porcentajes destinados a gastos de administración, sumas previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como al fondo de garantía de pensión mínima, es indispensable involucrar a ese tercero como un litisconsorte necesario.

Además, dado que el cumplimiento del deber de información se juzga al momento del acto jurídico del primer traslado y que su ineficacia afecta los cambios

horizontales entre fondos privados, no basta con convocar únicamente a algunas AFP con las que el accionante estuvo vinculado. Esto es especialmente relevante cuando la ineficacia conlleva la devolución de sumas que debieron ingresar al RPM administrado por Colpensiones.

Por otra parte, respecto a sus implicaciones, es necesario recurrir a la nulidad por vía analógica, aplicándose el principio de restituciones mutuas:

Declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al *status quo ante* no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL4360, 2019)

En el caso de los afiliados, las AFP están obligadas a remitir a Colpensiones los saldos obrantes en sus cuentas de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros. Esta devolución, a mi juicio, es legal. Según el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993: “Si el traslado se produce del [RAIS] al [RPM], se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización” (Ley 100, 1993, art. 113).

Aunque probablemente esta norma está diseñada para traslados iniciales, no existe razón para dejar de aplicarla también en los casos de ineficacia. Además, recordando que los efectos prácticos de esta sanción son equivalentes a los de la nulidad, el artículo 1746 del Código Civil establece que cada contratante es responsable de la pérdida de los frutos.

Asimismo, corresponde devolver los porcentajes cobrados por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Estos valores debieron ingresar al RPM desde que el traslado se declaró ineficaz, por lo que su devolución debe provenir de los recursos de la AFP. La indexación de estas sumas responde a la necesidad de preservar el poder adquisitivo del dinero, reflejando las variaciones del índice de precios al consumidor en el momento de la devolución. De hecho, la Corte suele requerir que estas sumas se presenten discriminadas “con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante” que justifique la

devolución (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL17595, 2017; SL4360, 2019; SL3136, 2022).

Cabe destacar que las consecuencias de la ineficacia no se limitan a la devolución de los montos antes mencionados. Por ejemplo, también incluyen la conservación de los beneficios transicionales (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL3136, 2022).

En el caso de los pensionados, la ineficacia del traslado presenta diferencias significativas en comparación con los afiliados. En primer lugar, debe distinguirse entre los pensionados del RAIS y los del RPM. La Corte Suprema de Justicia abandonó el criterio establecido en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, rad. 31989 (M.P. Eduardo López Villegas). En la decisión del 10 de febrero de 2021, rad. 84475 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), la Sala concluyó que “la calidad de pensionado [del RAIS] es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico” que no se puede revertir “sin más porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría[n] a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas [...], derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL373, 2021).

La imposibilidad de que un pensionado del RAIS solicite la ineficacia del traslado no se fundamenta en el temor a una “explosión de demandas [...] que provoquen una crisis financiera en el sistema pensional”, ni en la idea de que “el hecho de reclamar y obtener la pensión en el RAIS dé por superada la falta de información” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1113, 2022). Por el contrario, dicha imposibilidad está relacionada con los efectos prácticos o materiales de la declaración de ineficacia. Sin embargo, esto no significa que los derechos de los pensionados del RAIS no puedan ser protegidos:

[Q]uien 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. [...] 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. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL373, 2021)

[S]iempre que dicha pretensión sea plasmada en la demanda [...], bien podría el juez ordenar a título de indemnización de perjuicios el pago a cargo de la AFP de la diferencia entre la prestación reconocida en el

RAIS y aquella que hubiese tenido en el [RPM]. Esto es, imponer el pago de una renta periódica en los mismos términos en que lo habría hecho el [RPM], tanto para el pensionado como para sus potenciales beneficiarios, ordenando compensar o restituir todo aquello a lo que haya lugar. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL3535, 2021)

A diferencia de los pensionados del RAIS, la Corte ha admitido la declaración de ineficacia para los pensionados del RPM. Esto se fundamenta en un argumento expuesto en precedentes: el incumplimiento del deber de información “se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”, independientemente de si está en juego “un derecho consolidado o [...] un beneficio transicional” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1688, 2019). En estos casos, la ineficacia del traslado “no apareja las complejidades y tensiones propias de los pensionados del RAIS” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL2929, 2022). Por ejemplo, es posible ordenar la reliquidación de la pensión en el RPM sin que ello implique el pago de intereses moratorios.

Debates abiertos

Después de tratar someramente la ineficacia del traslado de régimen pensional, este documento identifica principalmente tres debates: uno práctico, otro con implicaciones económicas, y un tercero de interés teórico.

En su aclaración de voto a la sentencia del 3 de abril de 2019, rad. 68852 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), el magistrado Echeverri Bueno cuestiona la aplicación automática e inconsulta de la ineficacia del traslado. Según su opinión, la omisión del deber de asesoría solo debería generar consecuencias jurídicas si produce un perjuicio “claro, cierto y específicamente determinable” al momento de la vinculación, “como cuanto [se] pierde el régimen de transición sin ser advertido de ello o [...] se compromete ostensible e inconscientemente el nacimiento del derecho pensional”. A pesar de los desarrollos jurisprudenciales sobre el tema, su crítica es razonable cuando señala que la decisión de trasladarse implica aceptar “las condiciones del sistema [...], [la] fluctuación en el mercado de trabajo, la evolución de [los] salarios y otras variables que [...] pueden acarrear mayores o menores réditos [...].” Este punto cobra relevancia en casos donde el afiliado reclama la ineficacia del traslado simplemente “porque, pasado el tiempo, su plan de pensión no resultó acorde con sus aspiraciones” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1452, 2019).

El segundo debate se relaciona con la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones. En la sentencia del 2 de mayo de 2023, rad. 92793 (M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado), la Corte resumió claramente su postura:

[L]a declaratoria de ineeficacia no desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues conforme a lo expuesto en el fallo [CSJ] SL2059-2022, se trasladan todas las sumas que conforman la cuenta de ahorro individual a efectos de financiar las prestaciones que reconoce el [RPM]. Además, porque conforme al parágrafo del artículo 334 de la Constitución Política, a las autoridades estatales les está prohibido “invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1144, 2023)

Aunque existe una distinción entre sostenibilidad financiera y fiscal, persiste un argumento presentado en la sentencia T-489 de 2010: las personas que no contribuyen al fondo común y se trasladan al RPM cuando están a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión generan un impacto negativo en el sistema (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, T-489, 2010). Dicho traslado “a último momento” incrementa la debilidad del RPM, que ya enfrenta retos como el envejecimiento poblacional (Arévalo, 2023). “El hecho de que las personas vivirán por más años implica que las pensiones deberán pagarse por un número de años más largo que en el pasado” (Farné y Nieto, 2023). Esta situación podría no estar prevista en las reservas pensionales de Colpensiones, la cual se vería obligada a asumir el costo de los derechos pensionales sin una financiación adecuada.

Finalmente, el tercer debate, de carácter teórico, será desarrollado en un apartado independiente.

La indemnización de perjuicios para el pensionado en el régimen de ahorro individual con solidaridad⁴

En estos casos, la falta de información no es excusable, y el pensionado puede reclamar la indemnización plena de perjuicios, conforme al artículo 16 de la Ley 446 de 1998. A partir de los desarrollos jurisprudenciales previamente reseñados, la Corte ha señalado que la reparación de estos perjuicios se fundamenta en la responsabilidad civil extracontractual.

4 El desarrollo de este apartado se basa principalmente en Cubides (2018, pp. 294-330).

Tabla 2. Diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual

Responsabilidad civil contractual	Responsabilidad civil extracontractual
Surge de una relación jurídica preexistente entre las partes, es decir, cuando el daño resulta de la inejecución, ejecución defectuosa o tardía de una obligación pactada en un contrato válido.	Se origina en el incumplimiento del mandato legal y genérico de no causar daño a otro. Se produce sin previo acuerdo entre las partes, a partir de un encuentro fortuito.
Su marco legal está en los artículos 1602 a 1604 del Código Civil, además de lo estipulado en el contrato o acuerdo correspondiente.	Está regulada por los artículos 2341 a 2358 del Código Civil.
No siempre contempla la reparación total del perjuicio.	Se privilegia la reparación integral del daño.

Fuente: elaborado con base en Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil, SC1819, 2019).

Este cauce encuentra su justificación en el hecho de que, aunque la naturaleza jurídica de la afiliación a un régimen pensional tiene un carácter contractual —siempre que se entienda que su régimen legal no está determinado por la voluntad de las partes, sino que los efectos de la afiliación y las reglas aplicables son de carácter legal (Arenas, 2018, p. 259)—, un fondo de pensiones está obligado a brindar información transparente, necesaria y objetiva acerca de las consecuencias del traslado.

La indemnización total de perjuicios a cargo del fondo de pensiones es de carácter compensatorio y reemplaza la posibilidad de pensionarse en el RPM debido a la negligencia de la administradora de pensiones. Además, tiene la particularidad de ser subsidiaria, ya que procede únicamente en ausencia del efecto práctico de la nulidad. Por ello, es necesario, en primer lugar, analizar la ineficacia y sus implicaciones prácticas, independientemente de si quien pretende esta reacción del ordenamiento jurídico frente a la afiliación desinformada es un afiliado o un pensionado. La finalidad de esta indemnización es el pago de una suma de dinero.

La misma Sala ha identificado que los elementos esenciales de toda responsabilidad son 1) la culpa, 2) el hecho dañoso y 3) el nexo de causalidad entre ambos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL4397, 2020). Como se mencionó previamente, el criterio adoptado en la sentencia del 10 de febrero de 2021, rad. 84475 (M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), enmarca la posible culpa del fondo de pensiones en el artículo 2341 del Código Civil. Este artículo regula la responsabilidad por el hecho propio o responsabilidad directa, que exige que la víctima demuestre todos los elementos constitutivos del vínculo obligacional cuyo reconocimiento se reclama (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC9788, 2014; SC4420- 68001-31-03-010-2011-00093-01, 2020).

Respecto al primer elemento, el artículo 2341 del Código Civil impone la carga de la prueba al pensionado, quien debe demostrar las circunstancias que evidencien el incumplimiento del deber de información por parte del fondo de pensiones y los perjuicios derivados de ello. Sin embargo, en casos en los que el pensionado manifiesta no haber recibido la información debida al momento de su vinculación al Sistema General de Pensiones —situación que ahora le impide regresar al RPM debido a su situación jurídica consolidada—, se trata de un supuesto negativo que no puede ser probado materialmente por quien lo alega.

En cuanto al elemento del daño, corresponde al pensionado en el RAIS probar su existencia. Si no se acredita un perjuicio o, aun existiendo, no se demuestra, el pensionado carecerá del interés jurídico necesario para reclamar la indemnización. Por lo tanto, la indemnización constituye la medida de la magnitud del daño causado, el cual debe ser debidamente acreditado. Sin embargo, es importante diferenciar entre probar la existencia del perjuicio y probar su cuantía. Si bien es cierto que el daño debe ser real y no basta con una simple afirmación —como sería el caso de insinuar que pensionarse en el Régimen de Ahorro Individual genera automáticamente perjuicios—, una vez demostrado el daño sufrido, este puede ser estimable.

No es indispensable adjuntar con el escrito de demanda el juramento estimatorio al que se refiere el artículo 206 del Código General del Proceso para acreditar los perjuicios. Esto se debe a que: 1) no constituye un requisito para presentar una demanda laboral, de acuerdo con el artículo 25 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; 2) el juramento estimatorio únicamente evita la discusión sobre la cuantía de la indemnización, pero no exime al demandante de probar los perjuicios (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC876, 2018; y 3) en el ámbito del derecho del trabajo, el juez tiene la facultad de precisar las sumas indemnizatorias, en garantía del derecho efectivo de los trabajadores a acceder a la administración de justicia, sin que puedan ser sancionados por realizar estimaciones excesivas (Silva, 2013, p. 107).

Por último, la relación causal, como regla general, es un elemento indispensable para fundamentar la responsabilidad, tanto en el régimen contractual como en el extracontractual.

El nexo de causalidad se traduce en la premisa de que, si el afiliado hubiera tenido toda la información necesaria acerca del funcionamiento de los regímenes pensionales, así como las ventajas y desventajas de cada uno frente al reconocimiento de la pensión de vejez, probablemente no se [habría] trasladado, ni mucho menos producido el perjuicio que se alega (CSJ SC4455-2021). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL2924, 2023)

Demostrados los perjuicios dentro del proceso, corresponde al juez reconocerlos y asignarles la partida correspondiente (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL887, 2013). El cálculo de la condena debe realizarse de manera concreta y teniendo en cuenta los criterios aplicables para indemnizar los perjuicios.

Se distinguen dos tipos de perjuicios: materiales y morales. Los perjuicios materiales incluyen el daño emergente y el lucro cesante, que a su vez se divide en consolidado y futuro. Para calcular estos extremos de la indemnización, puede recurrirse a la teoría de la diferencia, que compara la situación actual del patrimonio afectado con la que tendría de no haberse producido el hecho dañoso, ya sea por disminución efectiva o por ganancia frustrada.

Por su parte, los perjuicios morales no buscan una compensación económica exacta, sino mitigar el sufrimiento interior del afectado. Aunque no son estimables en términos económicos, es posible fijar una cuantía a discreción del juez (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL4223, 2022). No obstante, su procedencia está condicionada a su acreditación, ya que la mera preocupación no constituye en sí misma un perjuicio (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1085, 2022).

Cabe señalar que solo son indemnizables los perjuicios directos derivados del incumplimiento. Por ejemplo, no corresponde resarcir los gastos en los que incurra un pensionado para presentar la demanda, sino únicamente los perjuicios causados por la negligencia del fondo de pensiones que impacten la cuantía de su pensión.

Finalmente, la indemnización de los perjuicios se divide en dos momentos: 1) una indemnización actual del daño, desde el reconocimiento de la pensión en el RAIS hasta sentencia, correspondiente al monto dejado de percibir entre la mesada del RAIS y la que podría haberse obtenido en el RPM, a manera de retroactivo; y 2) una indemnización decretada por el incumplimiento del fondo de pensiones, pagadera de forma periódica mes a mes hasta la fecha de vida probable del pensionado.

Los comentarios anteriores pueden ser útiles para el desarrollo jurisprudencial de este tema, con base en el derecho de las obligaciones. Hasta la fecha de presentación de este documento (19 de febrero de 2024), existe una decisión relevante de la Sala Laboral: la sentencia del 28 de noviembre de 2023, rad. 95085 (M. P. Ana María Muñoz Segura). Según la Corte:

[La culpa] debe entenderse como la infracción del fondo de pensiones de suministrar toda la información veraz, oportuna y comprensible para que el afiliado pudiera escoger libremente entre el [RPM] y el [RAIS]. Por lo tanto, a quien le corresponde probar su diligencia es al fondo de pensiones. [...]

[Es equivocado no abordar la] discusión sobre el deber de información, pues, a pesar de no ser procedente en el marco de la declaratoria de ineeficacia por tratarse de un pensionado [del RAIS], sí lo era para efectos de estudiar la condena por indemnización de perjuicios. [...]

[El daño] debe ser demostrado por el pensionado. [...] [R]esulta insuficiente y restrictivo delimitar el daño únicamente a la diferencia entre el valor de las mesadas pensionales de uno y otro régimen. No debe olvidarse que el [RAIS] comprende unos beneficios y prerrogativas económicas que deben ser igualmente consideradas para estimar el perjuicio, pues, de lo contrario, se estaría olvidando el carácter indemnizatorio de la pretensión y, en consecuencia, se accedería al reconocimiento de una prestación híbrida, esto es, abarcando las características de cada uno de los regímenes pensionales. [...]

[L]a discusión sobre la indemnización de perjuicios y su procedencia en modo alguno puede tornarse genérica y definirse solamente desde la diferencia de lo que hubieran sido las mesadas pensionales entre regímenes. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL2924, 2023)

En relación con los elementos necesarios para que el pensionado acredite el daño, la misma Sala proporciona algunas directrices:

[I]nicialmente, [debe] establecer si cumple los requisitos para causar el derecho a la pensión de vejez en el [RPM], así como la fecha en que esta sería exigible, y el valor de la prestación. [...]

Adicionalmente, le corresponde identificar la modalidad a través de la cual se pensionó en el [RAIS], su incidencia en el valor de la prestación, la existencia de beneficiarios, [...] si recibió excedentes de libre disponibilidad y, finalmente, si la pensión se financia con un bono pensional. [...]

También es obligación de quien demanda definir el daño emergente y lucro cesante, con el objetivo de que pueda ser reparado integralmente como si el acto de traslado no hubiera nacido a la vida jurídica (CSJ SL373-2021). Concretamente, para calcular el lucro cesante consolidado y futuro, se requiere de una información y argumentación adicional a la elaborada en los términos de la diferencia entre el valor de las mesadas pensionales, pues ese solo dato no abarca el resarcimiento del perjuicio que se pretende y, en consecuencia, hace al daño indeterminado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL2924, 2023)

Este primer desarrollo jurisprudencial aporta elementos significativos para enriquecer el debate. A continuación, se presentan algunos comentarios al respecto. En cuanto a la culpa, el fondo de pensiones incumple su deber de información en el momento del primer traslado. Respecto al daño, la indemnización radica en la existencia de un perjuicio cierto y directo: cierto, porque debe probarse su existencia e intensidad; y directo, ya que deriva de la omisión en el cumplimiento del deber de información. Por su parte, la prueba del perjuicio debe contemplar dos aspectos: su existencia material y su equivalente monetario (Isaza, 2023, p. 25). Finalmente, el nexo de causalidad vincula la falta de información por parte de la AFP con el traslado irreversible del pensionado al RAIS.

Ahora bien, el derecho de esta persona nace en el mismo momento en que se produzca el daño. De acuerdo con el precedente sentado en la providencia del 10 de febrero de 2021 de la Corte Suprema, el pensionado tiene derecho a demandar la indemnización de perjuicios cuando, por culpa del fondo privado, sufra un perjuicio en “la cuantía de su pensión”. De modo que el daño surge cuando el pensionado reúne los requisitos para pensionarse en el RPM, y puede estar dado por repercusiones en la esfera económica o en la moral.

Si bien la Corte inicialmente advirtió que es posible demandar el resarcimiento por los perjuicios sufridos en “la cuantía de [la] pensión”, el último criterio jurisprudencial del 28 de noviembre de 2023 alteró esta posibilidad, al advertir que la indemnización no procede cuando solamente se alegue un daño circunscrito a la diferencia económica en las mesadas pensionales.

Sin embargo, un pensionado que pretenda el resarcimiento del perjuicio causado por la imposibilidad práctica de la sanción jurídica de ineficacia y alegue un menoscabo económico producido por la diferencia económica de esas mesadas, ¿tiene la obligación de probar la existencia material de un daño diferente al valor de la pensión?

A mi juicio, no la tiene. Este es el punto más problemático del debate, pues una conclusión semejante podría generar una “explosión de demandas [...] que provoquen una crisis financiera en el sistema pensional” y, eventualmente, la extinción misma del RAIS.

En efecto, la discusión de los perjuicios no puede ser genérica, dado que el régimen privado está dotado de características distintas al RPM, y su parangón con el régimen público no alcanza a limitarse al monto de la pensión de vejez. Sin embargo, la pretensión resarcitoria que no aborde el tema más allá de una comparación económica cede el escenario a las AFP. Estas deberían probar su diligencia mediante todo aquello que permita vislumbrar el contenido de sus asesorías al momento del traslado, lo cual lleve a la conclusión de que el

pensionado quiso realmente cambiar de régimen porque sus intereses estaban centrados, por ejemplo, en una pensión anticipada, en la negociabilidad del bono pensional, en los aportes voluntarios, en el servicio de estas sociedades financieras, entre otros.

En todo caso, debe remarcarse que esa asesoría comprendió esos beneficios del RAIS en comparación con el RPM, además del monto de la pensión que “en cada uno de ellos se proyecte” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL12136, 2014).

Ahora bien, debe distinguirse la prueba de los perjuicios de su cuantificación. Como se expresó, el derecho a la reparación nace cuando se produzca el daño, pero el perjuicio debe tornarse líquido (Isaza, 2023, p. 27). Este documento toma el criterio de que el cálculo de la condena debe ser en concreto, atendiendo las pautas de la indemnización patrimonial y extrapatrimonial, en dos formas. Sin embargo, en este aspecto, la Corte Suprema advierte la necesidad de tener en cuenta la modalidad pensional y toda la información relevante para valorar el daño a las personas (el pensionado víctima, sus beneficiarios, las prestaciones recibidas, etc.).

Por último, la Sala Laboral alude a la obligación de definir el equivalente monetario del perjuicio. Sin embargo, aunque este documento enfatiza en la distinción entre la existencia material del daño y su cuantía, y en la falta de obligación de allegar un juramento estimatorio a la jurisdicción laboral, es relevante señalar que el pensionado debería acreditar ambos elementos: la existencia del daño y su cuantía “mediante pruebas que constituyan mecanismos adecuados de convicción” (Isaza, 2023, p. 26). En todo caso, valga sugerir que esta indemnización versa principalmente sobre un lucro cesante, es decir, aquello que razonablemente el pensionado del RAIS dejó de percibir en el RPM. La Corte deja entrever, asimismo, la necesidad de indicar en la demanda los factores que intervendrán en su determinación, por ejemplo: 1) respecto al periodo de la indemnización, el momento en que el afiliado se pensionó en una AFP, la edad suya y de sus beneficiarios, el género de los afectados, su condición, entre otros; así como 2) los ingresos de la víctima y su historia laboral.

Conclusión preliminar

El desarrollo legal y jurisprudencial relacionado con el derecho de opción por el tipo de régimen pensional ha corregido “los desórdenes producidos en la etapa inicial del sistema” (Isaza, 2023, p. 26), aclarando las responsabilidades de las administradoras de pensiones como agentes operadores. Estas cumplen una doble

función: por un lado, actúan como sociedades que prestan servicios financieros; por otro, como entidades de la seguridad social en Colombia.

Dicha evolución ha subrayado que, por su trascendencia, la movilidad entre regímenes debe estar precedida por decisiones informadas, las cuales permitan ejercer este derecho de manera libre y voluntaria. De lo contrario, un traslado carente de información cualificada, conforme a los términos de la normatividad expuesta en este documento, genera repercusiones tanto para el afiliado como para la administradora y el sistema en su conjunto.

Una repercusión similar afecta al pensionado del RAIS que no puede demandar los efectos prácticos de la ineficacia de su traslado. Este documento centró su atención en dicho tema, con el propósito de ofrecer algunas orientaciones desde la perspectiva del derecho de las obligaciones para analizar la indemnización de perjuicios. En últimas, el debate no debería perder de vista que la indemnización de perjuicios es una herramienta fundamental para que el pensionado del RAIS encuentre la reparación de su derecho pensional.

Referencias

- Arenas, G. (2018). *El derecho colombiano de la seguridad social* (4.^a ed.). Legis.
- Arévalo, D. A. (2023). El régimen de aseguramiento individual de pensiones: un bucle no virtuoso para el sistema de protección social. En H. Torres (Ed.) y D. Colorado (Coord.), *Reformas pensionales: superar las brechas del sistema dual* (pp. 209-232). Universidad Nacional de Colombia.
- Buitrago, M. R. (2011). *Metodología del precedente judicial en la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* [tesis de maestría]. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/7412>
- Congreso de Colombia. (1993, 23 de diciembre). Ley 100 de 1993: por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. DO: 41 148.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2002, 24 de septiembre). Sentencia C-789/02. [M. P. Rodrigo Escobar Gil]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-789-02.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena. (2004, 20 de octubre). Sentencia C-1024/04. [M. P. Rodrigo Escobar Gil]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-1024-04.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena. (2013, 13 de marzo). Sentencia SU-130/13. [M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU130-13.htm>

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (2010, 16 de junio). Sentencia T-489/10. [M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-489-10.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2014, 25 de julio). Sentencia SC-9788-2014 [M. P. Ruth Marina Díaz Rueda].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2018, 23 de marzo). Sentencia SC-876-2018 [M. P. Ariel Salazar Ramírez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2019, 28 de mayo). Sentencia SC-1819-2019 [M. P. Luis Alonso Rico Puerta].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2020, 17 de noviembre). Sentencia SC-1819-2019 [M. P. Luis Armando Tolosa Villabona].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2008, 9 de septiembre). Sentencia SL-31989-2008 [M. P. Eduardo López Villegas].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2013, 16 de octubre). Sentencia SL-887-2013 [M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2014, 3 de septiembre). Sentencia SL-12136-2014 [M. P. Elsy del Pilar Cuello Calderón].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2017, 27 de septiembre). Sentencia SL-19447-2017 [M. P. Gerardo Botero Zuluaga].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2017, 18 de octubre). Sentencia SL-17595-2017 [M. P. Fernando Castillo Cadena].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2019, 3 de abril). Sentencia SL-1452-2019 [M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2019, 8 de mayo). Sentencia SL-1688-2019 [M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2019, 8 de mayo). Sentencia SL-1689-2019 [M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2019, 26 de junio). Sentencia SL-2817-2019 [M. P. Carlos Arturo Guarín Jurado].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2019, 9 de octubre). Sentencia SL-4360-2019 [M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2020, 16 de septiembre). Sentencia SL-4397-2020 [M. P. Gerardo Botero Zuluaga].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2020, 23 de noviembre). Sentencia SL-4680-2020 [M. P. Santander Rafael Brito Cuadrado].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2021, 10 de febrero). Sentencia SL-373-2021 [M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2021, 26 de mayo). Sentencia SL-2279-2021 [M. P. Luis Benedicto Herrera Díaz].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2021, 28 de julio). Sentencia SL-3349-2021 [M. P. Luis Benedicto Herrera Díaz].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2021, 4 de agosto). Sentencia SL-3535-2021 [M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2021, 25 de agosto). Sentencia SL-3871-2021 [M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2021, 8 de septiembre). Sentencia SL-4334-2021 [M. P. Iván Mauricio Lenis Gómez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2021, 6 de octubre). Sentencia SL-5686-2021 [M. P. Iván Mauricio Lenis Gómez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2022, 16 de marzo). Sentencia SL-812-2022 [M. P. Jorge Prada Sánchez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2022, 16 de marzo). Sentencia SL-1113-2022 [M. P. Iván Mauricio Lenis Gómez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2023, 22 de marzo). Sentencia SL-1085-2023 [M. P. Marjorie Zúñiga Romero].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2023, 2 de mayo). Sentencia SL-1144-2023 [M. P. Carlos Arturo Guarín Jurado].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2022, 18 de mayo). Sentencia SL-2929-2022 [M. P. Iván Mauricio Lenis Gómez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2022, 31 de mayo). Sentencia SL-1806-2022 [M. P. Omar de Jesús Restrepo Ochoa].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2022, 30 de agosto). Sentencia SL-3136-2022 [M. P. Dolly Amparo Caguasango Villota].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2022, 31 de agosto). Sentencia SL-4223-2022 [M. P. Iván Mauricio Lenis Gómez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2023, 28 de noviembre). Sentencia SL2924-2023 [M. P. Ana María Muñoz Segura].

Cubides, J. (2018). *Obligaciones* (8.ª ed.). Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez.

Farné, S. y Nieto, A. (2023). Suficiencia y sostenibilidad social del régimen pensional de ahorro individual colombiano. En H. Torres (Ed.) y D. Colorado (Coord.), *Reformas pensionales: superar las brechas del sistema dual* (pp. 235-251). Universidad Nacional de Colombia.

Fiscella, S. (2005). *Estado, ciudadanía y política social. Estudio sobre los sistemas de jubilaciones y pensiones*. Espacio Editorial.

Hernández, C. E. (2022). *Sistema general de pensiones colombiano. Visión integral a partir de la afiliación* (3.ª ed.). Legis.

Isaza, M. C. (2023). *De la cuantificación del daño. Manual teórico-práctico*. Temis.

Marta, E. A. (2023). La ineficacia del traslado de régimen pensional: ¿responsabilidad de los fondos privados? En A. Camacho (Coord.), *Desafíos de*

seguridad social en Colombia después de 30 años de la Ley 100 (pp. 91-114). Universidad del Rosario.

Silva, M. (2013). *Módulo sobre integración del Código General del Proceso al proceso del trabajo y la seguridad social. Gestión de los despachos de oralidad en el área laboral*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Torregroza, A. E. (2009). *Introducción al derecho de la seguridad social*. Grupo Editorial Ibáñez.

Torres, H. (2023). Repensar los sistemas pensionales. En H. Torres (Ed.) y D. Colorado (Coord.), *Reformas pensionales: superar las brechas del sistema dual* (pp. 117-151). Universidad Nacional de Colombia.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral. (2023, 29 de agosto). Sentencia Exp. 11001-31-05-004-2021-00210-o. [M. P. Lilly Yolanda Vega Blanco].