CONSTANCIA SECRETARIAL: Dentro del término de traslado dispuesto en la lista fijada el 27 de febrero de 2024, la parte demandante remitió alegatos de conclusión, como se aprecia en el archivo 05 de la carpeta de segunda instancia. Los sujetos pasivos guardaron silencio.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

Sin necesidad de firma Art. 2, inc. 2 Ley 2213 de 2022 y art. 28 Acuerdo PCSJA20-11567

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.
Juzgado: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, primero (01) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Acta No. 44 del 21 de marzo de 2024

Teniendo en cuenta que el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, estableció que en la especialidad laboral se preferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN, como ponente, y OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA, y el Magistrado GERMÁN DARIO GOEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Carlos Octavio Gómez Ballesteros** en contra de **la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones**, y las **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías-Protección S.A. y Porvenir S.A.**

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 24 de enero de 2024 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. LA DEMANDA Y LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Teniendo en cuenta que, en la etapa de resolución de excepciones previas, agotada en audiencia llevada a cabo el 30 de enero de 2023, la *a-quo* declaró probada la excepción de cosa juzgada en lo que se refiere a las pretensiones subsidiarias, solo subsisten al día de hoy las principales, en el sentido de que se condene a la AFP demandada a cancelar la indemnización total de perjuicios ocasionados con el incumplimiento del deber de información al momento de traslado de régimen, lo que se demuestre bajo las facultades ultra y extra petita y las costas procesales en su favor.

En sustento de lo pretendido, relata que nació el 4 de noviembre de 1956; que se afilió al ISS desde mayo de 1982, donde permaneció hasta agosto de 1995 debido a que suscribió formulario de traslado con destino a la AFP Porvenir S.A., sin recibir asesoría informada respecto de los beneficios, desventajas o inconvenientes del Régimen de Ahorro Individual (en adelante RAIS) y Régimen de Prima Media con Prestación Definida (en adelante RPM), y posteriormente el 2 de diciembre de 2002, bajo las mismas circunstancias se trasladó a Protección S.A. Finalmente, expresa que el 27 de septiembre de 2018 solicitó el retorno ante Colpensiones, petición que fue resulta de forma desfavorable.

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

En respuesta a la demanda, la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones, señalando que la selección de régimen pensional por parte del afiliado se realizó de manera libre y voluntaria, conforme a los requisitos exigidos por la Ley. En su defensa propuso como excepciones perentorias las siguientes: *"inexistencia de la obligación"*, *"excepción de buena fe"*, *"imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas"*, *"excepción de innominada"* y *"prescripción"*.

Por su parte, Porvenir S.A. aceptó el traslado del actor, pero negó cualquier falta al deber de información, y agregó que existía incertidumbre respecto del monto de los perjuicios reclamados. Como excepciones de mérito propuso: *"inexistencia de los perjuicios patrimoniales"*, *"obligación de medio y no de resultado"*, *"desconocimiento de los actos propios"*, *"imposibilidad de reversar situaciones jurídicas consolidadas"*, *"pago"*, *"compensación"*, y *"prescripción"*.

En similares términos dio respuesta a la demanda Protección S.A. quien informó que el accionante suscribió formulario de afiliación el 2 de diciembre de 2002, y propuso como excepciones perentorias las que denominó: *"Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir"* y *"buena fe"*.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La jueza de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, declaró probada la excepción de prescripción y condenó en costas al gestor del litigio en favor de las demandadas.

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

Para arribar a esa determinación, señaló que se encontraba demostrado el traslado de régimen pensional del actor desde el RPM con destino al RAIS y que la administradora de esta última no cumplió con el deber de información.

En cuanto al perjuicio irrogado, de cara a los fundamentos jurisprudenciales vertidos en la sentencia SL 373 de 2021, indicó que el señor Carlos Octavio Gómez se pensionó en el 20 de diciembre de 2012, con una cuantía equivalente a \$803.197, bajo la modalidad de pensión anticipada de vejez - retiro programado. Añadió que para la época del reconocimiento no tenía 62 años edad, razón por la cual inane resultaba verificar el número de semanas acreditadas, pues en todo caso no acreditaba los requisitos del RPM para pensionarse y, por tanto, no era procedente el perjuicio solicitado, ya que para esa época no tenía derecho a acceder a la pensión en el RPM. Agregó que el trabajador se benefició del RAIS no solo para acceder al derecho pensional de forma anticipada, sino para cesar la obligación de aportar como trabajador dependiente.

Explicó que el actor solo alcanzó los requisitos necesarios para acceder a una pensión en el RPM en el año 2015, y si se cuantifica el valor de la mesada en ese año, sí se reflejaría una diferencia pensional superior a un millón de pesos mensuales, que eventualmente sería el perjuicio económico generado, pero en todo caso no era viable abordar ese estudio, por cuanto el derecho a los perjuicios se encontraba prescrito de conformidad con los artículos 488 y 151 del C.P.T. y de la S.S., pues, aunque el derecho a la pensión es imprescriptible, en el caso de marras, el fenómeno extintivo recaía sobre la acción y no sobre el monto del perjuicio tasado a partir del valor de la diferencia en las mesadas. Así, indicó que se encontraba prescrita la acción adelantada, ya que el actor nunca reclamó ante el fondo pensional el resarcimiento de perjuicios, y entre el 2012 año de reconocimiento pensional y en el 2021, cuando interpuso la acción judicial, habían transcurrido más de 3 años.

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

3. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el demandante interpuso recurso de apelación señalando que la AFP incumplió con el deber de información al momento del traslado de régimen y que el perjuicio causado se representa en la diferencia de la mesada pensional que hubiera recibido el RPM y la que recibe en el RAIS. Afirma que la acción de indemnización de perjuicios es totalmente procedente, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias en la SL 373 de 2021.

Respecto de la prosperidad de la excepción de prescripción, señala que dar paso al elemento extintivo afecta el derecho fundamental a la seguridad social, pues implica que el derecho a la pensión sería prescriptible como cualquier otro derecho, señalando que la excepción sólo puede afectar las diferencias en la mesada pensional, pero no el derecho en los términos que lo hubiera adquirido en el RPM en noviembre de 2018, por lo cual precisa que a partir de este momento se debe aplicar la prescripción, misma que se vio interrumpida con la presentación de la demanda en septiembre de 2021.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Analizados los alegatos escritos presentados por la demandante, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresará más adelante. El Ministerio Público no conceptuó en este asunto.

5. PROBLEMAS JURÍDICOS POR RESOLVER

De acuerdo con los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia, los fundamentos de la apelación y los alegatos de conclusión, le corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- i. Establecer si para el momento en que la parte actora efectuó el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, existía normatividad vigente que obligara a la entidad administradora de pensiones a brindarle al potencial afiliado información suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen.
- ii. Analizar si quedó probado en el proceso que la parte demandante recibió de parte de la AFP demandada, la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.
- iii. Determinar cómo se encuentra distribuida la carga probatoria cuando está en discusión el resarcimiento de perjuicios por incumplimiento del deber de información al momento del traslado de régimen pensional de personas que ya gozan de una pensión de vejez en el RAIS, y asimismo establecer el perjuicio originado por la culpa enrostrada en la demandada.
- iv. Finalmente, en caso de que se encuentre demostrado el perjuicio, compete a la Corporación establecer cuál es el término de prescripción para reclamar los

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

perjuicios ocasionados con la falta de información del fondo de pensiones al momento del traslado de régimen de del RPM al RAIS o viceversa.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Indemnización de perjuicios en favor de pensionados del RAIS por incumplimiento del deber de información en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones en el momento del traslado y prescripción.

El fundamento legal del resarcimiento o indemnización plena de perjuicios por incumplimiento del deber de información de las AFP, se desprende de lo regulado por el Decreto 720 de 1994, puntualmente por sus artículos 4, 10 y 12, con arreglo a los cuales, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de verificar *"la idoneidad, honestidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado de la labor que desarrollarán las personas naturales que vinculen como promotores y (...) Las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones respecto de la cual se hubiere promovido la correspondiente vinculación,* según se indica en el mencionado artículo 4, aunado a los siguientes artículos, que al tenor disponen:

"Artículo 10. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. 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

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

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.

Artículo 12. OBLIGACION DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado."

Adicionalmente, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, establece que las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad son instituciones de carácter previsional y, como tal, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad, por lo que serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.

Sobre la manera en que dichos preceptos normativos operan en los casos en que se discute la responsabilidad patrimonial de las AFP por los perjuicios ocasionados a los pensionados que se trasladaron de régimen pensional sobre la base de errores u omisiones en la información presente en la antesala del traslado, tiene dicho esta Corporación, desde la sentencia del 03 de agosto de 2022, Rad. 2021-00260, M.P. Julio César Salazar Muñoz, lo siguiente:

"Dichas disposiciones normativas regulan la manera y las condiciones como las AFP pueden promocionar sus productos dentro del sistema general de pensiones, así como el personal que pueden utilizar para el

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

efecto, pero, sobre todo, explicita la responsabilidad que les asiste a esas entidades por los errores o las omisiones -que causen perjuicios- en que incurran las personas que se encarguen de la afiliación de los usuarios.

*De modo que, si se prueba en el proceso el engaño o la responsabilidad de la AFP privada en el traslado del afiliado y o pensionado, y como consecuencia de ello, la causación de un perjuicio al usuario, el afectado cuenta con la acción adecuada para pedir la indemnización de ese perjuicio, **pero obviamente a cargo de quien se lo causó**, esto es la AFP que propició el traslado.*

Ahora bien, los artículos 2341 y 2343 del Código Civil establecen que quien comete un daño por culpa está obligado a su reparación o indemnización, de modo que, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información, y por ello sufrió un perjuicio en el monto de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización de perjuicios a cargo de la entidad administradora de pensiones que causó el daño.

Dicha indemnización de perjuicios encuentra sustento además en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que establece: "ARTICULO 16. 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."

Y añade:

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

"(...) el resarcimiento del eventual daño o perjuicio que se genera por cualquier infracción, error u omisión de las sociedades administradoras de pensiones en el desarrollo de su actividad, como sería la falta al deber de información que les asiste respecto a los potenciales afiliados, está regulado en forma expresa en una norma que rige la seguridad social, esto es, la Ley 720 de 1994, por medio del cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993.

Aunado a ello, el daño que surge eventualmente por la falta al deber de información, afecta de manera directa el contenido esencial del derecho a la pensión de vejez en torno a su cuantificación, ante la desmejora del valor de la mesada a la que el afiliado o pensionado hubiere podido acceder estando en el otro régimen pensional; de manera que, el daño que se ocasiona es de carácter continuado o de tracto sucesivo, pues se extiende en el tiempo después de su consolidación, bien sea hasta que se extinga la condición de pensionado o hasta que el perjuicio económico deje de existir".

De otro lado, el hecho de que el eventual perjuicio económico causado con ocasión al incumplimiento al deber de información, esté dado en la diferencia existente entre el valor de la pensión reconocida en el RAIS y aquella que hubiese obtenido en el RPMPD de haber permanecido en él, da lugar a que el titular de la pensión tenga como pretensión jurídica el pago periódico de esas diferencias en la pensión a cargo la entidad administradora, a título de indemnización o reparación de perjuicios, mismo que, igual que el derecho a la actualización y/o inclusión de factores salariales en temas pensionales, es de carácter imprescriptible por ser una prestación social de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, siendo únicamente susceptibles de su afectación las mesadas o

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

diferencias que no se reclamen en el término trienal que consagran los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, (ver entre otras, sentencia SL 5535 de 2019).

Por tanto, esta Sala mantiene el criterio jurídico, según el cual, el titular de la acción está habilitado para solicitar en cualquier tiempo, la declaratoria de incumplimiento al deber de información y precisará que, los perjuicios económicos que tal situación genere, entendidos como las diferencias entre el valor de las mesadas pensionales otorgadas por el RAIS y las que hubiere percibido el pensionado en el RPM, en materia de prescripción, siguen la misma suerte que cualquier mesada pensional, esto es, que solo se ven afectadas por dicho fenómeno, aquellas diferencias que no hayan sido reclamadas en un lapso superior a tres años desde su causación. (Negrilla fuera de texto).

Esta tesis del Tribunal, **respecto a la imprescriptibilidad de la acción de indemnización de perjuicios en los asuntos de traslado del RPM al RAIS**, guarda completa armonía con lo decidido sobre la misma materia por el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, que, en sentencia SL 3535 de 2021, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que alude a la ya citada sentencia SL 373 de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, dejó claro que, aunque la ineficacia de la afiliación es incompatible con la condición de pensionado, ello no impide que el pensionado pueda obtener, por vía judicial, una reparación derivada de los perjuicios causados por el incumplimiento del deber de información en cabeza de las administradoras de pensiones a través del empleo de la respectiva acción, caso en el cual se ordenará, 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 RPMPD.*

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

Esto es, imponer el pago de una renta periódica en los mismos términos en que lo habría hecho el régimen de prima media con prestación definida, tanto para el pensionado como para sus potenciales beneficiarios, ordenando compensar o restituir todo aquello a lo que haya lugar”.

Cabe agregar que en la sentencia SL 373 de 2021 la Sala Laboral Permanente de la Corte Suprema de Justicia, indicó:

“[...] Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.”

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

Sin embargo, teniendo en cuenta que en esa oportunidad la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y el regreso al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida y no al reclamo de la reparación de perjuicios, concluyó que *"no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad."* De ahí que a la fecha la Corte Suprema de Justicia, no ha resuelto un caso de similares contornos, y por ende la interpretación vertida por la Sala de esta Corporación se torna plausible.

Pese a lo anterior, y con base en la misma sentencia, las Salas de Descongestión de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, han declarado la prescriptibilidad de la indemnización de perjuicios transcurridos tres años desde que el pensionado adquiere dicha calidad, tal como se dijo, por ejemplo, en la sentencia en SL-053 de 2022, en la que se indicó:

"(...) en el presente asunto aquel se superó con creces como lo sostuvieron las demandadas al proponer el correspondiente medio exceptivo, pues la pensión anticipada de vejez que se le reconoció a Roberto Cesáreo José Francisco Ceballos Restrepo lo fue a partir del 5 de abril de 2002 (f.º 31-32) y la presente acción judicial tan solo se ejerció el 24 de enero de 2018 como da cuenta el acta de reparto visible al anverso de la carátula final del expediente, esto es, superado ampliamente el término trienal contemplado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, razón por la cual no resulta procedente su imposición."

Asimismo, en la reciente providencia SL 1465 de 2023, la Sala de Descongestión de la Alta Corporación, expuso:

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

"(...) debe precisarse que la imprescriptibilidad del derecho pensional no resulta aplicable al presente asunto. Ello por cuanto la súplica condenatoria subsidiaria, frente a la cual el colegiado estimó que había operado la prescripción, no fue el derecho pensional en sí mismo, sino la indemnización de perjuicios.

(:..)

En efecto, una cosa es la consolidación del derecho pensional y otra, la consecuencia resarcitoria generada por el incumplimiento de los deberes de la AFP respecto de quien obtuvo la pensión en el RAIS. De esa manera, lo que se aprecia es que, con el planteamiento de la censura se varía la naturaleza de la pretensión deprecada de manera subsidiaria.

Puntualizado lo anterior, la Corte no advierte yerro jurídico del colegiado en la interpretación de las normas que regulan la prescripción, en tanto que, tratándose de la indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento de los deberes de la AFP, sí opera la prescripción, la cual se cuenta desde cuando se obtiene la calidad de pensionado, en la medida que ese es el momento en que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud."

No obstante, esta Sala Mayoritaria se aparta de dichos pronunciamientos, pues como se indicó en precedencia, a la fecha no existe un precedente o doctrina probable aplicable en cuanto a la excepción de prescripción en asuntos donde se discute el resarcimiento de perjuicios por incumplimiento del deber de información al momento del traslado de régimen pensional de personas que ya gozan de una pensión de vejez en el RAIS, máxime cuando el artículo 28 del Acuerdo No. 48 del 16 de noviembre de 2016 (reglamento de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral) señaló

que para la selección de expediente que se remitirían a dichas Salas se tendría en cuenta la antigüedad de los asuntos, *"salvo que impliquen modificar, unificar o crear nueva línea jurisprudencial"*.

6.2. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: un deber exigible desde su creación.

Dado que las Administradoras de Fondos de Pensiones son organismos profesionales, resulta aplicable el artículo 1604 del Código Civil, según el cual la prueba de la debida diligencia y cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, atendiendo a las siguientes razones:

- 1)** Las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen deberes de carácter profesional con sus afiliados y con los consumidores del mercado potencial en general. Además, sus actividades se encuentran reguladas por el Decreto 663 de 1993¹, norma en la que se destaca la importancia de los principios de debida diligencia, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.
- 2)** Adicionalmente, se tiene previsto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.
- 3)** Dispone el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, que los trabajadores y

¹ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

servidores públicos que se trasladen por primera vez del RPM al RAIS, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.

- 4)** En numerosas sentencias del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, se ha establecido que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que el traslado de régimen pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica o con la suscripción de un formato; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones "dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito."
- 5)** Con sustento en lo anterior, es evidente que en todos los casos en que un afiliado ponga en cuestión la falta de información veraz, oportuna y completa de las incidencias del cambio del régimen pensional, y bajo tal premisa persiga la ineficacia de su traslado, la defensa de la AFP demandada debe encaminarse a demostrar, bajo los medios probatorios a su alcance, que cumplió con el deber de buen consejo al transmitirle al afiliado toda aquella información que resultaba relevante para que tomar una decisión de tal trascendencia.

Dicho deber, como lo ha enseñado la Corte, es exigible desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación a la administradora, pues el sistema pensional, del que obviamente son protagonistas de primer orden las Administradoras de Fondos de Pensiones, se supone que actúan mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que tienen

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

la obligación de brindar información confiable a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Ello así, también ha dicho el órgano de cierre de la especialidad laboral, que las AFP demandadas se encuentran en una situación de ventaja que les permite aportar las evidencias respecto a si se le brindó al afiliado la información cierta, suficiente, comprensible y oportuna a la hora de convencerlo de trasladarse de régimen.

Ahora bien, como quiera que uno de los argumentos de la defensa de las AFP es que la normatividad del deber de información se ha venido dando paulatinamente, vale la pena citar la sentencia del 8 de mayo de 2019 SL 1688-2019, Radicado 68838, con Ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se hace un didáctico recuento histórico de las normas que rigen la actividad de los Fondos de Pensiones privados, dividiéndolo en 3 etapas, de cuyo análisis se llega a la conclusión de que a las AFP les compete, desde su creación, el deber de suministrar una información **necesaria y transparente**, que con el transcurrir del tiempo esta exigencia cambió, pasando de un deber de información necesaria al de **asesoría y buen consejo**, y finalmente al de **doble asesoría**, explicando en qué consiste cada uno de esos conceptos. Dicho recuento histórico, se compendia de la siguiente manera:

"El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272</i>	<i>Ilustración de las características,</i>

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

<i>información</i>	<i>de la Ley 100 de 1993</i> <i>Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</i> <i>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i> <i>Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015</i> <i>Circular Externa No. 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, 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

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

6.3. De la carga de la prueba – inversión a favor del afiliado

La carga de la prueba en los procesos de ineficacia de traslado, también se resolvió por la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia hito, en la que se

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

expresó que, de conformidad al artículo 1604 del Código Civil «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*” lo que quiere decir que la carga de la prueba recae en el fondo de pensiones. Dicha postura se ha mantenido invariable, y se reiteró de manera más contundente en la sentencia SL1618 de 2022, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, así:

"Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

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

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

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

6.4. “El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación

es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado”²

El valor probatorio de los formularios de afiliación fue abordado en la sentencia a la que venimos haciendo referencia, en el sentido de que los formularios de afiliación a lo sumo acreditan un consentimiento, **pero no informado**, tal como se expresa a continuación:

"Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado. (...)

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e

² Título tomado de la sentencia del 8 de mayo de 2019SL 1688-2019, Radicado 68838, con Ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna”.

Como se dijo en precedencia, el tema de la suscripción del formulario de traslado como única prueba para desvirtuar la negligencia en la remisión de información al afiliado, ha sido analizado en múltiples fallos de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre estas sentencias, está la providencia CSJ SL12136-2014 en la que se dijo lo siguiente:

“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.

6.5. Caso Concreto.

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

Del historial de vinculaciones³ del demandante se desprende que estando afiliado a Colpensiones se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir S.A., según formulario de vinculación del 22 de septiembre de 1995⁴, efectivo a partir del 1 de octubre de ese año, y posteriormente se trasladó de AFP con destino a Santander, hoy Protección, desde el 2 de diciembre de 2002⁵, efectivo a partir del 1 de febrero de 2003, para finalmente retornar a Porvenir el 21 de abril de 2009, efectivo desde el 1 de mayo de esa anualidad.

De acuerdo con el anterior recuento normativo y jurisprudencial, es evidente que le corresponde a la AFP Porvenir S.A., como administradora por medio de la cual se surtió el traslado de régimen, demostrar el cumplimiento del deber de información en favor de quien decide trasladarse del RPM al RAIS, pues la prueba de la diligencia y/o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, conforme lo señala el artículo 1604 del Código Civil, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información *necesaria* en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado», lo cual debe hacer en un lenguaje claro, simple

³ Archivo 12, página 167 cuaderno de primera instancia.

⁴ Archivo 05, página 31 cuaderno de primera instancia.

⁵ Archivo 05, página 30 cuaderno de primera instancia

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

y comprensible, que dé cuenta de *«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»*. y que, como se señaló en la ya citada sentencia SL1452 de 2019, impone, en cumplimiento del principio de transparencia *“la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro»*.

Estos deberes y la carga de su cumplimiento, son exigibles tanto en los casos en los que se define la ineficacia del traslado por omisión del deber de información, como en aquellos eventos en que un pensionado persiga de la AFP la indemnización plena de perjuicios por incumplimiento de dicho deber, pues en uno y otro caso el objeto de la litis gira en torno a la verificación de la información bajo la cual se obtuvo el traslado, lo cual incumbe a la parte de quien se espera que haya actuado con diligencia y cuidado a la hora de gestionar el traslado de régimen.

Con dicha finalidad, la AFP Porvenir S.A. aportó el formulario de afiliación; sin embargo, como se expuso en acápites precedentes, este, aunque es prueba del traslado de régimen pensional y da cuenta de un consentimiento, por sí solo no permite conocer que el mismo fue informado, ya que de dicho documento no es posible establecer que al gestor se le hubiera suministrado información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, riesgos y consecuencias del traslado, información que tampoco es posible obtener de la restante prueba documental, debido a que en nada ilustran acerca de las condiciones de tiempo, modo y lugar de la antesala de la vinculación al RAIS.

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

Cabe señalar que los presupuestos del cumplimiento del deber de información tampoco encontraron soporte en el interrogatorio de parte practicado al señor Carlos Octavio, como quiera que ninguno de sus dichos tiene la entidad de una confesión, ya que en todo favorecen el relato inaugural, pues se limitó a señalar que una asesora de Porvenir S.A. se acercó al lugar donde trabajaba como abogado y le informó que el Instituto de Seguro Social iba a desaparecer, por lo que trasladarse al RAIS era una excelente opción, ya que en ese régimen el ahorro del pensionado generaba muy buenos rendimientos.

Además, indicó que desde 2008 intentó retornar al RPM, pues sabía que debía hacerlo antes de cumplir 52 años, y se encontraba inconforme en Porvenir S.A., porque dicha AFP, en un comunicado, le indicó que su cuenta de ahorro individual había disminuido en \$60.000.000; sin embargo, como el traslado fue infructífero, decidió pensionarse en el año 2012, luego de que un asesor le indicara que aumentar el IBC no iba repercutir en una mejor mesada y "sería dinero perdido" e indicó que la mesada en 2023 fue de \$2.700.000 y actualmente es de \$3.050.000 (2024).

En este punto, advirtió que, al momento de pensionarse, el fondo le puso de presente dos modalidades de pensión, una a través de la cual la mesada pensional era superior, pero no le garantizaba la cobertura hasta la muerte, y otra donde percibiría su mesada pensional en un monto inferior, pero de forma vitalicia aproximadamente en cuantía de tres salarios mínimos, precisando que optó por la segunda, y que, en virtud de la calidad de pensionado, no volvió a cotizar.

Con base en lo anterior, aunque es claro que la AFP incumplió su deber de información en la antesala pensional, lo cierto es que para el momento en que el actor se pensionó en el RAIS no tenía los requisitos mínimos para acceder a una pensión en el RPM, pues según se desprende del interrogatorio de parte y se corrobora con el oficio No.0105672020558400 del 15 de marzo de 2018, el actor

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

radicó solicitud formal de pensión anticipada de vejez ante Porvenir S.A. el 27 de noviembre de 2012⁶, misma que se aprobó a partir del 1 de diciembre de 2012, bajo la modalidad de retiro programado, anualidad para la cual, aunque tenía cotizadas 1.316 semanas⁷, tan solo tenía 56 años, debido a que nació el 4 de noviembre de 1956⁸.

Cabe aclarar que, en la anualidad en que el actor se pensionó de forma anticipada, no era beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues a la entrada en vigencia de esta norma (1º de abril de 1994) tenía 37 años de edad, siendo necesario tener 40 años para el caso de los hombres, y tampoco tenía 15 años de servicios o su equivalente en semanas (750 semanas), pues según se desprende de la historia laboral⁹, al 1 de abril de 1994, tan solo acreditaba 462,4 semanas. Ello así, la pensión de vejez a la que hubiere tenido derecho en el RPM, sería la establecida en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que, para el año 2012, exigía para acceder a dicho derecho, en el caso de los hombres 60 años de edad y 1.225 semanas.

Puestas de este modo las cosas, teniendo en cuenta que, a la luz de la jurisprudencia traída a colación, en estos casos, el perjuicio ante el incumplimiento del deber de información se circunscribe al "*pago a cargo de la AFP de la diferencia entre la prestación reconocida en el RAIS y aquella que (el pensionado) hubiese tenido en el RPMPD*", en el entendido de que el perjuicio corresponde al menor valor de la pensión en el RAIS, lo que impone la obligación de resarcir el daño con un monto que equivalga a "*una renta periódica en los mismos términos en que lo habría hecho el régimen de prima media con prestación definida*", encuentra la Sala que el

⁶ Archivo 12, página 194 cuaderno de primera instancia.

⁷ Archivo 12, página 59 cuaderno de primera instancia.

⁸ Archivo 05, página 1 cuaderno de primera instancia.

⁹ Archivo 12, página 60 cuaderno de primera instancia.

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

pretensor que haya accedido a la pensión de vejez en el RAIS en edad inferior a la mínima que se exige para obtener esa misma gracia en el RPM, pierde el derecho a reclamar el pago de perjuicio alguno por las siguientes razones: 1) porque es evidente que al momento en que accedió a la pensión de vejez en el RAIS, todavía no tenía derecho a la misma prestación en el RPM, en este caso por edad; 2) porque es indudable que el menor valor de la mesada en el RAIS, en comparación con la que habría recibido 4 años después en el RPM, de no haberse dado el traslado, se ve compensado por el beneficio de una pensión anticipada, que le permitió disfrutar del retiro en una edad inferior a la que le ofrecía el RPM.

Esta conclusión se refuerza con las razones que ha tenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para negar la reliquidación de las pensiones reconocidas con la Ley 33 de 1985 a las personas que accedieron a ella a la edad de 55 o menos de 60 (en el caso de los hombres) o 57 años (en el caso de las mujeres) y, con posterioridad, pretenden mejorar su tasa de reemplazo exigiendo la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 a sus casos, en estos asuntos, ha razonado la Corte de la siguiente manera:

"(...) mientras la Ley 33 de 1985 exigió como requisito para los hombres una edad de 55 años, el Acuerdo 049 de 1990 estableció que la edad requerida era de 60 años, con lo cual se evidencia entre los dos regímenes una diferencia de cinco años en las edades para la causación del derecho, no obstante, en principio, ello no debería impedir la reliquidación pensional basada en la sumatoria de tiempos públicos y cotizados al ISS. Sin embargo, la reliquidación se torna improcedente cuando la prestación se reconoce inicialmente bajo la Ley 33 de 1985, pero a partir de una fecha en la cual el afiliado no había cumplido aún los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, pues la reliquidación está cimentada en un cambio de régimen y, por ello, para que sea viable deben estar acreditados los requisitos exigidos por ambos

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

regímenes a la fecha del reconocimiento inicial, dado que no existe disposición legal que permita acceder a una pensión de forma temporal y hasta que se cumplan los requisitos consagrados en otra normativa”.

De esta manera, si se accede inicialmente al reconocimiento pensional bajo la Ley 33 de 1985 sin el cumplimiento de los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, la reliquidación posterior resultaría contraria a derecho, porque al pensionado ya le fueron canceladas las mesadas pensionales que se causaron bajo el régimen inicial, las cuales, de efectuarse la reliquidación, quedaría sin soporte legal su reconocimiento, pero, además, cualquier mecanismo de devolución, retorno o descuento a futuro de lo ya cancelado, distorsiona la aplicación efectiva del régimen de transición y pone en riesgo el funcionamiento del régimen de prima media con prestación definida.

De la misma manera, conviene advertir que diferente es la situación para las personas que inicialmente acceden a la prestación bajo la Ley 33 de 1985, pero cumplen los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, situación que suele coincidir en el caso de las mujeres porque en ambos regímenes la edad es de 55 años y, tratándose de hombres, cuando por cualquier circunstancia no se pensionan sino hasta los 60 años o con posterioridad, eventos en los cuales sí es viable la reliquidación en comento, ya que no se han cancelado mesadas pensionales en períodos anteriores.

En la misma línea, los pensionados que en virtud de la transición accedieron al derecho bajo la Ley 71 de 1988, también son destinatarios de la reliquidación de la pensión en los términos del Acuerdo 049 de 1990, pues las edades tanto de las mujeres como de los hombres son idénticas en los dos regímenes, 55 años para ellas y 60 años en el caso de los hombres, razón por

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

la cual, la reliquidación se hace posible por no haberse recibido mesadas pensionales anteriores a la fecha en que se ordena la reliquidación”.

Esas razones, “*mutatis mutandis*”, se aplican al asunto de marras, porque aquí, como en ese caso, dado que la indemnización de perjuicios está cimentada sobre la base del menoscabo patrimonial que le produjo al afiliado el traslado de régimen, para que este sea viable deben estar acreditados los requisitos exigidos por ambos regímenes a la fecha del reconocimiento, pues si se cumple con los requisitos de uno, en este caso del RAIS, y se accede a la pensión en una edad inferior a la que exigía el otro (esto es, el RPM), se registra en favor del afiliado la obtención de un claro beneficio en su favor, que constituye un provecho derivado de las características diferenciadoras de uno u otro régimen, lo cual elimina o compensa el hecho de obtener una menor mesada, porque concurre con el beneficio de obtenerla estando más joven. Además, resultaría contrario a derecho, porque al pensionado le fueron canceladas mesadas pensionales antes del origen del supuesto perjuicio, las cuales quedarían sin soporte legal si concluye que el perjuicio se generó en fecha posterior al reconocimiento, como lo sugirió la *a-quo*, lo cual no es correcto, como quiera que el perjuicio se examina al momento en que se obtiene la pensión, pues solo en evento se puede efectuar la comparación de la que se deriva la diferencia que constituye el factor determinante para la tasación de la condena.

Por lo dicho, ante la inexistencia de perjuicio alguno, improcedente resulta evaluar la incidencia de la excepción de prescripción, razón por la cual se confirmará el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, por medio del cual se negaron la totalidad de las pretensiones, y se revocarán los numerales primero, segundo y tercero, que versan sobre la incidencia del fenómeno extintivo.

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

Costas en esta instancia a cargo del demandante y en favor de las demandadas como dispone el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso, debido a que se resolvió de forma desfavorable el recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Primera de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el 24 de enero de 2024 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Carlos Octavio Gómez Ballesteros** en contra de **la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones**, y las **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías- Protección S.A. y Porvenir S.A.**

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia al demandante a favor de la parte demandada. Liquidense por la secretaría del juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

Con firma electrónica al final del documento
ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00332-02
Demandante: Carlos Octavio Gómez Ballesteros
Demandado: Colpensiones y otros.

La Magistrada y el Magistrado,

Con firma electrónica al final del documento

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Con firma electrónica al final del documento

GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO

Firmado Por:

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

German Dario Goez Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **947011c3fccec2f6077207d64d2a826c3c2461a11ee05ddc715cbba03763b70f**

Documento generado en 01/04/2024 07:40:13 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>