



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

E D I C T O

**LA SECRETARÍA DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL
DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA,**

H A C E S A B E R:

Que el veintinueve (29) de septiembre dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-001-2019-00183-01 P.T. No. 19.680
NATURALEZA: ORDINARIO
DEMANDANTE CIRO ALFONSO GARRIDO SILVA.
DEMANDADO: COLPENSIONES y OTRAS.
FECHA PROVIDENCIA: VEINTINUEVE (29) DE SEPTIEMBRE DE 2023.
DECISION: **"PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 2 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta; en su lugar, **ABSOLVER** a la AFP COLFONDOS de las pretensiones incoadas por el demandante y **DECLARAR** probada la excepción de **INEXISTENCIA DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS** de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de primera instancia a la parte demandante al haber resultado vencido en juicio. Fijar como agencias en derecho a favor de la AFP COLFONDOS, el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente."

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy cinco (5) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy nueve (9) de octubre de 2023, a las 6:00 p.m.

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DE DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

Cúcuta, Veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

| | |
|--------------------------|---|
| PROCESO: | ORDINARIO LABORAL |
| RADICADO ÚNICO: | 54-001-31-05-001-2019-00183-01 |
| RADICADO INTERNO: | 19.680 |
| DEMANDANTE: | CIRO ALFONSO GARRIDO SILVA |
| DEMANDADO: | COLPENSIONES, COLFONDOS Y MINISTERIO DE HACIENDA CREDITO PUBLICO. |

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala a conocer dentro del proceso ordinario laboral referenciado, del recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS S.A., sobre la Sentencia del 2 de noviembre de 2021, que fue proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

El señor CIRO ALFONSO GARRIDO SILVA interpuso demanda ordinaria laboral contra COLFONDOS S.A, solicitando que se declare que debido al número de semanas cotizadas en pensión en el ISS, al demandante le era aplicable el régimen de transición del que trata el art 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990, a su vez, que se declare que debido al traslado efectuado en el mes de septiembre de 1997 del ISS hacia COLFONDOS perdió el régimen de transición y la mesada 14, por lo que solicita se declare que el demandante tiene derecho a la pensión de vejez en forma vitalicia a partir del 16 de marzo de 2016, consistente en 12 mesadas ordinarias, retroactivo pensional y la mesada adicionales de junio y diciembre de cada año, en cuantía de \$1.195.800 mensual, a su vez, se condene a la demandada COLFONDOS pagar intereses moratorios del Art 141 de 1993 y que se declara que la afiliación del demandante a COLFONDOS lo perjudicó debido a que lo obligó a cotizar pensión más allá de 1300 semanas, por lo que se debe condenar a reintegrarle al demandante el valor de todas las semanas de cotización que excedan las 1300 con sus respectivos intereses, al igual que se le reconozca y ordene el pago por los perjuicios morales sufridos por el demandante. De forma subsidiaria solicita, se declare la nulidad de la afiliación del demandante al fondo administrado por COLFONDOS y se ordene el regreso a COLPENSIONES.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata:

- Que el señor CIRO ALFONSO GARRIDO SILVA nació el 16 de marzo de 1956 y en la actualidad tiene más de 63 años
- Que al mes de junio de 1994 el demandante había cotizado más de 1000 semanas al ISS, por lo que le era aplicable el régimen de transición, en específico el Acuerdo 049 de 1990.
- Que en septiembre de 1997 la demandada COLFONDOS, trasladó al demandante del ISS hacia su fondo, haciéndole perder el régimen de transición y los beneficios pensionales del RPMPD, pues al momento de su traslado contaba con 1173 semanas cotizadas en el ISS, en el transcurso de permanencia en COLFONDOS y esta entidad, nunca le informó al demandando que podía regresar al ISS, conforme lo dispuesto al Decreto 3800 del 2003.

- Que a finales del 2011 mediante Documento BP-R-I-L-249-01-11 COLFONDOS le notificó que se había aprobado la pensión de vejez del demandante bajo la modalidad de retiro programado por valor de \$974.800 la cual aumentaría anualmente de acuerdo con el IPC, y para que se hiciera efectivo el pago de la referida pensión se obligó al demandante a firmar un documento denominado CONTRATO DE ADMINISTRACION DE MESADAS PENSIONALES BAJO LA MODALIDAD DE RETIRO PROGRAMADO.

- Que en febrero del 2012 el demandante solicitó el pago de la mesada 14 a COLFONDOS toda vez que su pensión fue reconocida en enero de 2011 y era inferior a 2 SMMLV, solicitud la cual fue negada en documento SER-BP-R-I-L-04800-02-12

- El 6 de noviembre de 2018 el demandante a solicitó a COLFONDOS la nulidad de su afiliación a esta entidad, reconocimiento y pago de pensión de vejez bajo régimen de transición, reconocimiento y pago de retroactivo pensional, pago de las mesadas extraordinarias de junio y diciembre, interés de mora al igual que el reintegro de aportes cancelados en exceso.

- La entidad demandada generó perjuicio al demandante debido a que le hizo perder su mesada 14, incremento su edad de pensión de 60 a 62 años y lo obligo a cotizar pensión más a allá de las 1300 semanas.

La demandada **COLFONDOS S.A** a través de apoderada judicial contestó:

- Que considera improcedente la indemnización por perjuicios reclamados, los cuales son inexistentes, máxime que no se evidencia ningún daño proporcionado generado por la AFP COLFONDOS, por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento expresado por el señor CIRO GARRIDO del reconocimiento pensional, acto propiciado por el demandante, quien ha venido disfrutando de la pensión bajo la modalidad de retiro programado desde el 25 de febrero de 2011.

- El derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites para hacer efectivo el derecho legal de traslado entre regímenes pensionales

- Resalta, que una vez la persona elige de manera libre y voluntaria la administradora y el régimen pensional al que desea pertenecer, procede el diligenciamiento del formulario de afiliación respectivo, el que debe contener los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y corresponder a la proforma adoptada por la Superintendencia Financiera a través de las Circulares 034 y 037 de 1994.

- Señala, que el señor GARRIDO SILVA, decidió optar por una pensión bajo la modalidad de retiro programado, bondad exclusiva del RAIS, y a la cual pueden acceder los afiliados antes del cumplimiento de la edad mínima para obtener la pensión, siempre que el capital que conforma su cuenta de ahorro individual así lo permita; adicional a ello, el demandante eligió como modalidad de pensión la de retiro programado, según documentación anexa. Por lo que conlleva a concluir, que el traslado de régimen efectuado por el demandante se produjo por una decisión libre y voluntaria del mismo y se debe enfatizar que la parte demandante, después de disfrutar la prestación reconocida, no puede controvertir un acto jurídico propiciado por este mismo que está produciendo plenos efectos jurídicos.

- Frente a los perjuicios alegados por el demandante, se debe decir que a todas luces son IMPROCEDENTES, por cuanto no se evidencia un daño cierto y directo atribuible, máxime que tanto el acto de afiliación al RAIS como el acto del reconocimiento pensional, son actos propiciados por el demandante y, por tanto, no es posible endilgar responsabilidades a la AFP que represento que ha actuado bajo los lineamientos legales.

- Que la carga dinámica de la prueba no es absoluta y obedece a la verificación de los escenarios donde la expectativa pensional, la permanencia en el sistema, el

silencio, la aceptación en el tiempo, la calidad del demandante y otros relacionados con las actividades financieras que ejecuta un usuario durante su vida laboral, le permitía escoger acertadamente el régimen pensional.

- Propuso las siguientes excepciones de mérito: inexistencia perjuicios reclamados; buena fe; improcedencia del traslado de régimen, improcedencia de la nulidad o ineficacia por existencia de pensión reconocida, prescripción, mala fe del demandante, validez de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación reclamada, cobro de lo no debido, pago, buena fe de COLFONDOS, compensación e innominada.

La demandada **COLPENSIONES**.; que fue vinculada por ser litisconsorcio necesario, una vez notificada a través de apoderada judicial contestó:

- Que se opone a cada una de las pretensiones que sin fundamento se solicitan y se opone a sus declaratorias como a sus consecuencias, solicita se absuelva a COLPENSIONES, ya que esta entidad no puede hacer nada diferente a cumplir la Constitución, la Ley y sus reglamentos, cuyas disposiciones están sometidos también los afiliados, resalta que de igual forma en la historia laboral aportada, solo se reflejan 144.29 semanas cotizadas en el RPMPD al igual que no aparece registro de semanas cotizadas para el año 1994.

- Al igual señala, que la parte accionante no puede desconocer su traslado de forma voluntaria y sin presión al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS) Administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A. efectuada el día 26 de julio de 1995. Esto es, teniendo en cuenta que, en principio, la escogencia y afiliación a un determinado régimen de pensiones, debe ser un acto libre, consciente y voluntario del trabajador. Por lo tanto, en lo referente a la nulidad se tiene que, para que pueda predicarse existencia y validez de la afiliación, esta debe reunir los requisitos dispuestos en el artículo 1502 del Código Civil, esto es, que la declaración de voluntad debe provenir de una persona legalmente capaz, que preste su consentimiento sin error, fuerza o dolo que lo vicie, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga además una causa lícita.

- Ante la ausencia de uno de estos elementos, el acto es inexistente y de presentarse alguno de los vicios enunciados, se entiende que es nulo el acto de afiliación y, en consecuencia, no es posible hacerle producir efectos en el mundo jurídico. Por lo tanto, en el asunto examinado, no se logra colegir la ausencia de alguno de los elementos anteriormente mencionados, ni tampoco que fuese engañado y conducido a un error en su convencimiento. Por el contrario, se evidencia la manifestación libre y voluntaria del demandante de permanecer al régimen de ahorro individual con solidaridad y a su vez, la validez del formulario de afiliación que perfeccionó tal voluntad.

- Propone como excepciones de mérito: buena fe, Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, legalidad de los actos administrativos, inoponibilidad de la responsabilidad, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, imposibilidad de condena en costas, prescripción, imposibilidad del volver al estado mismo de la cosa por haber hecho consumado e innominada.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS S.A contra la Sentencia del 2 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., a reconocer y pagar mes a mes a favor del demandante, la diferencia sobre mesada pensional que llegare a existir entre la mesada pensional que ha reconocido y pagado COLFONDOS s.a. al demandante con el valor de su mesada pensional a que hubiere accedido el demandante si hubiere permanecido en régimen de prima media con prestación definida administrada el antiguo seguro social a hoy COLPENSIONES, ello en virtud al cumplimiento de requisito de edad, cuyos dineros se reconocerán de manera indexada a favor del demandante.

SEGUNDO: DECLARAR no prosperas las excepciones propuesta por COLFONDOS S.A.

TERCERO: ABSOLVER Y DECLARAR probada la excepción de inexistencia de obligación propuesta por la parte demandada COLPENSIONES S.A.

CUARTO: COSTAS a cargo de la parte demandada COLFONDOS S.A, de conformidad con las motivaciones de esta sentencia.

2.2. Fundamento de la Decisión.

El juez de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Establece el juez a quo que una vez revisado el expediente se da por probado que el demandante en un principio estuvo afiliado al régimen pensional de prima media desde abril de 1975 hasta el 30 de septiembre de 1997, fecha en la cual efectuó traslado de régimen pensional al régimen privado administrado por COLFONDOS S.A, de igual forma a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el demandante tenía cotizado al sistema ISS un total de 990,25 semanas y al momento de su afiliación al RAIS tenía 1170,43 semanas cotizadas al sistema.

- Indica, que también consta que COLFONDOS le notificó al demandante el reconocimiento de pensión con pago a partir de febrero de 2011, en la modalidad retiro programado fecha en la cual ha venido recibiendo su mesada mes a mes, de igual forma establece que no existe documento de afiliación al sistema pensional privado, ni prueba que permita evidenciar que para la época del traslado de régimen el fondo privado hubiere brindado la debida información, sobre los regímenes presentes y las consecuencias que trae el cambio de régimen, se debe decir que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, ha sentado una línea jurisprudencia donde ha establecido que la carga de la prueba en este caso recae sobre el fondo privado y no en el afiliado, ya que es obligación del fondo responder por los daños y perjuicios que llegará a sufrir el afiliado

- Resalta el juez a quo la sentencia SL 373 de 2021 proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde se evidencia una situación similar a la ocupada en este caso, en uno de sus apartes establece *“La corte podría discurrir en más problemáticas que generarían el estado de pensionado no obstante señala que los ejemplos expuestos, bastan para demostrar que la calidad de pensionado da una situación jurídica consolidada y aun hecho consumado, cuyos intentos de revertir podrían afectar a diversos actores del sistema y en especial un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones, en el caso se le otorgó al demandante por parte de PROTECCION una pensión bajo la modalidad de retiro programado la cual se financió por el bono pensional pagado el 19 de diciembre de 2008 por la oficina del ministerio de hacienda y crédito público, lo cual evidencia que dicha prestación fue obtenida de manera previa a los requisitos de Ley, por lo que no es factible retrotraer tales situaciones, lo anterior no significa que el pensionado que se considere lesionado no pueda obtener su reparación”* de igual forma el Art 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el daño, principio que conmina al Juez a valorar los daños causado a la víctima y en función de esta apreciación adoptar medidas compensatorias que considere pertinente, el juez en vista a reparar los perjuicios ocasionados debe utilizar aquellas medidas necesarias para el restablecimiento de los derechos, se debe establecer que el daño es apreciable en toda su magnitud una vez en el momento en que se tiene la calidad de pensionado y el termino de prescripción debe contarse desde ese momento”.

- Frente al caso en concreto se debe decir, que al demandante se le reconoció pensión desde el año 2011 y como lo ha dejado sentado el despacho al no obrar prueba, que al traslado de régimen, COLFONDOS hubiera informado debidamente al demandante como lo era su obligación legal como lo contempla la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, ni siquiera se aportó el formulario de afiliación, pero sin embargo, teniendo en cuenta la jurisprudencia mencionada anteriormente el despacho no puede revertir la situación pensional del actor declarándola ineficaz y/o nulidad del traslado, pero al estar probada la falta de información brindada por COLFONDOS al momento del traslado y al no ser posible revertir la situación pensional del actor, corresponde al despacho adoptar las medidas compensatorias que considere convenientes.

- Por lo tanto, para el caso en concreto en compensación a los daños surgidos debido a la falta de información por parte de COLFONDOS al demandante, ordenará a la demandada COLFONDOS reconocer y pagar mes a mes a favor del demandante GARRIDO SILVA la diferencia sobre la mesada pensional que llegue a existir haciendo balance del estudio, de la mesada que debería reconocer la administradora COLPENSIONES, teniendo en cuenta su historia laboral a la fecha de cumplir los requisitos de Ley que para el caso es 16 de marzo de 2016, al hacer dicha proyección el fondo deberá pagar la diferencia de esta mesada reconocida frente a la que hubiere recibido el demandante, desde el momento en que cumplió los requisitos de Ley para su reconocimiento de pensión en el RPMPD, debiendo indexar las sumas a cancelar y pagar mes a mes esta diferencia sobre mesada pensional.

- Frente a la excepción de prescripción, resulta que el demandante cumplió sus 60 años de edad en marzo de 16 del 2016, elevó reclamación en noviembre de 2018 y la demanda se sometió a reparto el 22 de abril de 2019, por lo que no alcanza a transcurrir el termino prescriptivo que hace referencia el artículo 488 del CST y 151 del CPSS, por lo que no puede prosperar esta excepción ni las demás alegadas por COLFONDOS.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada COLFONDOS:

La apoderada de COLFONDOS interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Manifiesta, no encontrarse de acuerdo con la decisión tomada por el juez a quo, en específico, de la condena donde se ordena reconocer la diferencia de la mesada pensional al demandante, ya que el demandante de manera libre y voluntariamente accedió afiliarse a COLFONDOS y posteriormente accedió al reconocimiento de la pensión de vejez por la modalidad de retiro programado, a partir del 25 de febrero de 2011. Resalta que dichas decisiones tomadas por el demandante se realizaron bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993 sobre la libre escogencia de régimen pensional. A su vez que los perjuicios referidos por el despacho se causaron con el reconocimiento de la pensión, de igual forma no se evidencia ningún daño ni que estos hayan sido generados por la AFP COLFONDOS. De igual forma expresa que, si se aportaron documentos que soportan y prueban la manifestación de voluntad del actor para afiliarse a COLFONDOS y posteriormente permitieran adelantar los trámites para la obtención de pensión de vejez, dentro de ellos se evidencia la gestión del bono pensional el cual hizo parte de ese capital para el reconocimiento de la prestación.

- Por último reitera que los perjuicios que indica el despacho se causaron al demandante están sujetos a su comprobación y que no existe prueba suficiente para ver endilgado esta causación de perjuicios y que las condenas de estos no son del consorte del Juez laboral, ya que estas son de competencia del Juez civil, por lo que no hay lugar a que el despacho condenara este tipo de situaciones.

4. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, se presentaron los alegatos de conclusión que se resumen de la siguiente manera:

- **Demandado:** La apoderada de COLPENSIONES manifestó que no es procedente se declare la nulidad e ineficacia del régimen pensional, por cuanto la parte demandante realizó su traslado de régimen de manera voluntaria y autónoma desde la libertad que le otorga la ley, sin que en dicho acto jurídico haya intervenido Colpensiones al suministrar información; por lo que nada puede aportar esa entidad para el debate, advirtiendo que la actora realizó dicho acto de manera libre y voluntaria, cumpliendo con los requisitos legales, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita. Agrega que el derecho a la libre elección de régimen se encuentra consagrado en el artículo 13, literal B de la Ley 100 de 1993, debiendo probar que el traslado se efectuó, bajo algún vicio del consentimiento del demandante.

El apoderado de COLFONDOS advierte que no asistió razón al Juez *a quo* cuando accedió a reconocerla diferencia que llegare a existir entre el valor reconocido

y pagado sobre la mesada pensional que llegare a existir en el régimen de prima media, desconociendo que el actor tiene más de 10 años con su estatus pensional consolidado en la modalidad de retiro programado, desconociendo que tenía pleno conocimiento de su acto de afiliación, el cual goza de plena validez y se suscitó acorde a los parámetros legales vigentes para el año 1997 y el demandante no intento retractarse ni presentó reclamo o requerimiento alguno manifestando alguna irregularidad o inconformidad en su afiliación al régimen de ahorro individual, por lo que con su permanencia ratificó y convalidó su voluntad de pensionarse. Agregó que la normativa prevé la forma en que se realiza el reconocimiento pensional en cada uno de los regímenes que coexisten y son excluyentes. Reitera que podría haber falta de competencia del juez laboral, pues la reclamación de perjuicios corresponde a la especialidad civil.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencias en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

El problema jurídico propuesto a consideración de esta Sala es el siguiente:

¿Es procedente condenar a COLFONDOS a reconocer y pagar al señor CIRO ALFONSO GARRIDO SILVA, la diferencia de la mesada pensional que llegare a existir, entre la mesada pensional que ya le ha reconocido y pagado COLFONDOS SA, con el valor de la mesada pensional a que hubiere accedido, si este hubiere permanecido en régimen de prima media con prestación definida?

7. CONSIDERACIONES:

El litigio gira en torno a determinar si es procedente reconocer a favor del señor CIRO ALFONSO GARRIDO SILVA, en su calidad de pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, una indemnización por los daños que afirma provocó AFP COLFONDOS al materializar su traslado desde el régimen de prima media y con ello provocar la pérdida del régimen de transición y de la mesada catorce, reduciendo el valor de su mesada pensional y por lo cual solicita que se reconozca en forma vitalicia el valor que le hubiera correspondido de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida; a lo que se opuso la demandada, advirtiendo que el demandante optó por su régimen pensional de manera libre y voluntaria, no demostró vicios del consentimiento y disfruta actualmente de la mesada pensional correspondiente a los lineamientos legales.

El juez *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, indicando, que la jurisprudencia ha reconocido que el pensionado del RAIS no puede acceder a la declaratoria de nulidad de traslado por cuanto ha consumado una situación jurídica no reversible pero sí puede solicitar la indemnización por los daños derivados de esta falta de información, por lo que al no acreditarse esta circunstancia, procedía la condena solicitada; conclusiones que controvierte la AFP COLFONDOS, que reitera la improcedencia de la indemnización pues el demandante ejerció su libertad de escoger régimen pensional, sin evidenciar ningún daño de su parte y que en todo caso, estos deberían ser tramitados por la jurisdicción ordinaria civil.

Son hechos probados y aceptados por las partes, que el señor CIRO ALFONSO GARRIDO SILVA nació el 16 de marzo de 1956 y estuvo afiliado al entonces INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL desde el 14 de abril de 1975 hasta el 30 de noviembre de 1997, donde alcanzó a cotizar 1173 semanas provenientes del empleador BAVARIA S.A. y desde noviembre de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por AFP COLFONDOS. Que este mediante oficio del 21 de enero de 2011, le reconoció que el saldo en su cuenta de ahorro garantizaba una pensión de vejez y en caso de elegir la opción de retiro programado, la mensualidad sería de \$974.800 a partir de febrero de 2011 y aumentaría con el IPC anualmente.

Procede la Sala a resolver los argumentos del apelante, recordando que a través de la Ley 100 de 1993 se consagró un sistema general de pensiones para unificar la dispersión que normativamente se había generado durante el Siglo XX y garantizar los principios constitucionales de la Carta Política de 1991 y especialmente los preceptos del artículo 48; para ello se consagraron dos regímenes para que coexistieran con diferentes características: el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), por el cual los afiliados aspiran a acceder a una pensión de vejez respaldados por los saldos acumulados en su cuenta de ahorro individual, siempre que los mismos alcancen a cubrir una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente y de otra parte el Régimen de Prima Media (RPM) donde el acceso a la pensión depende de las semanas cotizadas y de alcanzar la edad legal, en el RAIS la persona puede pensionarse a cualquier edad siempre que cuenten con el capital ahorrado necesario.

Dada la coexistencia de estos dos regímenes, se fijaron una serie de reglas para garantizar el debido funcionamiento de cada uno y ello implica condiciones de elección con obligación de permanencia por un período mínimo de tiempo antes de elegir un cambio de régimen, así como un período máximo de edad para solicitar este cambio y con ello garantizar que el capital que va a servir para financiar la pensión sea utilizado y configurado por la entidad que debe reconocer la misma.

Ahora bien, las personas que se trasladaron del régimen de prima media al de ahorro individual, luego de haber pasado el límite de edad para retornar al primero, advertían, que la información suministrada en el momento del traslado inicial había sido insuficiente, equivocada o tergiversada por la administradora de fondo de pensiones, por lo que se sentían afectados al conocer que las expectativas pensionales que tenían no se cumplirían y ante ello disponen reclamar judicialmente la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Para que un traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual adquiera plena determinación, dicha actuación debe contener un pleno acatamiento de este deber para que de esa decisión se pueda predicar la libertad y voluntariedad exigida, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia sentada desde el año 2008 ha determinado que previo a su decisión, los ciudadanos deben recibir de los fondos la información completa respecto a lo que arriesgan con tal actuar, porque de no ser así, bien por brindarse una incorrecta u omitirse la relevante, puede entenderse que existe un error que vicia su voluntad.

Respecto de la viabilidad sustancial de la pretensión de ineficacia de la afiliación y de traslado, se advierte que estas pretensiones tienen como fundamento el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que dice:

“ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. *El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud<1> en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. **La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.***

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

Conforme este parámetro normativo, se advierte, que el legislador previó un régimen especial de protección para el derecho a la libertad de escogencia del trabajador en su afiliación y selección de organismos del Sistema de Seguridad Social Integral, por lo cual cualquier persona que atente contra esta facultad será multada en trámite

administrativo y en todo caso, esa afiliación quedará sin efecto para permitir al trabajador realizar nuevamente la selección de forma libre y espontánea.

En otras palabras, es posible predicar la ineficacia de la vinculación al RAIS por un vicio en el consentimiento denominado error, que hace imposible que la selección del nuevo régimen sea soberana y potestativa. Como consecuencia de lo anterior, a las AFP corresponde la carga de la prueba en cuanto acreditar que la información dada al cotizante satisface las exigencias legales, para establecer así la existencia o no de error en la voluntad del afiliado y en caso de no lograrlo, se declara la ineficacia del acto jurídico de traslado y se dispone la devolución plena y con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida, devolviendo las cosas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación

No obstante, en providencia SL373 de 2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se cuestionó si bajo estos preceptos, podría el pensionado del régimen de ahorro individual, volver al mismo estado en que se encontraba al régimen de prima media, concluyendo que esto era improcedente por cuanto *“la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”*, señalando que ya para ese momento los bonos pensionales han sido emitidos y se han deteriorado para el pago de las mesadas, no siendo factible reversar esa operación sin afectar las finanzas públicas y el reconocimiento en las diferentes modalidades del RAIS involucra administradoras de riesgos y aseguradora, que no pueden deshacerse sin afectar a terceros.

De esta manera, la regla general es que los pensionados del RAIS no pueden demandar la ineficacia del traslado por existir una situación jurídica consolidada irreversible; no obstante, en esa misma providencia, la Corte refiere que pueden ejercer otra clase de acciones judiciales para reclamar por la afectación que consideran haber sufrido por la falta de información de las administradoras del RAIS, señalando:

“Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

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

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

Lo anterior ha sido reiterado en diferentes providencias, como SL5704 de 2021 al indicar que la incompatibilidad de pensionado para reclamar la ineficacia, *“no impide que aquella pueda solicitar a través de la acción respectiva los perjuicios que considere que le generó el incumplimiento del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones”*; posteriormente, en providencia SL4236 de 2022, la Corte señaló que *“la reclamación de indemnización de los perjuicios, en los asuntos de ineficacia del acto de migración, está concebida en favor de los pensionados, porque frente a ese grupo poblacional, no es posible retrotraer el estado de las cosas, al punto en que se encontraban antes del traslado”* y señalan que esta pretensión se derivaría del artículo 10° del Decreto 720 de 1994, norma que reza:

“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 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.”

Siguiendo este parámetro jurisprudencial, se descarta el argumento del apelante dirigido a desconocer la competencia del Juez Laboral para resolver esta pretensión, en la medida que se trata de una situación que la Sala de Casación Laboral ha identificado como parte integrante de la relación entre los afiliados y las entidades del sistema de seguridad social en pensiones, admitiendo que los primeros pueden reclamar el incumplimiento del deber de suministrar información suficiente para la toma de decisiones adecuadas, especialmente en lo que atañe al cambio de régimen pensional, y en caso de considerar vulnerado ese deber, puede el afiliado inicialmente reclamar la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen para retornar al estado en que se encontraba.

Sin embargo, esta pretensión no puede prosperar en el caso de los afiliados que ya materializaron su derecho pensional en el régimen de ahorro individual, dadas las acciones técnicas que no pueden deshacerse sin afectar el patrimonio público o de terceros, de manera que, ante esa situación jurídica consolidada, la jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de que el interesado reclame la indemnización por responsabilidad civil extracontractual de los daños que estime fueron derivados de la falta del deber de suministrar información.

Ahora bien, para entrar a determinar de manera clara y precisa cuáles son los elementos que fundamentan la indemnización solicitada, se parte del referido artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que dice: *“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 señala la Corte que este se valorará conforme a las reglas del artículo 2341 del Código Civil que reglamenta la responsabilidad extracontractual, indicando *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”*

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-158 de 2018 expone:

*“El régimen de responsabilidad surge a partir de uno de los principios más importantes del derecho que es el deber de no causar un daño a otro. En este sentido, un sujeto es responsable cuando incumple la obligación de no dañar, siempre y cuando la causa del daño le sea imputable. (...) En la actualidad, el régimen de responsabilidad civil se compone de dos presupuestos que son: (i) **la existencia de un daño** y (ii) su **atribución a un sujeto determinado** en virtud de un título de **imputación proveniente de una norma particular** y su objetivo y fundamento principal es indemnizar el daño que se ha causado **a partir de un riesgo que la víctima no tiene que soportar o porque quien lo ha causado ha sido negligente en su actuación.**”*

*La responsabilidad civil extracontractual se genera a partir de un daño causado, sin que exista una relación contractual previa entre el causante del mismo y el perjudicado, o que a pesar de que existir un contrato anterior, el daño sea completamente ajeno a su objeto. Este régimen funciona bajo el presupuesto de que, **quien haya cometido un daño con su conducta sin justificación**, tendrá que rectificar lo sucedido para reponer la pérdida causada, en virtud del principio de igualdad, que protege el equilibrio existente entre el autor del daño y el perjudicado. En este sentido, el autor deberá devolver algo a la víctima, reparar un objeto dañado o indemnizarla en caso en caso de que la situación original no pueda ser restablecida, que es lo que ocurre la mayoría de las veces. Es importante resaltar que no cualquier daño genera responsabilidad civil extracontractual, ya que el derecho sólo protege algunos intereses, en esa medida el daño debe estar protegido jurídicamente.”*

Acorde con lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral remite para analizar la pretensión indemnizatoria a los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, en virtud de la cual una persona puede solicitar la reparación de un daño a quien identifique como su determinador por una acción u omisión ejecutada al menos culposamente, que no debía soportar; esto se ha reiterado recientemente en providencia T-454 de 2022, que refiere: *“En sentido similar a la responsabilidad civil contractual, la extracontractual requiere de la demostración de la existencia de tres elementos fundamentales para que pueda declararse: el daño, la culpa y el nexo de causalidad.”*

Procediendo a revisar el primer elemento, el daño, la citada providencia lo identifica como *“la alteración negativa de un estado de cosas existente”* y explica que *“la jurisprudencia como por la doctrina, han señalado las condiciones que deben acreditarse para que se entienda que el daño existe o existió. Uno de esos elementos es su certeza, el cual ha sido explicado por la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos: “[n]o en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia (v.gr.,: intereses moratorios).”*”

Así las cosas, el punto de partida es identificar la existencia de un daño indemnizable comprobable, y ante ello, advierte la Corte, *“es obligación del demandante aportar elementos que permitan demostrar la certeza del daño”*; esto es reiterado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en providencia SC506 de 2022, donde se realiza las siguientes definiciones relevantes sobre la responsabilidad extracontractual:

“el deber de reparación que surge de la causación del daño producido a una persona en su integridad física, moral o en su patrimonio; entendiéndose por “DAÑO”, según la doctrina especializadas, «todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo .

Al respecto esta Corporación ha señalado que es «la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio» , siendo entonces el perjuicio -propriadamente dicho- la consecuencia derivada del daño que es menester reparar.

*Como se advierte, **la responsabilidad tiene como finalidad esencial el resarcimiento por el menoscabo causado a una persona, por lo que se impone que este sea cierto, es decir, real efectivo no eventual o hipotético, de tal suerte que de no haberse presentado el afectado estaría en mejor situación;** lo que apareja que **no hay responsabilidad civil si no hay daño**, habida cuenta que la finalidad de aquella es reparar este, por lo que debe ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido, pues cualquier indemnización que lo supere constituirá un enriquecimiento sin causa de la víctima, salvo pacto de las partes cuando de responsabilidad contractual se trata.*

Los perjuicios pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales, interesando para este caso los primeros, referidos a esa afectación, lesión o agravio contra el “patrimonio”, entendido este como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones, económicamente evaluables, pertenecientes a una persona y que constituyen una universalidad jurídica, de tal manera que dicho deterioro es pasible de tasarse en dinero, como los gastos que hicieran la víctima o sus familiares por causa del hecho lesivo, o lo que por causa de éste dejaron de recibir.

En nuestro país, siguiendo la tradición escolástica, el artículo 1613 del Código Civil clasifica los perjuicios en daño emergente y lucro cesante y el artículo 1614 los define así: «Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación. o cumpliéndola imperfectamente, o retardar su cumplimiento».

*Significa esto, que «**el daño patrimonial puede manifestarse de dos formas: a) como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, es decir, un empobrecimiento del patrimonio (daño emergente); o b) como la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto (lucro cesante).** Ambos pueden configurarse en forma conjunta ante la ocurrencia del ilícito (contractual o extracontractual), o bien separada e individualmente (vgr. daño emergente sin lucro cesante)».*

*Es claro entonces, que **la indemnización, a través del cual se pretenda resarcir a la víctima, en términos generales procura, dejar a ésta indemne, colocándola en igual o similar situación a la que se encontraba con anterioridad a la ocurrencia del hecho dañoso,** por lo que en su cuantificación se deberá atender el principio de la reparación integral, que no es otra cosa que reparar tout le dommage, mais rien que le dommage, esto es, indemnizar la totalidad de los daños padecidos.»*

Frente a la forma de analizar la pretensión indemnizatoria específicamente elevada en la demanda, la providencia SL1367 de 2022 reiterada en SL591 de 2023, resalta que “*no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de quienes ya tienen la calidad de pensionados (...) y sólo procedería el resarcimiento de perjuicios, siempre y cuando, se insiste, **se hayan reclamado, probado y no estén prescritos***”, señalando en proveído SL1513 de 2023 que para ello se requiere “*inferir elementos de juicio para **establecer en forma razonable si al momento en que se hizo efectivo el traslado del RPM al RAIS, el monto pensional futuro de la demandante sería más beneficioso en uno u otro, considerando además de las particularidades de cada uno de ellos, las circunstancias personales de esta, y consecuencialmente determinar su quantum***”.

Sobre la consecuencia que se espera de esta declaratoria de responsabilidad, advierte la Sentencia SL3535 de 2021: “*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 RPMPD. 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*”; de otra parte, en sentencia SL1085 de 2023, ha indicado que también podrían solicitarse perjuicios morales derivados del incumplimiento del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones, siempre que estos se hayan enunciado y acreditado.

En este caso, la demanda señala como daño, que el traslado de régimen derivó en la pérdida del régimen de transición, de la mesada catorce, en el incremento de su edad de pensión de 60 a 62 años, obligándolo a cotizar más de 1300 semanas y por lo tanto solicita que se ordene el pago de una mesada vitalicia equivalente a \$1.195.800, con sus intereses de mora y el retorno de las cotizaciones adicionales a las 1300 semanas mínimas y perjuicios morales; sin embargo, el juez *a quo* dispuso como reconocimiento indemnizatorio que se reconociera la diferencia pensional entre lo que le hubiere correspondido al actor en el régimen de prima media y lo finalmente percibido en el de ahorro individual, lo que contravirtió la demandada COLFONDOS en su apelación refiriendo que el daño declarado no fue probado y el perjuicio no fue sujeto de comprobación.

Acorde a los citados planteamientos jurisprudenciales, en materia de responsabilidad civil la parte demandante tiene el deber procesal de identificar y demostrar de manera clara, concreta y cierta cuál es el hecho dañoso, el perjuicio y la cuantía del mismo, en aras de hacer procedente el estudio de la indemnización perseguida; siendo un deber del juzgador, limitarse a resolver sobre la responsabilidad endilgada bajo los supuestos de hecho invocados, pues de lo

contrario, se estaría desconociendo el principio de congruencia de que trata el artículo 281 del C.G.P.

Respecto a este principio, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL638 de 2020 señala que *“...es el promotor del proceso quien marca el thema decidendum, por virtud de que el principio dispositivo del derecho procesal, en materia de los juicios del trabajo y de la seguridad social, está gobernado por la regla que impone al interesado en la resolución de un conflicto jurídico de esta naturaleza, el deber de precisar al incoar el proceso, el tema de decisión y establecer los hechos en que funda su pretensión (...) la errada o falta apreciación de la pieza procesal de la demanda inicial, puede generar un error de hecho con el carácter de manifiesto que genere la vulneración del principio en comento”*.

En esa medida, se debe proceder a la valoración de los hechos identificados como perjudiciales y establecer si en efecto se demostró la causación de un daño antijurídico, susceptible de ser indemnizado, acorde a lo específicamente planteado en la demanda; así entonces, el primer perjuicio reseñado fue la pérdida del régimen de transición y se identifica como consecuencia de ello que se incrementó la edad de pensión de 60 a 62 años y se le obligó a cotizar más de las 1300 semanas para cobrar las respectivas comisiones de administración; y el segundo perjuicio es la pérdida de la mesada catorce.

Sobre el primero, se advierte, que la demanda no plantea como consecuencia del cambio de régimen una diferencia pensional producto del cambio en el método de identificación de la mesada, sino en el alegado aumento de la edad de jubilación y la exigencia de semanas; situaciones que no son constitutiva de un daño antijurídico, en la medida que desconoce la forma en que el legislador concibió dos regímenes pensionales diferentes, autónomos y con sus propias características: El régimen de prima media con prestación definida que acorde al artículo 31 de la Ley 100 de 1993, *“es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas”* y *“Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas”*.

De otra parte, el régimen de ahorro individual, que acorde al artículo 59, *“está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros”* de manera que *“las administradoras ofrecerán diferentes Fondos de Pensiones, esquema “Multifondos”, para que los afiliados una vez informados elijan aquellos que se ajusten en mejor forma a sus edades y perfiles de riesgo, de manera que con una adecuada conformación de la cuenta individual y una eficiente gestión de los recursos por parte de la administradora, se procure el mejor retorno posible al final del periodo de acumulación de aportes o hasta cuando el afiliado y/o sus beneficiarios tengan derecho a la pensión bajo la modalidad de retiro programado”*.

Cada régimen ofrece un esquema pensional esencialmente diferente: uno plantea la posibilidad de acceder a una mesada previamente definida con unas reglas que promedian los ingresos bases de cotización y asignan una tasa de reemplazo, mientras que la otra propone el ahorro individual en cuentas que se van gestionando para que se utilice el resultado final en el retorno de lo acumulado para la vejez; en medio de esa diferenciación, destaca la Corte Constitucional en Sentencia C-401 de 2016, que para el caso del RAIS, *“existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión, lo cual determina que el valor de la pensión sea variable y no previamente definido como en el régimen de prima media. **El sistema garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida”***.

Bajo este entendido, mal podría afirmar la parte demandante que al cambiarse de régimen se le incrementó la edad de pensión o las semanas mínimas para acceder a ese derecho, en la medida que esas son dos características totalmente ajenas al régimen de ahorro individual y eso se verifica en el oficio que le reconoce la pensión de vejez, donde se le indica que es posible por contar con suficientes recursos en su

cuenta de ahorro individual. De manera, que el primer supuesto de hecho alegado no configura un daño antijurídico.

Respecto del segundo, esto es la pérdida de la mesada catorce, se recuerda que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, creó una mesada adicional accesoria a la mesada 13 establecida en el artículo 50 ibidem, denominada mesada 14, la cual es cancelada en el mes de junio de cada año, dicha mesada corresponde al pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo.

A su vez el Acto Legislativo 01 de 2005, modificó las condiciones del reconocimiento y pago de la mesada 14, y así mismo limitó su concesión en los términos del inciso 8° que dice: *"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento"*.

A su vez, en el párrafo transitorio 6°, establece que: *"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año"*.

Las anteriores normas que regularon la mesada adicional de junio, casualmente identificada como "mesada catorce", no se restringen o limitan al régimen de prima media como parece entender tanto el demandante como la AFP COLFONDOS en su respuesta; al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL12798 de 2022 indica:

*"Para efectos de calcular la mesada pensional, se hace necesario acudir a lo regulado en el artículo 81 de la mencionada ley que a letra reza «[...] se calcula cada año una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado de dividir el saldo de su cuenta de ahorro y bono pensional, por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios. **La pensión mensual corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad.**», es decir, que **el fondo de pensiones debe realizar una proyección del capital con todo el saldo de la cuenta de ahorro individual**, al respecto la Sala en la sentencia CSJ SL2188-2021, expuso, tal: «operación se efectúa a partir de una fecha hipotética de reconocimiento inicial de la prestación pensional, teniendo en cuenta la respectiva esperanza de vida de la persona afiliada y el grupo familiar, que permitirá establecer si lo acumulado tiene la capacidad de respaldar el pago de la prestación a partir de un momento específico».*

*En la providencia señalada, se expresó: «esta modalidad **el monto de la pensión variará según la proyección del capital respalde un lapso de aseguramiento mayor o menor a partir de la expectativa** de vida del afiliado o sus beneficiarios, y la fecha de inicio del reconocimiento pensional que se determine» (CSJ SL2188-2021), es de precisar, **aun cuando no lo mencione el precepto que regula la modalidad citada, conceptos como el del auxilio funerario debe ser presupuestado y, si bien la anualidad se divide en doceavas, se debe incluir el pago de la mesada o mesadas adicionales según corresponda**; de esto deviene que, además del artículo en comento es menester contemplar otros aspectos relevantes del estatuto pensional, lo que se ve recogido en la regulación relativa a la determinación de suficiencia de capital para acceder a la pensión; de ahí que, también encuentra un marco definido, por demás ineludible, en las resoluciones que definen el saldo mínimo de pensión anteriormente expuesto."*

En línea con lo anterior, es claro que los hechos propuestos en la demanda como constitutivos de daño no se encuentran demostrados, pues la decisión del traslado de régimen no derivó en un aumento de la edad de pensión, de las semanas de cotización o la pérdida de la mesada adicional; ahora bien, como el juez *a quo* consideró en ejercicio de sus facultades legales, que estaba acreditada la insuficiencia de la información como constitutivo de un daño evidenciable en la

diferencia de lo que hubiere correspondido en la mesada del actor si permanecía en el régimen de prima media, debe señalarse que se trata de un hecho no contenido en la demanda y por lo tanto ajeno al litigio planteado, que de reconocerse afectaría el principio de congruencia.

Si en gracia de discusión se analizara esta situación, debe advertirse que la diferencia pensional es un hecho que no está debidamente acreditado en el proceso; al respecto, la teoría general de la carga de la prueba establece, que le corresponde probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquellas o éstas (Art. 1757 C.C), principio que se reproduce en otros términos en el artículo 167 del C.G.P. al determinar que “...incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo el de la necesidad de la prueba, el cual está contemplado en el artículo 164 del C.G.P., que a su letra dice: “...Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho” y en este caso, se aportaron los siguientes:

PRUEBAS DEMANDANTE

- Registro civil de nacimiento del demandante, donde se constata que el demandante nació 16 de marzo de 1956 **(Pdf.02 Pág. 11)**
- Reporte de semanas cotizadas expedido por el ISS el cual fue impreso el 7 de octubre del 2010, donde consta que el demandante se afilio el 14 de abril de 1975 y cotizó hasta el 31 de octubre de 1997, un total de 1173,14 semanas **(Pdf.02 Pág. 13)**
- Documento de COLFONDOS BP-R-I-L-249-01-11, donde se le informa al demandante que la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez ha sido aceptada y estableciéndole las modalidades por las cuales puede pensionarse **(Pdf.02 Pág. 14-17)**
- Comprobante de pago de nómina de enero de 2018 donde se establece un pago de pensión de 1'195.800 **(Pdf.02 Pág. 19)**
- Contrato de administración de mesadas pensionales bajo la modalidad retiro programado suscrito entre COLFONDOS Y el demandante **(Pdf.02 Pág. 21-32)**
- Reclamación administrativa radicada en COLFONDOS **(Pdf.02 Pág. 369-55)**

PRUEBAS COLFONDOS S.A

- Historial de vinculaciones SIAFP donde se evidencia que el traslado del demandante de COLPENSIONES A COLFONDOS fue efectivo el 1 de noviembre de 1997 **(Pdf.03 Pág. 3)**
- Estado de afiliación del demandante, donde se establece que el estado en que se encuentra es Pensionado y que el origen es debido a traslado de régimen **(Pdf.03 Pág. 5)**
- Solicitud de pensión de vejez por parte del demandante el 30 de junio del 2010 **(Pdf.03 Pág. 9)**
- Documento enviado por el demandante a COLFONDOS el 14 de octubre de 2010 manifestando la autorización para que COLFONDOS realice la negociación del bono pensional **(Pdf.03 Pág. 17)**
- Reportes de pagos de pensión al demandante **(Pdf.03 Pág. 53 - 61)**
- Documento emitido por COLFONDOS el 3 de marzo de 2011 donde informa al demandante el ingreso a nómina de pensados con un total de pago de mesada de \$975.000
- Documento del 14 de diciembre de 2010, donde el demandante autoriza a COLFONDOS Vender su bono pensional por el valor de \$205.653.143 **(Pdf.03 Pág. 111)**
- Liquidación del bono pensional tipo A por parte del Ministerio de hacienda y crédito público. **(Pdf.03 Pág. 113 - 119)**

Del anterior relato probatorio se desprende que el demandante no aportó los fundamentos que permitan establecer la existencia de una diferencia pensional susceptible de identificar como daño; esto es, la liquidación de la mesada que le

hubiera correspondido en el RPMCPD con los soportes respectivos para que fueran controvertidos por la parte demandada.

Al respecto, se resalta de los aportes jurisprudenciales expuestos, que en materia de indemnización de perjuicios el interesado debía aportar elementos de juicio para establecer en forma razonable si al momento en que se hizo efectivo el traslado del RPM al RAIS, el monto pensional futuro de la demandante sería más beneficioso en uno u otro y dicho ejercicio argumentativo y probatorio no fue desplegado por el interesado, sin que haya lugar a presunciones o actividades por parte del Juzgador para suplir el deber probatorio de la parte demandante.

Conforme a lo anterior, le asiste razón a la entidad demandada en su apelación al reclamar que la parte demandante no acreditó de manera adecuada el daño para hacer procedente la indemnización elevada y ante ello, la Sala deberá revocar la decisión adoptada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 2 de noviembre de 2021 y en su lugar se ABSOLVERÁ a la AFP COLFONDOS de las pretensiones incoadas por el demandante, declarando probada la excepción de INEXISTENCIA DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS.

Finalmente, se condenará en costas de primera instancia a la parte demandante al haber resultado vencido en juicio. Fijense como agencias en derecho a favor de la AFP COLFONDOS, el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 2 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta; en su lugar, ABSOLVER a la AFP COLFONDOS de las pretensiones incoadas por el demandante y DECLARAR probada la excepción de INEXISTENCIA DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de primera instancia a la parte demandante al haber resultado vencido en juicio. Fijar como agencias en derecho a favor de la AFP COLFONDOS, el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

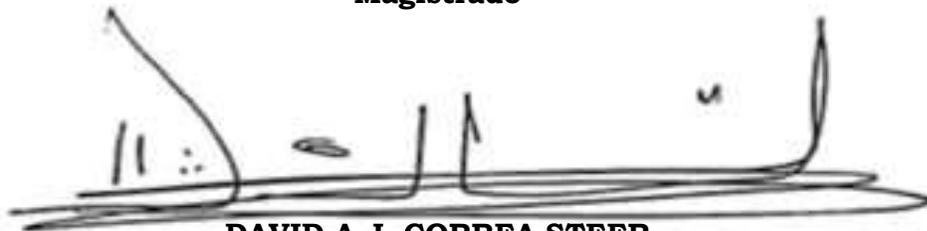
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



DAVID A.J. CORREA STEER
Magistrado