



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Laboral

**JUAN CARLOS ESPELETA SÁNCHEZ**

**Magistrado ponente**

**SL175-2026**

**Radicación n.º 05001-31-05-012-2022-00433-01**

**Acta 03**

Bogotá D. C., cuatro (04) de febrero de dos mil veintiséis (2026)

La Sala decide el recurso de casación que la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.** interpuso contra la sentencia que la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín profirió el 28 de junio de 2024, en el proceso que **BERTULFO HERNÁN MONTOYA ÁLVAREZ** promueve en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)** y la recurrente.

## **I. ANTECEDENTES**

Bertulfo Hernán Montoya Álvarez llamó a juicio a Porvenir S. A. y a Colpensiones, con el fin de que se declarara la «ineficacia y/o nulidad» del traslado que hizo del régimen

administrado por el ISS, hoy Colpensiones, hacia el fondo de pensiones Porvenir S. A., y en consecuencia, se estableciera que siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad.

Solicitó, además, que se dispusiera que tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de Colpensiones, e igualmente, que la AFP Porvenir S. A. lo *«indujo al error»*, provocando que continuara realizando cotizaciones después de haber cumplido 62 años de edad.

En consecuencia, pidió que se condenara a la AFP Porvenir S. A. a realizar el traslado de la totalidad de los aportes y a Colpensiones a recibir en su integridad el saldo remitido, así como al otorgamiento de la pensión de vejez, bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990.

Deprecó que se condenara *«a la AFP PORVENIR S.A. a realizar el reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES»*, reconociendo para los períodos en los que la AFP accionada realizó el pago de las mesadas, *«únicamente la diferencia entre la mesada calculada por COLPENSIONES y la que fue sufragada por la AFP PORVENIR S.A. previamente»*.

Asimismo, pretendió el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, la indexación de todas las sumas adeudadas, costas, agencias en derecho, y lo que ultra y extra *petita* resultara probado.

Subsidiariamente, solicitó que se *«determinara que tiene derecho a que le sea reconocida y pagada la respectiva indemnización por perjuicios por parte de PORVENIR S.A., bajo los parámetros del art. 2341 CC y el artículo 16 de la Ley 446 de 1998»*.

En consecuencia, demandó que se condenara a Porvenir S. A. a realizar *«la respectiva reparación a razón de la inducción al error para el indebido cambio de fondo de pensión (sic)»*, junto con los intereses.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que nació el 1.º de enero de 1959, por lo que cumplió 62 años de edad en 2021; que para 1981 comenzó a realizar aportes al extinto ISS en el régimen de prima media, hasta el 30 de septiembre de 1994, debido a que en octubre del mismo año se trasladó a la AFP Porvenir S. A., entidad que se abstuvo de proporcionarle asesoría sobre las implicaciones que generaría el traslado del régimen, y al contrario, suministró una información *«incompleta y desleal»*, asegurando que su pensión sería mucho más elevada y que *«en cualquier caso siempre le iría mejor en el RAIS»*.

Señaló que nunca fue enterado de que su traslado implicaría la renuncia al régimen de transición, del cual era beneficiario, como tampoco del capital que debía ahorrar para acceder a una pensión anticipada, y esa falta de información condujo a que su traslado fuera *«ineficaz»*.

Manifestó que contaba con 1989 semanas cotizadas; que adelantó los trámites para acceder a la pensión ante Porvenir S. A. y conoció que el valor de la mesada pensional sería de un salario mínimo mensual legal vigente, por lo que solicitó a la citada AFP la verificación del cálculo a través de una proyección de la mesada, ratificándose la información inicialmente recibida.

Advirtió que solicitó ante Colpensiones la declaración de *«ineficacia y subsidiariamente la nulidad del traslado»* y obtuvo una respuesta desfavorable.

Señaló que para el mes de agosto de 2021, *«ya no contaba con capacidad económica»*, por lo que tramitó ante Porvenir S. A. el reconocimiento de la pensión, en donde la abogada Ángela María Martínez Soto, directora de oficina de atención al cliente, le indicó que el reconocimiento pensional se realizaría una vez retirara la demanda que adelantaba ante el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Medellín, *«con el consecutivo 2021- 00112»*, en razón a que no contaba con la *«liquidez económica para esperar el desarrollo del proceso judicial»*.

Relató que, una vez cumplido lo anterior, le fue reconocida la prestación por vejez en la suma de *«\$1.635.04 para el año 2022»*, menor a la que le hubiera concedido Colpensiones. (f.ºs 1 a 11, PDF Cuaderno primera instancia parte 1).

Al contestar la demanda, la entidad pública se opuso a las pretensiones, y admitió los hechos relacionados con la

fecha de nacimiento del actor, que aquel comenzó a realizar cotizaciones en el régimen de prima media el 15 de julio de 1981, la reclamación administrativa elevada a esa entidad y la comunicación mediante la cual se le otorgó respuesta. Manifestó que los restantes no le constaban.

En su defensa propuso los medios exceptivos que denominó así: imposibilidad de que Colpensiones decrete la ineficacia del traslado, inexistencia de intereses moratorios, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y la innominada o genérica. (f.ºs 86 a 96, PDF Cuaderno primera instancia parte 1).

Por su parte, al dar contestación al libelo introductor Porvenir S. A. se opuso a las pretensiones incoadas, y adujo que no eran ciertos los hechos relacionados con la falta de información, toda vez que el actor suscribió el formulario de afiliación *«una vez recibió información necesaria, clara y transparente respecto de las características propias del Régimen de Ahorro Individual»*. A su vez, negó que se haya supeditado el reconocimiento pensional al retiro de la demanda, pues concedió el derecho a partir del 7 de julio de 2021 *«en cuantía inicial de \$908.526, dentro de los tiempos y bajo las condiciones señaladas desde siempre en la Ley 100 de 1993 para los afiliados del RAIS»*. Sobre los supuestos restantes afirmó que no le constaban.

En su defensa propuso las excepciones que denominó: prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, imposibilidad jurídica de traslado de régimen pensional de

un pensionado, inexistencia del daño y de la obligación, enriquecimiento sin causa, buena fe, compensación, pago, desconocimiento de los propios actos, «*el demandante alega su propia negligencia en su beneficio*», «*ratificación de los actos jurídicos*», restituciones mutuas, y la genérica. (f.ºs 424 a 460, PDF Cuaderno primera instancia parte 1).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante fallo del 31 de enero de 2024, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín resolvió en los siguientes términos: (f.ºs 235 a 238 PDF Cuaderno de primera instancia parte 2)

[...]PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS (sic) PORVENIR S.A. de la pretensión encaminada a la declaratoria de ineficacia de la afiliación de BERTULFO HERNÁN MONTOYA ÁLVAREZ por las razones expuestas en providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS (sic) PORVENIR S.A a la indemnización de perjuicios causados a BERTULFO HERNÁN MONTOYA ÁLVAREZ y como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a PORVENIR S.A. al pago de las diferencias de la mesada reconocida (sic) a BERTULFO HERNÁN MONTOYA ÁLVAREZ en el RAIS y la estimada en el RPMPD, entre el 6 de JULIO DE 2021 y el 31 de ENERO de 2024 por la suma de \$47.413.437, suma que deberá ser indexada al momento del pago efectivo al demandante.

A partir del 1 de febrero de 2024, PORVENIR S.A. deberá continuar pagando la pensión de vejez al demandante en la totalidad de la mesada que le habría correspondido en el RPMPD en forma vitalicia y transmisible a sus beneficiarios en cuantía de \$2.889.903 con el respectivo incremento anual de acuerdo a lo dispuesto por el Gobierno Nacional.

TERCERO: DECLARAR no probada (sic) las excepciones propuestas.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTIAS (sic) PORVENIR S.A. en costas, se fijan las agencias en derecho en esta instancia en la suma de \$3.318.940 que equivalen al 10% de la condena.

QUINTO: En caso de no ser apelada esta providencia se ordenará el archivo del expediente y su desanotación en el Sistema de Información Judicial.

### **III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Al resolver la apelación que Porvenir S. A. interpuso, a través de sentencia del 28 de junio de 2024, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó la sentencia de primer grado e impuso las costas procesales a la recurrente.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el colegiado consideró como fundamento de su determinación, que no había discusión en torno a que el actor fue afiliado inicialmente al ISS hoy Colpensiones el 15 de julio de 1981; que el 22 de septiembre de 1994 suscribió formulario de vinculación a la AFP Porvenir S. A.; que fue pensionado por esta última entidad el 8 de octubre de 2021, bajo la modalidad de garantía de pensión mínima; y que la AFP del RAIS *«no acreditó que hubiera re asesorado al demandante»*.

Seguidamente, luego de acudir a la sentencia CSJ SL373-2021, y resaltar que conforme se expuso en esa providencia *«las personas pensionadas en el RAIS que consideren que sufrieron un perjuicio por parte de la AFP, tienen derecho a reclamarlo, para lo cual deben acudir a la responsabilidad civil regulada en el artículo 2341 del Código*

*Civil*», se ocupó de resaltar los elementos estructurales de aquella, como lo son «(i) el hecho, (ii) la culpa, (iii) el daño y (iv) la relación de causalidad entre el daño y la culpa», aterrizando cada uno de estos conceptos al caso bajo estudio, concluyendo, en lo que interesa al recurso de casación, lo siguiente:

[...]es necesario recordar que la obligación de indemnizar de los fondos de pensiones por el reconocimiento de una pensión surge de la premisa contenida en la Sentencia SL373-2021, en la que la Corte Suprema de Justicia hizo mención del principio general del derecho según el cual “*todo aquel que causa un daño antijurídico está obligado a indemnizarlo*”, y en tal sentido trazó el lineamiento de que las personas pensionadas en el RAIS que consideren que sufrieron un perjuicio por parte de la AFP, tienen derecho a reclamarlo, para lo cual deben acudir a la responsabilidad civil regulada en el artículo 2341 del Código Civil, lo que implica que deben probar los elementos estructurales de la misma.

(...)

[...] **a) En relación al daño**

(...)

Por ello, analizando el caso presente, se observa que nadie podría predecir que en septiembre de 1994, fecha efectiva de afiliación del señor Montoya al RAIS, si le resultaría más favorable el valor de la pensión que obtendría en el Régimen de Prima Media o en el de Ahorro Individual, pues el monto de los ahorros pensionales con los que se financia la pensión de vejez en el RAIS y del que se deriva el monto de esta prestación, depende de situaciones económicas y financieras favorables o no, respecto de los negocios que realizan los fondos de pensiones privados en el mercado para obtener dividendos o rendimientos financieros sobre los ahorros de las cuentas pensionales de sus afiliados. Además de sus condiciones personales como es su mantenimiento en el empleo, sus buenos o bajos salarios, la existencia de parejas, hijos, la edad en que desea pensionarse etc.

Por ello para establecer el daño y los eventuales perjuicios que se reclaman, en cada caso en concreto, se debe demostrar si era claro o se podía prever razonablemente al momento del traslado de régimen pensional, que dicho monto pensional futuro sería

más beneficioso en el RPM o en el RAIS, no solo desde lo que debió informar la AFP, sino de acuerdo con los presupuestos de ley y del mercado.

(...)

De la aplicación de los presupuestos arriba mencionados a este caso objeto de análisis, la Sala afirma que sí existe un daño causado a la demandante, por las siguientes razones:

1. Con relación a la **edad** el demandante, para el 22 de septiembre de 1994 (cc 01/pág. 11), momento en el cual se vinculó al RAIS contaba con 35 años edad, (nació el 1/01/1959), lo que implica que no era beneficiario del régimen de transición y le faltaban 27 años para pensionarse. En conclusión, la edad no significa un perjuicio.
2. Para el 22 de septiembre de 1994, fecha que se produjo su traslado al RAIS, contaba con 657 semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES, siendo evidente que contaba con un número significativo de semanas al momento del traslado, pero no era beneficiario del régimen de transición ni por el requisito de edad ni por tiempo de servicio.

En ese sentido, se puede concluir, que el actor necesitaba alcanzar 643 semanas más la edad de 62 años (que la alcanzaba en el año 2021) para pensionarse bajo la ley 797 de 2003, por lo tanto, las semanas cotizadas al momento del traslado significaban un perjuicio.

3. En lo relativo al **ingreso base de cotización (IBC)** con el que cotizaba la parte actora al momento del traslado de régimen pensional, el mismo conforme al formulario de afiliación a Porvenir S.A., en donde reposa que, laboraba en Neumática Ltda., y percibía **\$260.000** en el año 1994, un poco mayor de 2 veces y medio el salario mínimo legal mensual vigente para la época, el cual era de \$98.700, por lo que el demandante tenía una expectativa cierta y cercana de obtener una pensión de vejez en el RPM en un monto mayor al salario mínimo legal, existiendo una diferencia en estar en alguno de los dos regímenes. Y es que, revisada la historia laboral y el certificado de salarios de los años anteriores cuando cotizaba al ISS, se puede extraer en general que su cotización era superior a 2 SMLMV de cada año y por ello se puede considerar que en razón al monto con el que cotizaba, en principio habría un riesgo, de sufrir un perjuicio al trasladarse del RPM al RAIS.

El juzgado del (sic) conocimiento liquidó la prestación económica de vejez que le hubiere correspondido en el RPM, teniendo en cuenta que le es aplicable la ley 797 de 2003, el art. 21 y 34 de la ley 100 de 1993, encontrando un IBL del

promedio de los últimos 10 años más favorable de y una tasa de remplazo correspondiente al ya que en toda la vida laboral cotizó (1989 semanas), para una primera mesada de **\$2.213.385** para 2021, que es superior al mínimo legal que reconoció Porvenir S.A.

El anterior análisis para significar que, conforme fue reconocido a la demandante por Porvenir S.A. en el año 2021 una pensión en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente para la época, su mesada pensional en el RPM hubiera sido superior, circunstancia que evidentemente generaría un perjuicio.

4. En lo concerniente a la existencia o no al momento del traslado de régimen pensional, de **beneficiarios** que pudieran obtener una pensión de sobrevivientes, conforme al formulario de afiliación del demandante al RAIS, se reportan a la cónyuge y dos hijas y por ello su traslado al RAIS no le representaba un beneficio en caso de fallecimiento, al tener beneficiarios de pensión de sobrevivientes, sus ahorros pensionales se comportarían igual que en el RPM.
5. al momento del traslado del, trabajador al RAIS era o no **beneficiaria del régimen de transición** del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se demostró que no lo era pues al haber nacido el 1 de enero de 1959, al 1 de abril de 1994 contaba con 35 años de edad, y la solicitud de traslado tuvo lugar en el año 1994 y contaba con 630 semanas.
6. Si el demandante supo o no que el de la pensión que podría obtener en el RAIS podría ser inferior al que obtendría en el RPM, no hay prueba en el expediente que se le suministró información relacionada con el valor de la mesada pensional que percibiría en cada uno de los regímenes con base en los aportes que había realizado hasta la fecha.

Pese a lo anterior, en caso de que Porvenir S.A. hubiera realizado la reasesoría ordenada por Ley, antes de los 10 años anteriores a cumplir la edad mínima (la cual no se adelantó, al no existir prueba de ello), se hubiera podido concluir que le era más beneficioso que el señor Bertulfo Hernán Montoya Álvarez hubiera permanecido en el RPM, con ocasión de cotizar con sumas superiores al salario mínimo legal, porque como se anotó para el año 2021 que obtuvo la garantía de pensión mínima en el RAIS, si la pensión fuera en RPM sería de \$2.213.385. Lo cual es una responsabilidad directa de la AFP frente al daño.

7. Respecto de la **información que se le haya brindado o no al actor, según la norma legal vigente el momento del traslado de régimen pensional**, para el año 1994 que se produjo el traslado del demandante estaban vigentes los

Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994, los que en lo que concierne a la información a que estaban obligadas las AFP a brindar a sus usuarios, establecían lo siguiente: (...)

(...)

Lo anterior, en principio, representa un perjuicio real para el accionante.

8. **Los actos de relacionamiento** que serían las actuaciones realizadas de la parte actora con posterioridad al traslado, indicando su conformidad frente al régimen tales como interés por continuar en otros fondos de acuerdo al rendimiento, solicitud de beneficios propios del **RAIS** o realizar por ejemplo ahorros voluntarios con el fin de incrementar el monto de la mesada pensional. Pero es de resaltar que esta posición, para el caso de la ineficacia del afiliado en el traslado entre regímenes, no es aceptada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral SL4609-2021, donde señaló lo siguiente: (...)

(...)

Para analizar la conducta encarada por la demandante y la AFP para efectos de determinar una posible indemnización de perjuicios por el daño causado, dado el monto pensional más bajo en el RAIS, son un indicativo de la conformidad de estar en un régimen, los traslados horizontales entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual o cualquier acto en donde pretenda sacar beneficios. Pero en este caso no es aplicable al no haber existido traslados horizontales, ni solicitudes de informaciones o reparos frente a lo enviado por la AFP.

9. **El pago anticipado de la pensión o la solicitud de excedentes de libre disposición.** Para el caso en análisis, tampoco se aplica, pues el demandante no realizó ninguna solicitud al respecto.

10. La posición asumida en la tampoco es procedente, al no haberse demostrado por parte del fondo que la realizó, para poder dilucidar qué comportamiento asumió frente aquella.

(...)

[...] **b) Con relación a la culpa**

(...)

En el trámite del proceso se da cuenta que el demandante en efecto no fue bien asesorado cuando se trasladó, pues únicamente se le informó sobre los beneficios del RAIS, más no las consecuencias al trasladarse, por lo que efectivamente faltó al deber de información en los términos del Decreto 663 de 1993,

toda vez que en el expediente no obra prueba que permita formar el convencimiento de esta Sala de que la AFP privada suministró al posible afiliado directamente o por interpuesta persona una información calificada, en la que se expliquen los beneficios y desventajas del cambio de régimen.

Adicionalmente, brilla por su ausencia la que debió ser brindada 10 años antes de cumplir la edad mínima pensional, donde debía explicarle con una completa información la consecuencia de la decisión que iba a tomar e igualmente al momento de la asesoría brindada una vez fue solicitada la pensión en el RAIS, lo cual no se probó o guardó (sic) silencio al respecto.

En consecuencia, la omisión de no haber entregado la información veraz y exacta, lo cual mantuvo desde el traslado al RAIS hasta que se reconoció la pensión del actor, lo que da lugar a atribuirle la a la (sic) entidad accionada Porvenir S.A.

(...)

[...] **c) Con relación al nexó causal**

(...)

Teniendo en cuenta que se encuentran acreditados los elementos de daño y culpa, sea este el momento para indicar que el nexó de causalidad entre dichos elementos estructurales de la responsabilidad civil, debido a que fue con ocasión de la falta de información veraz en que se mantuvo el señor Bertulfo Hernán Montoya Álvarez; desde el traslado hasta el reconocimiento de la pensión, sin que el fondo de pensiones enmendara su error, además que no le fue explicado que contaba con un número (sic) alto de cotizaciones, sumado a que su IBC era muy inferior al salario mínimo, podría afectar su mesada pensional cuando recibiera la prestación en el RAIS.

Por lo tanto, el daño causado está directamente relacionado y encuentra como nexó causal, la falta de información en que incurrió Porvenir S.A.

A continuación, sostuvo que el daño no es susceptible de ser determinado «a partir de la forma en que se liquida la pensión de vejez en el RPM y el RAIS», primero porque cada régimen pensional tiene unos lineamientos legales independientes, y segundo porque la diferencia de los «valores pensionales» en cada uno de ellos tampoco es

suficiente, ya que los beneficios pueden variar en cada uno de los regímenes, *«dependiendo de las circunstancias del pensionado, lo que implicaría que llegado el momento de la liquidación de la prestación la sola diferencia favorable en cualquiera de los dos regímenes sería prueba suficiente de la existencia de un daño (sic).»*

Aunado a lo anterior, acudiendo a una decisión adoptada por ese Tribunal en un caso análogo, determinó que *«el daño bien puede estudiarse a través de la tipología de la pérdida de oportunidad, pero para ello resulta necesario que para al momento del traslado se presenten elementos que con algún grado de certeza permitan establecer que existía una eventual diferencia en el valor de la pensión.»*

Es así, que al establecer cada uno de los criterios que se deben tener en cuenta y analizarlos de cara al asunto de marras, determinó, en síntesis, que la edad que tenía el actor al momento de su traslado al régimen de ahorro individual *«no significa un perjuicio»*, y aunque contaba con una suma significativa de semanas cotizadas al ISS para dicha data (657), no era beneficiario del régimen de transición, por lo que necesitaba acreditar 643 semanas adicionales, más la edad de 62 años para pensionarse bajo la ley 797 de 2003, por lo tanto, *«las semanas cotizadas al momento del traslado significaban un perjuicio»* (sic).

Al estudiar lo relacionado con el IBC al momento del traslado, observó que el actor efectuaba aportes sobre una suma mayor a 2 y medio salarios mínimos legales mensuales

vigentes, concluyendo que *“por ello se puede considerar que en razón al monto con el que cotizaba, en principio habría un riesgo, de sufrir un perjuicio al trasladarse del RPM al RAIS”*, máxime, que conforme a la liquidación efectuada en primera instancia con el IBL del promedio de los últimos 10 años de *«\$2.766.731,42»* y una tasa de remplazo correspondiente al 80%, se obtuvo una primera mesada de *«\$2.213.385 para 2021, que es superior al mínimo legal que reconoció Porvenir S.A.»*, evidenciándose con esto un perjuicio.

Continuó con el análisis de los demás criterios y adujo que si bien se registraban beneficiarias (*esposa e hijas*) al momento del traslado del actor al RAIS, esto *«no le representaba un beneficio en caso de fallecimiento, al tener beneficiarios de pensión de sobrevivientes, sus ahorros pensionales se comportarían igual que en el RPM.»*

De otra parte, concluyó que no existía prueba de que se le haya suministrado al demandante *«información relacionada con el valor de la mesada pensional que percibiría en cada uno de los regímenes con base en los aportes que había realizado hasta la fecha»*, como tampoco que hubiera adelantado una *«reasesoría»* conforme a la ley, esto es, 10 años antes a cumplir la edad mínima, o que se haya otorgado la información pertinente conforme las normas legales vigentes el momento del traslado de régimen pensional, ya que *«para el año 1994 que se produjo el traslado del demandante estaban vigentes los Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994»*, los cuales procedió a transcribir.

Al acudir a la verificación del criterio de *«los actos de relacionamiento»* recordó que este aspecto *«para el caso de la ineficacia del afiliado en el traslado entre regímenes, no es aceptada por la Corte Suprema de Justicia»*, y aunque para analizar la conducta de la AFP y establecer la procedencia de la indemnización de perjuicios, ya que un monto pensional más bajo reconocido en el RAIS, sería *«indicativo de la conformidad de estar en un régimen, los traslados horizontales entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual o cualquier acto en donde pretenda sacar beneficios»*, concluyó que *«este caso no es aplicable al no haber existido traslados horizontales, ni solicitudes de informaciones o reparos frente a lo enviado por la AFP.»*

Respecto de los últimos criterios a verificar, sostuvo que en lo relacionado con *«El pago anticipado de la pensión o la solicitud de excedentes de libre disposición»*, no se aplicaba al caso, ya que *«el demandante no realizó ninguna solicitud al respecto»*, y sobre *«La posición asumida en la reasesoría, tampoco es procedente, al no haberse demostrado por parte del fondo que la realizó, para poder dilucidar qué comportamiento asumió frente aquella.»*

Con relación a la culpa, como segundo elemento de responsabilidad, concluyó:

[...]En el trámite del proceso se da cuenta (sic) que el demandante en efecto no fue bien asesorado cuando se trasladó, pues únicamente se le informó sobre los beneficios del RAIS, más no las consecuencias al trasladarse, por lo que Porvenir S.A., efectivamente faltó al deber de información en los términos del Decreto 663 de 1993, toda vez que en el expediente no obra

prueba que permita formar el convencimiento de esta Sala de que la AFP privada suministró al posible afiliado directamente o por interpuesta persona una información calificada, en la que se expliquen los beneficios y desventajas del cambio de régimen.

Adicionalmente, brilla por su ausencia la REASESORÍA que debió ser brindada 10 años antes de cumplir la edad mínima pensional, donde debía explicarle con una completa información la consecuencia de la decisión que iba a tomar e igualmente al momento de la asesoría brindada una vez fue solicitada la pensión en el RAIS, lo cual no se probó o guardo silencio al respecto.

En consecuencia, la omisión de no haber entregado la información veraz y exacta, lo cual mantuvo desde el traslado al RAIS hasta que se reconoció la pensión del actor, lo que da lugar a atribuirle la culpa a la entidad accionada Porvenir S.A.”

Finalmente, y al hacer referencia al presupuesto del nexo causal, como último elemento de la responsabilidad civil, advirtió que en razón a la *«falta de información veraz en que se mantuvo el señor Bertulfo Hernán Montoya Álvarez; desde el traslado hasta el reconocimiento de la pensión, sin que el fondo de pensiones enmendara su error»*, aunado a la carencia de explicaciones de la AFP accionada sobre las cotizaciones con que contaba, que el IBC sería inferior al salario mínimo, lo que *«podría afectar su mesada pensional cuando recibiera la prestación en el RAIS»*, concluyó que *«el daño causado está directamente relacionado y encuentra como nexo causal, la falta de información en que incurrió Porvenir S.A.»*.

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN**

Interpuesto por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A., concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

## **V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN**

La censura formula un alcance principal a partir del cual pretende que la Corte case totalmente la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, revoque la providencia del *a quo*, y, en su lugar, la absuelva de todo lo pedido en su contra.

En forma subsidiaria, reclama la anulación parcial del fallo recurrido, *«exclusivamente en cuando (sic) confirmó el monto de la condena»*, para que, en sede de instancia, modifique la decisión del juez unipersonal y, *«con base en los medios probatorios que obran en el expediente, imparta una condena coherente con el único daño resarcible y el hecho de la víctima.»*

Para el propósito de la primera solicitud formula los cinco primeros cargos, y para la reclamación supletoria invoca el sexto, todos por la causal primera de casación, los cuales son objeto de réplica conjunta por parte de Colpensiones.

Se resuelven los cinco primeros en forma conjunta, debido a que se valen de argumentos que se complementan, persiguen idéntico fin y denuncian una proposición jurídica similar.

## VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia impugnada de violar por la vía directa, bajo la modalidad de interpretación errónea, de los artículos, 2341 del Código Civil y 16 de la Ley 446 de 1998.

Luego de hacer referencia al precedente sentado en la sentencia CSJ SL373-2021, aduce que aunque esta Corporación habilitó la reclamación de *«posibles perjuicios derivados del incumplimiento del deber de información, por parte de quien ostenta la calidad de pensionado»*, para esto es necesario cumplir con las condiciones legales para acceder al resarcimiento pretendido, siendo allí donde el *«Tribunal no entendió correctamente las normas que regulan el daño»*, pues para que haya lugar a la indemnización de perjuicios, se hace imperioso verificar: *«(i) que el daño sea cierto; (ii) que sea personal; (iii) que sea consecuencia del hecho imputado al demandado; y (iv) que sea antijurídico. La certeza del daño se refiere a que su existencia, actual o futura, sea real y verificable, por oposición a los daños hipotéticos o eventuales»*.

Lamenta la censura, que aunque el Tribunal admitió que *«No se puede establecer la existencia de un daño a partir de la forma en que se liquida la pensión de vejez en el RPM y el RAIS»*, como tampoco se puede concluir que *«existe un daño por la diferencia entre los valores pensionales»*, se haya apartado de esos razonamientos y de contera haya otorgado un entendimiento incorrecto a las normas denunciadas, ya que al final otorgó *«una mayor e inusitada importancia a la*

*cuantía de la mesada pensional y a la diferencia entre la que le habría dado el RPM y la que actualmente goza el actor».*

Advierte que de haber entendido correctamente las normas denunciadas, el colegiado habría concluido que el actor no demostró el daño sufrido y menos su cuantía, en la medida que *«se limitó a señalar que la mesada a la cual tendría derecho el actor de haber permanecido en el Régimen de Prima Media sería superior a la que actualmente devenga. Pero a eso se limitó la constatación del daño»*, obviando que *«la mera existencia de una diferencia en el monto de la mesada pensional no es suficiente para acreditar un daño que deba ser resarcido»*, y como fundamento de su afirmación, transcribe extractos de las sentencias CSJ SL2924-2023 y SL1496-2024.

## **VII. SEGUNDO CARGO.**

Acusa a la sentencia impugnada de violar por la vía directa en la modalidad de infracción directa, los *«artículos 1602, 1603, 1604, 1613, 1614, 1616, 1757 y 2357 del Código Civil y 863 del Código de Comercio y la aplicación indebida de los artículos 63, 2341 y 2343 del Código Civil, 11 y 12 del Decreto 720 de 1994 y 16 de la Ley 446 de 1998»*.

A su juicio, el sentenciador de alzada no tuvo en cuenta que *«las obligaciones que adquieren las administradoras de fondos de pensiones son obligaciones de medio y no de resultado»*, pues existen factores *«aleatorios»* que impiden asegurar *«la satisfacción del interés del afiliado»*, como lo sería

la estabilidad en la vinculación laboral, el pago de aportes, la fluctuación en los ingresos, existencia de beneficiarios, entre otros, y en ese orden, el deber de información constituye una obligación de medio, al no ser *«posible garantizar estrictamente el logro perseguido por el afiliado»*.

Adiciona que cuando se debate el incumplimiento de obligaciones de medio, es el acreedor quien debe demostrar la culpa del deudor, y este a su vez acreditar su diligencia para exonerarse de su eventual responsabilidad, aspecto que no fue abordado por el sentenciador, máxime, que por corresponder al *«incumplimiento de un deber, la carga de la prueba no podía ser trasladada a la accionada como lo hizo el juzgador de segundo grado»*, lo cual apoya en el fallo CSJ SL2799-2014.

Seguidamente, arguye que el Tribunal tampoco tuvo en cuenta las normas que regulan el daño en estos casos, y aunque citó jurisprudencia y doctrina al respecto, *«en la práctica no las atendió»*, ya que *«para que se presente un daño resarcible se requiere que sea cierto, personal, consecuencia del hecho imputado al deudor y, además, antijurídico»* y conforme al artículo 1616 del Código Civil, cuya infracción directa denuncia, *«debe existir una relación de causa a efecto entre el incumplimiento que se le atribuye al deudor (v. gr. la AFP) y el daño cuya reparación reclama el acreedor (en este caso, la pensionada)»*, por lo que, de haber tenido en cuenta el sentenciador lo preceptuado en la norma aludida, habría concluido, lo siguiente:

[...] aun en caso de considerarse que el actor ha sufrido un daño por no poder obtener su pensión de vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es evidente que esa situación no le es imputable a Porvenir S.A. —o, por lo menos, no lo es de forma exclusiva—, de tal suerte que no existe un nexo causal entre la situación pensional del demandante y la conducta que ha adoptado esa sociedad administradora en su relación con aquel como su afiliado.

Reprocha que el sentenciador tampoco analizó si la administradora probó su propia diligencia, ya que conforme lo dispone el artículo 1604 del Código Civil denunciado, *«al deudor se le permite probar su propia diligencia con el fin de exonerarse de responsabilidad»*, como tampoco analizó si en este caso hubo causas extrañas en la producción del presunto daño, ni examinó la conducta del demandante, más aún, cuando se presentan *«circunstancias externas al demandado»*, configurando la denominada *“causa extraña”*, lo que abre paso a la *«exoneración total de responsabilidad del demandado por ausencia de nexo causal»*, obviando que *«una de las causas extrañas es el hecho o culpa de la víctima, de tal suerte que la conducta de esta, puede tener incidencia causal en la generación del perjuicio»*, resaltando que debe coexistir para ello la imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad, que a su criterio se encuentran satisfechas en este caso.

Anota además que el Tribunal *«se habría percatado de que el demandante en el momento en que fue pensionado le fue indicado el valor de su mesada y guardó silencio, solamente años después de ello muestra su inconformidad»*, razonamiento que incluye *«para demostrar la incidencia que*

*el error jurídico del Tribunal tuvo en la sentencia cuya casación se solicita.»*

Concluye que en el presente asunto el pensionado demostró un «*comportamiento negligente*» que influyó en la producción del daño, configurando el denominado “*hecho o culpa de la víctima*”, al abstenerse de recaudar a *motu proprio* información adicional a la otorgada por la AFP, o contrastarla con las demás alternativas del mercado, o con las condiciones del régimen, como tampoco elevó consulta adicional a la AFP durante sus casi 20 años de permanencia en el régimen. Aspectos que «*no fueron tenidos en cuenta por el Ad quem como consecuencia de los desaciertos jurídicos en que incurrió*».

### **VIII. TERCER CARGO**

Acusa a la sentencia impugnada de violar por la vía jurídica en la modalidad de interpretación errónea «*del artículo 167 del Código General del Proceso, en relación con el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; violación de la ley que fue el medio para la aplicación indebida de los artículos 13 de la Ley 100 de 1993, 63, 2341, 2343 del Código Civil y 16 de la Ley 446 de 1998*».

Estima que el Tribunal erró al determinar que «*la administradora demandada tenía la carga de la prueba de la información dada al actor en el acto de traslado de régimen pensional*», sin tener en cuenta que en lo que atañe a la carga de la prueba, el acto jurídico de la ineficacia y la

indemnización de un perjuicio por el incumplimiento de una obligación *«son figuras jurídicas distintas que no pueden asimilarse para ningún efecto»*, pues en el segundo evento no hay lugar a aplicar las reglas de inversión de la carga probatoria, ni la tesis jurisprudencial al respecto.

Reiteró que en el caso de la ineficacia solo debe probarse que no se cumplió con el deber de información, mientras que, en la indemnización de perjuicios, se deben demostrar, por quien los alega, los elementos que la integran, *«el daño cierto y real, la culpa y la relación causal entre ese daño y la culpa»*, sin que haya lugar a trasladar la carga de su demostración.

Expuso que, aún de equiparar las reglas probatorias de los actos de ineficacia a los de indemnización de perjuicios por responsabilidad civil, debía acoger las reglas contenidas en la sentencia CC SU-107-2024.

## **IX. CUARTO CARGO**

Acusa la sentencia impugnada de violar por vía indirecta, bajo la modalidad de aplicación indebida, *«los artículos 2341 del Código Civil, 13, literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97 del Decreto 663 de 1993, y 16 de la Ley 446 de 1998»*.

Considera que la anterior transgresión se dio como consecuencia de la comisión de los siguientes errores evidentes de hecho:

1. Dar por demostrado, sin estarlo, que hubo una conducta negligente de Porvenir al no suministrar información al actor en el acto de traslado.
2. Dar por demostrado, sin que lo esté, que en este caso se probó el daño sufrido por el demandante, el cual consiste en las diferencias de pensión que deja de recibir como pensionado.
3. Dar por probado, sin que lo esté, que la relación de causalidad está acreditada en el proceso, pues, de haber mediado la información, el daño no se hubiera producido.
4. No dar por probado, estándolo, que el convocante se abstuvo de recaudar por sus propios medios información complementaria a la que le suministró la AFP, teniendo la posibilidad de hacerlo.
5. No dar por establecido, aunque lo está, que el demandante omitió contrastar la información recibida con las demás alternativas del mercado y, especialmente, con las condiciones del régimen al que ya se encontraba vinculado.
6. No dar por probado, pese a que lo está, que el actor no elevó nunca una consulta adicional a la AFP demandada durante los más de 25 años en los que permaneció afiliado al RAIS, y guardó absoluto silencio en relación con su traslado a ese régimen.
7. Tener por probado, sin estarlo, que en este caso el actor sufrió un daño cierto.

Asegura que los anteriores yerros fácticos se originaron por valorar indebidamente la historia laboral oficial de Porvenir, (f.ºs 19 a 24 del cuaderno digital de primera instancia), y por no valorar la confesión del actor al absolver su interrogatorio.

En el desarrollo del ataque, destaca que conforme se extrae de las manifestaciones del reclamante durante la práctica del interrogatorio, aquel solo se interesó por averiguar su situación pensional al momento de acercarse a los 62 años, empero, desde el año 1994 estuvo vinculado a la administradora sin presentar preocupación por *«indagar sobre su futuro pensional»*, lo que constituye un *«indicativo de*

*una actitud descuidada y negligente», lo que «influye causalmente y de forma plena en la producción del daño que haya podido padecer».*

Advierte sobre la errada valoración de la historia laboral del actor en Porvenir S. A., y de la cual el Tribunal *«extrajo la prueba de la mayoría de los elementos (10) que definió como determinativos del daño y su cuantía»*, soslayando que la afectación que pudiese sufrir un afiliado *«no se puede medir exclusivamente comparando el monto de las mesadas al finalizar la vida laboral»*, pues para ello deben tenerse en cuenta otros aspectos que se presenten en el transcurso de su afiliación, reiterando que el simple hecho de obtener una mesada inferior no implica un perjuicio, y de contera el requisito de certeza, para la existencia del daño.

## **X. QUINTO CARGO**

Acusa la providencia confutada por la vía directa, y denuncia la interpretación errónea de *«los artículos 13, literal e) de la Ley 797 de 2003; 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 y 2 y 3 del Decreto 2241 de 2010».*

Sostiene, en síntesis, que la conclusión del Tribunal frente a la *«obligación de reasesoría ordenada por la ley antes de cumplir el afiliado los diez años para cumplir la edad mínima»*, es equivocada, ya que de ninguna de las normas que regulan el asunto y que fueron denunciadas, se deriva ese deber.

## **XI. RÉPLICA**

Colpensiones se pronuncia conjuntamente sobre los cargos planteados por la censura, pero no los contradice, *contrario sensu*, afirma que «*Le asiste razón al recurrente cuando indica que la diferencia entre la mesada reconocida por el RAIS y la expectativa de que la que pudo reconocer el RPM, es insuficiente para que haya lugar al pago de perjuicios*». Como fundamento, transcribe un aparte de la sentencia CSJ SL2924-2023.

Se limita a indicar que deberá esta Sala determinar si el *ad quem* erró al ordenar a Porvenir S. A. el pago de la indemnización de perjuicios, en cuyo caso Colpensiones «*se atenderá a lo que se encuentre probado, toda vez que la administradora de régimen de prima media fue absuelta en instancias y la condena no está dirigida en contra de ella*».

## **XII. CONSIDERACIONES**

Lo primero que se debe advertir, es que el escrito de demanda presenta algunas deficiencias de orden técnico, al incluir aspectos de naturaleza fáctica en la denuncia encaminada por la vía del puro derecho, y de orden jurídico en la acusación enderezada por el sendero de los hechos, incurriendo en una mixtura argumentativa.

Es así, porque, aunque el *-cargo segundo-* se encaminó por el sendero directo, en donde se guarda plena conformidad

con los presupuestos de orden fáctico, se aseveró lo siguiente respecto del pensionado:

(i) se abstuvo de recaudar por sus propios medios información complementaria a la que le había suministrado la AFP, teniendo la posibilidad de hacerlo; (ii) omitió contrastar la información recibida con las demás alternativas del mercado y, especialmente, con las condiciones del régimen al que ya se encontraba vinculada, cuyas particularidades debía conocer; y (iii) no elevó nunca una consulta adicional a la AFP durante los casi 20 años en los que permaneció afiliado al RAIS, guardando absoluto silencio en relación con su traslado al RAIS y sus efectos.

Esta situación ineludiblemente conduce a que la Sala deba auscultar el expediente para verificar sendas afirmaciones, ejercicio que se encuentra vedado en razón misma de la dirección del ataque.

Tan cierto es lo dicho, que son estas mismas afirmaciones las que se pretenden demostrar por la senda fáctica *-cargo cuarto-*, máxime que ninguna de ellas se encuentra taxativamente admitidas por el Juez colegiado, como para que se tengan como premisas indiscutidas.

Lo mismo acontece con la denuncia por la vía indirecta, en donde se incluyen aspectos de orden jurídico, como apartes jurisprudenciales sobre la acreditación del daño, la carga de quién debe probarlo, los elementos estructurales, y otras particularidades que, se itera, no son de recibo por la ruta elegida.

No obstante, lo anterior las falencias anotadas no impiden que se proceda a una decisión de fondo, ya sea desde

la perspectiva jurídica -cargos 1, 2, 3 y 5- o de los hechos -cargo 4-, para lo cual basta extraer de las acusaciones los argumentos de la naturaleza correspondiente a cada enfoque.

De cara a delimitar el sentido y propósito del recurso extraordinario, debe señalarse que el *ad quem* confirmó la condena impuesta en primera instancia contra la AFP Porvenir SA, por concepto de indemnización de perjuicios en favor del demandante, al hallar acreditados los elementos constitutivos de la responsabilidad y que *«el daño causado está directamente relacionado y encuentra como nexo causal el incumplimiento del deber legal de la administradora de suministrar información suficiente, clara y oportuna, al momento previo de efectuar el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad»*.

Los cinco primeros cargos se perfilan a derruir la procedencia de la indemnización objeto de condena que se originó por el daño ocasionado al demandante, y centra el ataque en un conjunto de reparos que gravitan en torno a la deconstrucción de los elementos de la responsabilidad en cabeza de las AFP, arguyéndose como fundamento primordial del ataque, que el actor se abstuvo de demostrar el daño generado, así como de establecer la cuantía del mismo, sin que sea correcto, como lo hizo el Tribunal, sujetarlo a la *«diferencia entre la que le habría dado el RPM y la que actualmente goza el actor»*.

De igual manera, controvierte la determinación de alzada sobre la carga de la prueba respecto del deber de información, pues si bien se acude a la negación indefinida cuando se trata de ineficacia de traslado, esto no puede equipararse cuando se busca establecer la responsabilidad indemnizatoria. Finalmente, añade que no existe obligación legal de las administradoras de efectuar una «reasesoría» al afiliado a los diez años para cumplir la edad mínima.

Decantado lo anterior, advierte la Sala que el problema jurídico a resolver, a efecto de dar respuesta a los cinco cargos *sub-examine*, consiste en determinar si el juzgador de segunda instancia se equivocó al confirmar la condena por concepto de indemnización de perjuicios.

Pese a que uno de los cargos acusa la violación de la ley por la vía indirecta, se observa que en sede casacional la censura no muestra controversia en torno a los siguientes presupuestos de orden fáctico, en tanto así fueron acreditados por el Tribunal: (i) que el señor Bertulfo Hernán Montoya Álvarez fue afiliado inicialmente al ISS, hoy Colpensiones, el 15 de julio de 1981; (ii) que el 22 de septiembre de 1994 suscribió formulario de vinculación a Porvenir S. A., fecha para la cual contaba con 35 años, ya que su natalicio data del 1 de enero de 1959; (iii) que aquel no era beneficiario del régimen de transición; (iv) que para la fecha en que se produjo su traslado al RAIS, contaba con 657 semanas cotizadas en el régimen de prima media; (v) que en toda la vida laboral cotizó 1989 semanas; y, (vi) que se le reconoció una pensión de vejez bajo la modalidad de garantía

de pensión mínima el 8 de octubre de 2021, en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente para la época.

En principio, para dar respuesta a los tres primeros cargos, deviene importante recordar que la médula de la controversia jurídica y fáctica de los procesos en los cuales se cuestiona la connotación del traslado de regímenes entre el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad se centra en dilucidar si se dio o no cumplimiento al «*deber de información*» que le asiste a las administradoras del RAIS como requisito esencial para la eficacia de las afiliaciones, la respuesta que la Sala ha emitido respecto de la omisión del citado deber ha sido la de ineficacia jurídica *-en sentido general-* al faltar uno de sus requisitos estructurales y porque la disposición legal prevé una circunstancia que lo vuelva ineficaz, esto es, la declaratoria que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás. (CSJ SL4360-2019)

No obstante, la ineficacia del acto jurídico respecto de un afiliado al sistema que se le ha reconocido la pensión propia del régimen de ahorro individual trae otra consecuencia jurídica como pasa a explicarse:

**i) Ineficacia del traslado de pensionados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.**

La Corte ha sostenido de forma reiterada que la ineficacia del acto jurídico de traslado de un(a) afiliado(a) al Sistema General de Pensiones, a quien no se le ha reconocido

la pensión propia del RAIS, trae como consecuencia jurídica el retorno al estado de cosas como se encontraba antes como medida de reparación in natura, es decir, como si el cambio nunca se hubiera producido, con lo cual se logra el restablecimiento de la situación jurídica vulnerada.

Para el caso de los pensionados, tal consecuencia no resulta razonable. Importa recordar que en la sentencia CSJ SL373-2021, esta sala indicó que no es posible declarar la ineficacia del traslado de los pensionados en el RAIS, dado que tienen una situación jurídica consolidada que de revertirse puede afectar *«derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones»*.

Téngase en cuenta que arribar a tal condición comporta la adquisición de derechos de carácter monetario –percepción de mesadas, y una serie de prestaciones de orden asistencial común a los regímenes pensionales previstos en la ley de seguridad social.

No obstante, tal circunstancia no impide que, en lugar de la ineficacia del traslado, el pensionado persiga y obtenga una reparación de los perjuicios que eventualmente le pudo ocasionar la AFP, al incumplir con el deber de información y asesoría que le incumbía. Esto se explica en el principio general del derecho según el cual, quien causa un daño por culpa está obligado a repararlo.

Por ello, la jurisprudencia de esta corte ha indicado que el pensionado puede obtener una reparación si sufrió un perjuicio en la cuantía o monto de su pensión, pues tiene derecho a demandar su indemnización a cargo de la administradora.

Así mismo, resulta imperativo recordar que la procedencia de la indemnización no se presume ni se configura de manera automática, sino que es necesario solicitarla expresamente por quien invoque su reconocimiento. Esto, claro está, siempre que no esté prescrita y concurren los elementos de la responsabilidad en cabeza del o los entes accionados.

En el presente caso es un hecho demostrado e incontrovertido en casación, que Porvenir S. A. reconoció al señor Bertulfo Hernán Montoya Álvarez una pensión de vejez bajo la modalidad de garantía de pensión mínima, el 8 de octubre de 2021, en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente para la época, situación que impide declarar la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, por estar ante una situación jurídica consolidada imposible de revertir. Sin embargo, el actor se encuentra facultado para acudir al juez ordinario y solicitar a la AFP accionada la respectiva reparación, en los términos del artículo 2341 del C.C., a través del reconocimiento de la indemnización de perjuicios.

Definido lo anterior, puntualmente de cara al *-cargo primero-*, se advierte que, para la procedencia de la

indemnización de perjuicios reclamada, en concordancia con lo normado en el artículo 2341 del Código Civil, resulta imperante determinar cuál es el régimen de responsabilidad de las AFP respecto de sus afiliados frente al deber de información que les asiste, aspecto que pasa a desarrollarse en el siguiente acápite:

**ii) Régimen de responsabilidad de las AFP por falta de información a los afiliados para el momento del traslado del RSPMPD al RAIS.**

En el ámbito de la seguridad social colombiana hay referencias puntuales a la responsabilidad de las AFP que surgen del incumplimiento de las obligaciones emanadas en la administración del Sistema General de Pensiones.

En efecto, tratándose de la ineficacia del traslado de régimen pensional resulta imperativo acotar que en cumplimiento del mandato establecido en los artículos 139 y 287 de la Ley 100 de 1993, se expidió el Decreto Ley 656 de 1994, normativa que en el artículo 4.º establece que las AFP son «*responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados*».

A su turno, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 prevé la responsabilidad directa de las administradoras por las infracciones, errores u omisiones de sus promotores que impliquen perjuicios a los intereses de los afiliados, mandato reiterado en los artículos 2.2.7.4.1. del Decreto 1833 de 2016 y 14 del Decreto 1745 de 2020.

En reciente sentencia CSJ SL1622-2025, la Sala señaló que estas disposiciones responden a los fines constitucionales y legales de la seguridad social y a los principios que la orientan, dado que es evidente que buscan garantizar, a través de una prevención legal y general de responsabilidad, atada al estricto cumplimiento de las obligaciones atribuidas a las AFP, que el acceso a los servicios del Sistema mediante la afiliación y durante la vigencia de la relación jurídica no «*impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados*».

Esta atribución legal y especial de responsabilidad, sin duda alguna atiende el carácter tuitivo y de justicia social inherente a los fines de la seguridad social, consagrado en el artículo 48 de CP, lo cual tiene como correlato la configuración legislativa material de un sistema de protección social compatible con el Estado Social de Derecho.

En consecuencia, el régimen especial de responsabilidad de las AFP -artículo 35 del Decreto Ley 656 de 1994- es eminentemente *previsional*, como quiera que recae sobre prerrogativas propias de la seguridad social, se rige por las disposiciones aplicables a las sociedades e instituciones financieras, el Código de Comercio, la legislación cooperativa, y se complementa con las del derecho común, siempre que no sean contrarias a los fines constitucionales y legales de la seguridad social ni a sus principios orientadores.

Además, las AFP son entidades de naturaleza privada, pero al prestar el servicio público esencial de la seguridad social, que comporta la garantía de derechos mínimos de los trabajadores afiliados al sistema pensional, el estándar de diligencia y cuidado que deben observar es mayor, pues si su actuar es negligente, les corresponde asumir las consecuencias conforme a lo establecido en la ley y sus reglamentos desde la implementación del Sistema.

Esta denominada *responsabilidad previsional* tiene una naturaleza autónoma, en la cual, el vínculo jurídico de la seguridad social genera una categoría distinta y excluyente a los modelos tradicionales -contractual y extracontractual-, propios de las relaciones civiles (CSJ SL, 2 jul. 2008, rad. 31566), y obedece a una forma legal y especial, orientada a preservar la integridad del sistema y la efectividad del derecho pensional del afiliado.

Así las cosas, los deberes de información y acompañamiento impuestos directamente por la ley y la regulación, se establecieron para corregir la asimetría de información inherente al Sistema, pues las AFP conocen a fondo el *producto* que ofrecen, mientras que el afiliado común carece de los medios técnicos para evaluar las implicaciones de su decisión.

Las administradoras del RAIS, en cumplimiento de su deber fiduciario, tienen la responsabilidad de incluir dentro del deber de información, entre otros aspectos, las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada

uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de la transición y la eventual pérdida de otros beneficios, que se prolonga durante toda la relación de afiliación y cotización. (CSJ SL1452-2019)

Por ello, el legislador impuso un deber profesional de información en los traslados de régimen y su violación no constituye una infracción de obligaciones negociales -en términos de medio o resultado-, pues las AFP no actúan como intermediarias en la relación jurídica de afiliación, sino que son directamente responsables de la función pública de aseguramiento.

En ese orden, si la conducta de la AFP produce daño, derivado del incumplimiento del deber de información, cuyo destinatario es el afiliado, en quien se afecta el derecho de libre escogencia y elección del régimen pensional que considere más adecuado a sus posibilidades y necesidades particulares, puede dar lugar al pago de una indemnización prevista en el ordenamiento jurídico que tiene como característica fundamental la de ser resarcitoria, basada en el principio de que quien comete un daño con culpa está obligado a repararlo.

El principio de indemnización plena o integral de perjuicios, consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, es una institución de orden transversal a las diferentes disciplinas del derecho, en tanto es aplicable a cualquier jurisdicción, donde la valoración de daños irrogados a las personas debe atender los principios de reparación integral y

equidad. Así, la víctima debe ser reparada completamente, con el propósito de que sea resarcida a una situación, por lo menos, igual a la que tenía antes de ocurrir el hecho dañoso, situación que se denomina *compensatio lucri cum damno*, esto es, compensar lo que el afectado pudo realmente recibir, pero no lo hizo a raíz del evento dañino provocado por el demandado.

Esto conlleva que cuando las AFP lesionen los intereses de los afiliados y pensionados del Sistema, sea posible que haya lugar a su reparación siempre que concurren los siguientes elementos: (i) un daño reparable; (ii) una conducta culposa de la AFP; y (iii) un nexo de causalidad entre ambos. (CSJ SL1622-2025)

Al efecto, es necesario estudiar cada uno de estos presupuestos de la responsabilidad previsional, así:

#### **a) El daño**

Como elemento esencial de la responsabilidad, el daño es el menoscabo o detrimento de un derecho subjetivo 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*» (CSJ SC 6 abr. 2001, rad. 5502).

Esta sala de la Corte adoptó la noción de daño causado por las AFP por faltar al deber de información y asesoría, en sentencia CSJ SL1622-2025, así:

Un daño se considera reparable o resarcible en cuanto afecta un bien o interés que goza de protección legal y constitucional, y que a su vez comprometa el patrimonio o cualquier otro interés lícito de la persona que se considera afectada y reclama reparación.

Así, la Sala considera que el daño que sufren quienes toman decisiones sobre su situación pensional sin la información suficiente, cierta y oportuna a cargo de las AFP, consiste precisamente en el cercenamiento de su interés jurídicamente protegido de tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los regímenes pensionales del sistema de pensiones.

(Subrayado de la Sala)

Este daño reviste carácter previsional por recaer sobre derechos de la seguridad social, entendido como una modalidad especial cuando el afiliado afecta su expectativa prestacional al seleccionar el otro régimen pensional por fuerza del incumplimiento de las AFP a su deber de información.

En esa medida, el daño se produce en el momento en que se realiza el traslado y se mantiene durante la relación jurídica de afiliación (CSJ SL1622-2025), pero es resarcible cuando genere consecuencias patrimoniales. Así, se trata de una clase de daño especial, en la medida en que únicamente procede frente al entonces afiliado, hoy pensionado, pero en el componente económico prestacional y no asistencial.

El daño previsional se aprecia en toda su magnitud cuando al afiliado se le reconoce la pensión en el RAIS y se

incluye en nómina, pues en ese momento se perdió la posibilidad de su reparación in natura -ineficacia del traslado- (CSJ SL373-2021, SL5169-2021, SL5704-2021 y SL5172-2021); por lo que, en su lugar, sólo procede la reparación por equivalencia, esto es, la indemnización de perjuicios, la cual debe establecerse conforme a la situación particular del pensionado, en relación con la eventual prestación que le hubiere correspondido de haber permanecido en el RSPMPD.

### **b) La culpa**

En lo que atañe a la **conducta culposa de la AFP**, el juez plural la derivó de *«la falla del fondo de no haber entregado la información veraz y exacta»*, al señor Bertulfo Hernán Montoya Álvarez, desde el momento en que llevó a cabo su traslado al RAIS, 22 de septiembre de 1994, hasta cuando le fue reconocida la pensión de vejez, 8 de octubre de 2021, situación que a juicio de la censura no es cierta, ya que para establecer este aspecto debía el Tribunal tener en cuenta otros factores como la carga de la prueba, analizar si hubo causas extrañas en la producción del presunto daño, y examinar la conducta del demandante, a quien por demás *«...le fue indicado el valor de su mesada y guardó silencio, solamente años después de ello muestra su inconformidad»*.

En el ámbito de la responsabilidad, la culpa se configura cuando una persona incumple un deber de diligencia exigido por la ley o por la naturaleza de la obligación, produciendo un daño a otro. El artículo 63 del CC

la define como la omisión de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios, distinguiendo entre grave, leve y levísima, según el grado de descuido o negligencia.

En la seguridad social, la culpa adquiere un matiz específico, pues las AFP están sujetas a un estándar de diligencia reforzado en atención a los fines constitucionales de protección de los derechos de los afiliados y pensionados. Como se dijo, este deber se encuentra expresamente regulado en los referidos artículos 4.º del Decreto 656 de 1994 y 10 del Decreto 720 de 1994, según los cuales, responden de manera directa por los perjuicios que causen a sus afiliados por culpa leve, así como por las infracciones, errores u omisiones de sus promotores que impliquen perjuicios a los intereses de aquellos.

En este contexto, la culpa puede manifestarse tanto por acción como por omisión. En particular, para los traslados de régimen pensional, si las AFP no suministran información suficiente, veraz, clara y oportuna, que permita al afiliado comprender las consecuencias, beneficios y riesgos de su decisión, configura una conducta culposa, esencialmente, porque el deber de información es una obligación legal y reglamentaria, cuya inobservancia vulnera el derecho del afiliado a tomar decisiones informadas sobre su situación pensional y, por ende, *puede* dar lugar a la responsabilidad prevista en el referido régimen especial.

La exposición de motivos de la Ley 100 de 1993 señala

de manera expresa que prima la competencia en el deber previsional, la cual ha de traducirse en mejores servicios y mayor rentabilidad para cada afiliado. En otras palabras, el Sistema se diseñó con el fin de que las administradoras compitan entre sí, para garantizar eficiencia bajo una concepción dual que promueva libertad económica, mientras se fomenta la prosperidad y la seguridad social.

En tal sentido, el rol de las administradoras del Sistema General de Pensiones, en cualquiera de sus regímenes, adquiere un carácter especialísimo sujeto a los siguientes estándares: *(i)* idoneidad al disponer de capacidad técnica, administrativa y humana especializada; *(ii)* experticia y confiabilidad con los ciudadanos; *(iii)* eficacia, entendida como el logro de metas de crecimiento y beneficio; *(iv)* eficiencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público; y *(v)* oportunidad para determinar el momento en que los afiliados cumplan con los requisitos para acceder a una prestación del Sistema (CSJ SL1006-2025).

Se recaba que las AFP tienen el deber fiduciario de brindar información de manera objetiva, neutral, transparente y verificable sobre todos los aspectos del aseguramiento; el no hacerlo configura una falta al estándar de diligencia profesional esperada, dado que cuentan con los medios técnicos necesarios para informar correctamente sobre los elementos inherentes a los regímenes pensionales existentes.

En este orden, emerge necesario recordar los presupuestos que la ley y la jurisprudencia reconocen al deber de información, como son: (i) debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y en la prestación de sus servicios a los afiliados, y (ii) la transparencia, suficiencia y oportunidad.

Ahora, sobre la evolución que ha tenido este deber legal de las AFP, basta consultar la sentencia CSJ SL1688-2019, la que resulta útil para comprender que desde los inicios del Sistema General de Pensiones existe tal obligación, la que se ha refinado, detallado e incrementado, según la sucesión normativa que se muestra a continuación:

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

asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
---	---	---

En relación con el factor de atribución de la responsabilidad, se destaca que es un criterio -material o jurídico- que permite imputar la conducta generadora de responsabilidad a quien tiene capacidad de comprender la trascendencia del acto culposo y determinarse conforme a ella. En este escenario, la gestión de las AFP involucra la obligación de administrar como una verdadera *profesional* altamente calificada para el desempeño de su oficio, y su negligencia, por acción u omisión, deriva en la generación del daño al afiliado, sin que les sea admisible una simple excusa de su comportamiento.

El artículo 4.º de la Ley 100 de 1993 establece que son un servicio público esencial las actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones, identificadas por la jurisprudencia como una especie de administración fiduciaria especializada. Esto atribuye a las AFP una responsabilidad acorde con la naturaleza de ese tipo de instituciones financieras, tal como lo señaló la Corte desde el fallo CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, reiterada en la providencia CSJ SL1006-2025, en los siguientes términos:

[...]La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4.º del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público.

Ciertamente las administradoras de pensiones son en esencia fiduciarias del servicio público de pensiones, razón por la cual su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haberse cernido sobre sí una enfermedad o trauma que lo deja inválido, o la muerte sobre el miembro de la familia del cual depende, o sobre su afiliado cuando le llega el momento de su retiro de la vida productiva por imposición o disfrute de la vejez.

[...]

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

Por todo lo anterior, no es de recibo el argumento de la AFP, al sostener *-cargo segundo-* que sus obligaciones son «*de medio*» para sustraerse de la responsabilidad informativa que le asiste frente a sus afiliados y, en el *-cargo quinto-*, donde se afirma que la administradora de pensiones no tenía ninguna obligación legal de adelantar «*reasesoría*», pues, ha sido muy precisa la jurisprudencia al señalar que ese plurimencionado deber de información se ha nutrido normativamente con el tiempo, estableciendo unas etapas que debían y deben ser acogidas por los entes que lo administran, tal y como quedaron descritas en el cuadro *ut-supra*. (CSJ SL1688-2019 y SL1048-2025)

Ahora bien, si pese a lo anterior se admitiera que las obligaciones del fondo accionado son de medio y no de resultado, valga la pena traer a colación lo argumentado por la Sala de Casación Civil de esta Corte, en la sentencia CSJ SC7110-2017, reiterada en la SC3847-2020, donde se señala que, al demandado, para obtener la exoneración de responsabilidad en las obligaciones de medio, «*le basta demostrar debida diligencia y cuidado (artículo 1604-3 del Código Civil)*»; y en las de resultado, al presumirse la culpa, «*le incumbe destruir el nexo causal entre la conducta imputada y el daño irrogado, mediante la presencia de un elemento extraño, como la fuerza mayor o el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero*», postura que es también la acogida por esta Sala en el fallo CSJ SL1495-2022, donde a una administradora del RAIS, demandada, por hechos similares a los aquí ventilados, le señaló que; «*correspondía a esta última, en cumplimiento de lo dispuesto*

*por el artículo 1604 del Código Civil, probar que sí había tenido la debida diligencia en esa materia, para desvirtuar, además, la negación indefinida hecha por la promotora del juicio».*

Las subrayas del texto anterior son de la Sala para destacar que, en el presente caso, al no haberse satisfecho por parte de la AFP Porvenir el deber de otorgar la información precisa y oportuna durante las oportunidades enmarcadas en las etapas señaladas, no hay lugar a que se predique una «*debida diligencia*».

Sobre la carga de la prueba, *-en esencia ventilada en el cargo tercero-* persigue el recurrente que se difiera las consecuencias que conlleva la negación indefinida cuando se aborda la ineficacia del traslado, con la indemnización de perjuicios proveniente de la responsabilidad civil, como aquí se reclama, tesis que no resulta procedente, pues, esta sala ha relativizado la obligación inexcusable de brindar a los potenciales afiliados información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los regímenes pensionales y las consecuencias reales de la decisión de traslado.

De igual manera, en este mismo cargo se alude a dar aplicación a las reglas probatorias previstas en la Sentencia SU-107-2024, al respecto ya tuvo esta Sala la oportunidad de manifestarse en la sentencia SL2999-2024, donde se dijo lo siguiente:

[...]Pues bien, esta Sala no comparte la lectura que la Corte Constitucional hizo del precedente fijado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia y, por tanto, respetuosa de la postura adoptada por ese órgano y en atención al principio de transparencia, se aparta del criterio según el cual no es aplicable la inversión de la carga de la prueba en los casos en que se demanda la ineficacia de traslado de régimen pensional, por las razones que siguen.

Esta Corporación nunca ha desconocido la libertad de los jueces para formar su convencimiento y valorar el caudal probatorio aportado oportunamente, conforme lo establecen los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. De modo que en el precedente cuestionado jamás se ha restringido o limitado esa autonomía, mucho menos al punto de despojar al juzgador de sus facultades como director del proceso, ya que, según lo consagrado en el canon 54 *idem*, este puede decretar pruebas de oficio frente a los hechos controvertidos que le generen duda.

En concordancia con lo anterior, la regla probatoria fijada en la jurisprudencia de esta Corte, en tratándose de los procesos de ineficacia de traslado, establece que son los fondos por ley los obligados a brindar y probar la información que ofrecieron a los afiliados y no estos últimos quienes deben acreditar algo que no ocurrió. Entre tanto, respecto de los procesos de indemnización de perjuicios, debe decirse que esta Corporación nunca ha desconocido la libertad de los jueces para formar su convencimiento y valorar el caudal probatorio aportado oportunamente, conforme lo establecen los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. De modo que no puede pretender el casacionista, la utilización del precedente constitucional citado para restringir o limitar la autonomía o despojar al juzgador de sus facultades como director del proceso.

En efecto, cuando se alega la falta de ilustración o asesoría que deben brindar las AFP, se trata de una negación

indefinida que les traslada la carga de la prueba y, por tanto, deben demostrar que obraron con diligencia y cuidado. En armonía con lo dispuesto en los artículos 1604 del CC y 167 inc. 4.º del CGP, la sentencia CSJ SL1688-2019 dijo:

[...] 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.

Téngase en cuenta que las entidades financieras, entre las cuales están las administradoras de pensiones, por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen clara preeminencia frente al afiliado tanto, que la propia legislación les prohíbe invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero (artículo 11, literal b) de la Ley 1328 de 2009).

En ese orden de ideas, y como acertadamente lo dilucidó el colegiado, en el presente caso no se observa que Porvenir S. A. haya cumplido con el deber de brindar información objetiva, comparada y transparente al demandante al momento en que se trasladó al RAIS, 22 de septiembre de 1994, como tampoco que le haya advertido sobre todas las consecuencias que acarrearía ese acto jurídico, las características de los dos regímenes pensionales, condiciones, acceso, riesgos, ventajas y desventajas de cada uno, en virtud de la normativa vigente para esta data.

### **c) Nexos de causalidad**

El último de los elementos de la responsabilidad es la relación o nexo causal que existe entre el daño, cuya reparación se demanda, y la culpa atribuida al agente que lo genera. Este presupuesto se considera como el «factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar» (CSJ SC456-2024, SL1622-2025).

La jurisprudencia vigente de la Sala Civil de esta corporación ha reconocido que la causalidad debe ser *«una conjunción entre un análisis fáctico y jurídico, que comienza por un juicio sine qua non sobre las causas que originaron el daño, a partir del cual se hace una prognosis jurídica para decantar, a partir de criterios normativos, lógicos o probables, el sujeto responsable»* (CSJ SC2156-2022, SC4425-2021, SC3460 2021, SC4455-2021).

La segunda de las referidas providencias señala sobre el componente fáctico lo siguiente:

[...] **Causalidad de hecho.**

[...]

Ello significa que una conducta o actividad podrá ser considerada como condición necesaria de un hecho dañoso siempre que la falta de aquella conducta o actividad hubiera conllevado que el hecho dañoso no acaeciera. El mismo raciocinio puede replicarse en tratándose de conductas omisivas, solo que, en estos casos, el examen contrafáctico consistirá en elucidar si la participación (exigible, o lícitamente esperable) del demandado en el curso de los acontecimientos, habría impedido que ocurriera el daño.

[...]

A su turno, respecto del requisito jurídico explicó que:

**Causalidad jurídica.**

[...]

Ello es así porque las condiciones causales relevantes pertenecen a la esfera de los hechos, razón por la cual su importancia intraprocesal dependerá de la posibilidad de subsunción en las complejas reglas que determinan cuándo es viable atribuir a una persona las secuelas de un resultado dañoso en cuya producción intervino materialmente. En ese escenario, es ineludible acudir al ordenamiento en procura de las herramientas teóricas que permitan establecer si una condición causal concreta es apta para justificar la asignación de un débito indemnizatorio, o lo que es lo mismo, si puede considerarse como la causa jurídica relevante de dicho resultado.

[...]

En conclusión, de entre las múltiples directivas jurídicas postuladas para guiar la selección entre condiciones antecedentes necesarias para la producción del daño, la jurisprudencia patria suele valerse –explícita o implícitamente– del criterio denominado **causa adecuada**, según el cual el agente debe ser considerado responsable «*solo del daño que resulta regularmente y de acuerdo con el curso normal de las cosas de la conducta o actividad desplegada*», teniendo en cuenta variables como la previsibilidad, la cercanía temporal entre la conducta y el daño, o la entidad de este en relación con las secuelas de aquella, entre otras.

En esta dirección, la reciente sentencia CSJ SL1622-2025, la Sala de Casación Laboral tiene establecido que el nexo causal es más que todo «*una categoría lógica que permite inferir que entre un hecho antecedente y un hecho consecuente existe una relación de probabilidad porque la experiencia así lo ha mostrado repetidas veces*». Ello significa que, para el efecto, basta establecer a partir de criterios normativos, lógicos o probables que el sujeto es responsable de un resultado dañino porque al no evitarlo, pudiendo hacerlo -

para el caso, la infracción u omisión del deber de información-, le es imputable el daño que sufre el destinatario de ese bien jurídico ante su conducta negligente.

Con relación a la *causalidad fáctica*, la Sala ha considerado que la conducta indebida de la AFP en relación con el deber de información es una condición *sine qua non* de las consecuencias adversas que por esa falta de información se ocasionen. Asimismo, en lo que atañe a la *causalidad jurídica* ha dicho que el incumplimiento de ese deber legal configura un acto antijurídico de la AFP, que repercute en la lesión de un interés o bien protegido de quien debe recibir información como un derecho.

En suma, el nexo causal está representado en la relación que existe entre el cumplimiento o no del deber legal de información y la previsibilidad de un resultado lesivo al momento en que el afiliado se incluye en nómina de pensionados en el RAIS, porque si este no accedió a la información sobre los criterios más relevantes a tener en cuenta para el momento del traslado ni tampoco lo hizo durante la vigencia de la afiliación, ello implica que no pudo escoger voluntariamente si retornar al RSPMPD o permanecer en el RAIS, en el que obtuvo una mesada inferior (CSJ SL1622-2025).

Ahora, en el *-cuarto cargo-*, enderezado por la vía indirecta, la recurrente menciona que el Tribunal valoró equivocadamente el interrogatorio de parte absuelto por el

actor, pues allí admitió que, *«Solo se interesó por averiguar su situación pensional al momento de acercarse a los 62 años, esto es en enero de 2021»* y, que desde 1994, se mantuvo en Porvenir *«porque sabía que sus aportes no iban a un fondo común, sino que permanecían en una cuenta individual, y sabía que allí estarían bien protegidos sus ahorros»*, razones por las cuales concluyó: *«que durante los varios años que estuvo vinculado a la administradora demandada no se preocupó por indagar sobre su futuro pensional, sobre los requisitos para pensionarse y sobre las condiciones en que lo haría»*, y que ello es indicativo de una actitud descuidada y negligente.

Del mismo modo, enrostró los yerros del Tribunal al valorar la historia laboral emitida por Porvenir S. A., pues avaló la conclusión del *a quo*, quien a partir de dicho documento encontró una diferencia entre el monto de la mesada que recibe el actor y la que podría recibir en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, sin que exista en el expediente ningún elemento de prueba del que se pueda deducir esa diferencia, pues fue obtenido a partir de sus propios cálculos, de oficio, sin someter a contradicción las operaciones que efectuó, obtenidas principalmente de la historia laboral aportada por Porvenir.

Sostiene que los desaciertos cometidos por el Tribunal tuvieron incidencia en la decisión adoptada, en la medida en que de no haber incurrido en ellos habría concluido: *i)* que el demandante no fue diligente en el manejo de su futuro pensional, por lo que su pasividad tiene incidencia en la

pensión que actualmente recibe; y *ii*) que el actor no sufrió un daño cierto imputable a Porvenir S. A. y que esta, en consecuencia, no es responsable de un daño patrimonial.

Pues bien, la Sala observa que, para que el comportamiento del perjudicado tenga influencia en la determinación de la obligación reparatoria, es indispensable que la conducta incida causalmente en la producción del daño y que tal conducta no sea imputable al propio demandado en cuanto que él haya provocado esa reacción en la víctima. (CSJ SC, 16 dic. 2010, rad. 1989-00042-01)

En este punto, solo puede predicarse la culpa exclusiva de la víctima como eximente de la responsabilidad por parte de la AFP, cuando la conducta de aquella (activa u omisiva) sea el factor jurídicamente relevante entre todas las demás condiciones que confluieron en la causación del perjuicio derivado del daño por la omisión en el deber de información; es decir, aunque pueda presentarse una concurrencia de causas en el plano natural, la actuación de la perjudicada sería la única que posee trascendencia para el derecho, o sea que su culpa resta toda importancia a los demás hechos o actos que tuvieron injerencia en la producción de la consecuencia lesiva. (CSJ SL3201-2024)

En el *sub-lite*, no se advierte que el Tribunal haya incurrido en algún desatino, en tanto que el demandante no fue informado sobre las características, condiciones, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales. Siendo esto así, desconoce su situación pensional, así como tampoco

pudo documentarse sobre la posibilidad que tenía de trasladarse a Colpensiones en las oportunidades legales, pues jamás fue ilustrado sobre el particular.

No sobra agregar que, tal y como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021, el incumplimiento del deber de información no se sana, ni siquiera con la «*desidia del interesado en indagar por las condiciones y características*» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada.

De igual manera, la censura apunta a cuestionar la aplicación de la normativa sobre los deberes de información cuya omisión derivó en la existencia del daño. De forma puntual, el censor indica que ni los artículos 13, literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 ni el numeral 1º del canon 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) se refieren a un deber de asesoría o de buen consejo, obligación que evidentemente difiere de la de información, que solo implica dar a conocer hechos, datos o circunstancias, pero no la de aconsejar, sugerir, recomendar u orientar. Frente a este planteamiento, importa señalar que las normas aplicables para la época del traslado exigían a las AFP brindar ilustración sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de ventajas y desventajas de cada régimen pensional (CSJ SL1452-2019).

Tampoco es factible sostener que para la época en que el demandante se trasladó, no existía la obligación de comunicar la conveniencia de la realización del acto jurídico de traslado, en tanto que de la información de las consecuencias jurídicas de dicho acto, se impone a la administradora dar a conocer al usuario los elementos definitorios y condiciones de los dos regímenes, de suerte que la selección y traslado pueda realizarse luego de comprender, en términos claros y sencillos, los efectos y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. La transparencia, como parte del deber hacia los afiliados, comporta la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes y, en términos de esta Sala de la Corte *«evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro»*. (CSJ SL4360-2019)

Respecto a la necesidad de analizar si hubo causas extrañas en la producción del presunto daño, considerando que una de ellas fue la conducta u omisión del demandante, *«hecho o culpa de la víctima»*, teniendo en cuenta que a este *«...le fue indicado el valor de su mesada y guardó silencio, solamente años después de ello muestra su inconformidad»*, aunado a que se abstuvo de solicitar información complementaria, y omitió contrastar la información recibida con las condiciones de las *«demás alternativas del mercado»*, deberá decirse, al analizar el interrogatorio de parte absuelto por el actor, que este indicó que fue informado por Porvenir S. A. previamente al reconocimiento pensional, de que su mesada sería calculada sobre el salario mínimo legal mensual vigente, (Min.- 1.30, primera audiencia de trámite, enlace

a f.º 238 PDF Cuaderno Primera Instancia Parte 2), sin embargo, no se avizora de ninguna de sus respuestas que para ese momento tuviera conocimiento o certeza de que su situación pensional o el valor de su mesada sería mayor de estar en el régimen de prima media con prestación definida, como para poder establecer sin dubitación alguna la existencia de una causa extraña que desvirtúe la culpa de la AFP, y de contera la causalidad determinada enalzada, como ha pasado en otros casos, donde la AFP advirtió al afiliado antes del reconocimiento pensional sobre las diferencias económicas que existían en ambos regímenes.

En efecto, ningún yerro probatorio puede endilgarse al Tribunal, pues, a lo sumo, se extrae del interrogatorio absuelto al actor, cuando se le indaga cuáles trámites o solicitudes adelantó ante Porvenir S. A. desde el momento de su vinculación, que aquel indicó:

[...]Hasta el momento en que yo me pensioné, la solicitud que yo le hice fue la que adelanté con mi abogado, antes de pensionarme, adelanté con mi abogado, una solicitud para el traslado del fondo Porvenir a Colpensiones. (Min. -1.20:35 *ibidem*)

Luego entonces, si bien es cierto el deponente acepta que adelantó, a través de abogado, un trámite previo con miras al traslado de Porvenir a Colpensiones, del cual desistió acusando problemas de orden financiero, no se colige de dicha aseveración, que haya tenido un conocimiento expreso de que dicho cambio de régimen lo conllevaría a que sus condiciones económicas pensionales fueran mejores o que le sería reconocida una mesada superior, pues, aquella

inferencia además de no ser más que una simple y llana conjetura, se anticipa al momento en que el demandante, en verdad, podía tener la posibilidad real de efectuar una comparación entre la prestación reconocida en el RAIS y la que eventualmente pudiese haber sido otorgada en el RSPMPD.

Por tanto, a riesgo de fatigar, debe recalcar que, si bien el demandante había pretendido con una acción anterior lograr la ineficacia del traslado de régimen pensional, no hay prueba alguna que dé cuenta de que para ese momento él contaba con la información suficiente para discernir con certeza que su pensión en el RSPMPD sería más favorable que en el RAIS. Situación que de facto refleja un panorama muy distinto al analizado en la plurimencionada sentencia CSJ SL1622-2025.

En suma, probatoriamente no puede endilgarse un yerro al Tribunal por no considerar que al haber accedido el demandante al reconocimiento pensional podría constituir una «*causa extraña*» o «*tener incidencia en la determinación de la causalidad e imputación jurídica del perjuicio reclamado*», pues, se itera, la verdadera percepción o estimación de perjuicio solo puede ser evaluada cuando el afiliado obtiene el estatus de pensionado en el RAIS y es incluido en nómina, es a partir de ese instante en el que puede dimensionar con certeza las consecuencias de la afectación sufrida, tal y como pasa a explicarse:

### **iii) El perjuicio**

El daño y el perjuicio no responden a lo mismo, son categorías diferentes pero complementarias, aun cuando en ocasiones se conjugan en un mismo momento. En ese sentido, perjuicio es el *«detrimento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa»*, es decir, el menoscabo patrimonial del daño que exige una compensación a quien lo ha producido con el fin de repararlo. En suma, el daño es el origen; el perjuicio, la consecuencia; y la indemnización, su forma de repararlo.

La jurisprudencia de esta corte tiene establecido que el daño *«es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio, mientras que el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó»* (CSJ, SNG, 13 dic. 1943).

En este orden, las características del perjuicio son:

*i) Directo:* alude a la relación entre daño y su atribución jurídica o imputación; luego, el daño y el perjuicio deben ser consecuencia directa de la acción u omisión del agente al que se pretenda atribuir.

*ii) Personal:* debe ser sufrido por el sujeto que pide su resarcimiento, de manera que solo la víctima del daño está legitimada para demandar la reparación a partir de la

generación o materialización del perjuicio. La indemnización no se extiende a beneficiarios, ya que se fundamenta en la lesión de un derecho inherente a la personalidad.

*iii) Cierto:* debe ser actual o proyectado con certeza al futuro; se contrapone al eventual o hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas.

*iv) Insoluto:* es decir, que se encuentre pendiente de indemnización, de pago, para el momento del fallo.

Así, el perjuicio solo es reparable cuando el daño es cierto, antijurídico y atribuible al demandado. A no dudarlo, esta articulación resulta decisiva en el ámbito de los traslados pensionales sin información suficiente, pues esta omisión configura un daño al cercenar la posibilidad de decidir libremente el régimen pensional, pero es indemnizable en tanto se demuestre que generó un menoscabo patrimonial concreto y antijurídico.

El perjuicio derivado del daño que se produce para el momento del traslado de régimen se configura para aquel instante en que el afiliado hubiese causado la pensión de vejez en el RSPMPD (edad y semanas de cotización) y, además, mute su estatus al de pensionado en el RAIS y sea incluido en nómina por parte de la AFP.

Entonces, el perjuicio puede ser el menoscabo patrimonial consistente en recibir una mesada pensional

inferior a la que habría obtenido de haber permanecido en el RSPMPD. Antes de ese momento, cualquier diferencia era una simple expectativa o hipótesis, mas no un perjuicio. En este escenario, el perjuicio no es hipotético ni eventual, sino que se materializa en la pérdida de una ventaja patrimonial concreta: la posibilidad de pensionarse en el RSPMPD.

Por tanto, el análisis judicial debe dirigirse a verificar si la omisión informativa fue determinante en la decisión de traslado y si, de haber existido la ilustración adecuada, el afiliado habría optado por el derecho a la pensión en el régimen de prima media.

Adicionalmente, en cada caso es indispensable tener en cuenta las variadas formas de reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS, a diferencia del método único de acceso definido en el RSPMPD, de modo que no pueden fijarse o establecerse parámetros generales que en forma mecánica se apliquen a la valoración de los perjuicios, pues cada caso ofrece particularidades que deben ser apreciadas.

Ahora bien, como el perjuicio surge cuando el afiliado obtiene el estatus de pensionado en el RAIS y es incluido en nómina, es a partir de ese instante en el que puede dimensionar con certeza las consecuencias de la afectación sufrida, reflejada en la imposibilidad de retrotraer su situación y retornar voluntariamente al RSPMPD o demandar la ineficacia de su traslado. Por ello, con esta decisión se precisa

que el término de *prescripción* para reclamar una indemnización de perjuicios solo empieza a contabilizarse a partir del momento en que el pensionado empezó a percibir la mesada pensional.

Finalmente, en lo que atañe a la carga de la prueba, recae sobre el demandante aportar los medios idóneos que acrediten la existencia del perjuicio alegado, pues no basta con argüir una afectación, sino que es necesario demostrar, mediante elementos objetivos, su consolidación.

#### **iv) Eximentes de responsabilidad**

Tal y como lo señaló la Corte en la sentencia CSJ SL1622- 2025, las AFP pueden eximirse de responsabilidad siempre que demuestren una causa extraña, esto es, el hecho exclusivo de la víctima, de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito.

Para ello, la referida providencia explicó la concurrencia de los elementos necesarios para que esto ocurra en los siguientes términos:

[...] debe tenerse presente que en ese hecho exclusivo (de un tercero o de la víctima) deben concurrir los elementos de toda causal de exoneración de responsabilidad, y estos son: la irresistibilidad, la imprevisibilidad y la exterioridad del hecho.

La irresistibilidad se da cuando no se tiene la oportunidad de evitar o superar los efectos del daño, es decir, que pese a cualquier esfuerzo, el daño era inevitable. En ese sentido, es necesario verificar que no existían medidas que permitían contener o eludir las consecuencias del resultado lesivo.

El elemento imprevisibilidad ocurre cuando el hecho dañoso fue repentino, súbito, razonablemente improbable o imposible de anticipar. Implica entonces determinar que, en condiciones normales, el hecho no haya sido lo suficientemente previsible para quien, atendiendo su papel específico en la actuación que origina el daño, lo advierta como probable.

Y el de exterioridad del hecho que significa que debe ser ajeno, extraño o completamente externo a la esfera jurídica de control o influencia de aquel contra quien se alega.

Además del supuesto vertido en aquella decisión, en la que se materializó el hecho exclusivo de la víctima por acceder a la pensión en el RAIS a pesar de conocer que en el RSPMPD sería de mayor valor, existen otra serie de comportamientos por parte del afiliado que constituyen un aprovechamiento intencional de las prerrogativas que ofrece el régimen de ahorro individual de pensiones, sin que tengan el objeto de mitigar la extensión del daño, por ejemplo:

*(i)* Cuando el afiliado se hace beneficiario de la garantía de pensión mínima prevista en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL1622-2025), pero solo en los eventos particulares en que el afiliado accedió al derecho con pleno conocimiento de que no podía causar la pensión de vejez en prima media al no tener las 1300 semanas de cotización.

*(ii)* En los escenarios en que el pensionado hizo uso del derecho a reclamar los excedentes de libre disponibilidad del artículo 85 de la Ley 100 de 1993.

*(iii)* En el supuesto de que el pensionado en el RAIS acceda de manera anticipada al derecho respecto de la edad prevista en el RSPMPD, pues en dichos eventos la AFP

inició el proceso de negociación, previa autorización del afiliado, del bono y los seguros necesarios para acceder a la pensión de vejez de que trata el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL1865-2025, SL715-2024, SL2188-2021).

En definitiva, por todo lo expuesto *ut-supra*, los cargos propuestos, que fueron objeto de análisis por la Sala, no salen avantes.

### **XIII. CARGO SEXTO**

Acusa la sentencia por la vía directa, bajo la modalidad de interpretación errónea de los artículos 2341 del Código Civil y 16 de la Ley 446 de 1998.

Sostiene que la finalidad del cargo es la casación parcial de la sentencia, para que en sede de instancia se *«imponga una condena coherente con el daño que ese juzgador dijo hallar demostrado: la pérdida de la oportunidad»*.

En razón a la vía acogida, guarda plena conformidad con los presupuestos fácticos que encontró acreditados el Tribunal, en especial *«la responsabilidad contractual de Porvenir y la existencia de un daño causado sobre la ‘chance’ del demandante para hacerse con una mejor mesada pensional.»*

Denuncia que los errores del fallador de alzada sobre este punto son estrictamente jurídicos, ya que debía imponer una condena que *«a la verdad resarce el daño consolidado*

*(existente o por existir) y no el daño sobre la expectativa de consolidación (inexistente, que no llegará a existir, pero que pudo haberlo hecho)».*

Trae a colación apartes jurisprudenciales de providencias de esta Sala y del Consejo de Estado para establecer los requisitos según los cuales la pérdida de oportunidad puede ser considerada como un daño resarcible, y concluye afirmando que, contrario a lo sostenido por el colegiado al calcular la pena sobre la diferencia entre la mesada pensional reconocida por Porvenir y aquella que se habría reconocido en el RPMPD, ha debido condenar al *«resarcimiento de la expectativa frustrada en la obtención de la pensión en el RPMPD (daño a la expectativa de consolidación)».*

#### **XIV. RÉPLICA**

Como se adujo en precedencia, Colpensiones se pronunció conjuntamente sobre los cargos planteados por la censura, pero no se opuso a ellos.

#### **XV. CONSIDERACIONES**

Al desarrollar la tesis de su decisión, el Tribunal sostuvo:

[...]De los argumentos contenidos en los precedentes citados es importante extraer 2 fundamentales en lo que refiere al daño: (i) No se puede establecer la existencia de un daño a partir de la forma en que se liquida la pensión de vejez en el RPM y el RAIS, puesto que dichos regímenes pensionales tienen un sustento

constitucional y se liquidan a partir de unos lineamientos legales y reglamentarios y (ii) no se puede concluir que existe un daño por la diferencia entre los valores pensionales, por cuanto estos pueden ser más beneficios en uno u otro régimen dependiendo de las circunstancias del pensionado, lo que implicaría que llegado el momento de la liquidación de la prestación la sola diferencia favorable en cualquiera de los dos regímenes sería prueba suficiente de la existencia de un daño.

Ahora, vale la pena agregar que en la sentencia radicado 05001310502120210013001, previamente reseñada, esta Sala indicó que el daño bien puede estudiarse a través de la tipología de la pérdida de oportunidad, pero para ello resulta necesario que para al momento del traslado se presenten elementos que con algún grado de certeza permitan establecer que existía una eventual diferencia en el valor de la pensión, (...)

(...)

Una vez valorados los anteriores aspectos, a juicio de la Sala se puede entrar a estimar lo relativo a si hubo un perjuicio con el menor monto de la pensión que habría obtenido el trabajador en el RPM de no haberse trasladado al RAIS, o al menos una pérdida de oportunidad de haber alcanzado un mayor monto de pensión de vejez en el RPM, debiéndose indemnizar.

De la aplicación de los presupuestos arriba mencionados a este caso objeto de análisis, la Sala afirma que sí existe un daño causado a la demandante, por las siguientes razones (...)

En ese orden de ideas, corresponde a la Corte determinar, si el Tribunal se equivocó al interpretar los preceptos por virtud de los cuales ha podido imponer la indemnización de la pérdida de la oportunidad, pese a reconocer que esa era la modalidad de daño que debía resarcirse y, no obstante, se condujo a confirmar una condena destinada a cubrir los perjuicios en una forma muy diferente.

Como se extrae de los apartados transcritos de la decisión de segunda instancia, el Tribunal optó por analizar la situación bajo la figura de una pérdida de oportunidad, sin

embargo, encontró estructurados cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, esto es, el daño, la culpa y nexo causal, haciendo claridad sobre el primer aspecto, que «*sí existe un daño causado*» y, seguidamente, se condujo a confirmar la decisión de primer grado que dispuso el pago de una pensión de vejez a cargo del RAIS en la totalidad de la mesada que le habría correspondido en el RSPMPD en forma vitalicia y transmisible a sus beneficiarios, pese a considerar que esa no sería la forma de resarcir el daño por cuanto «*dichos regímenes pensionales tienen un sustento constitucional y se liquidan a partir de unos lineamientos legales y reglamentarios*».

En principio, debe aquí precisarse que el estudio al que es convocada la Sala la conduce a adentrarse en el terreno de la responsabilidad de naturaleza civil en el mundo del derecho de la seguridad social, por lo que es dable acudir a otros estándares, como puede ser la tesis de la «*pérdida de oportunidad*». Lo anterior encuentra raigambre en que nuestro sistema de seguridad social se encuentra afincada en la figura de los «seguros previsionales» que no es otra cosa que el pago de una prima -*aportes pensionales*- para asegurar la cobertura de diferentes tipos de riesgos, entre ellos los de vejez invalidez y muerte. Por tanto, las discrepancias jurídicas surgidas como resultado de los perjuicios sufridos por los afiliados a los fondos de pensiones, al no haber recibido información adecuada o al no cumplirse las condiciones para pensionarse, especialmente en el traslado de regímenes, vienen a encontrar fundamento en los denominados «*daños previsionales*» que, sin lugar a duda,

atañen su competencia a la jurisdicción ordinaria laboral para conocer y dirimir este tipo de conflictos.

### **v) Pérdida de oportunidad como teoría de reparación del daño previsional**

Como se explicó en acápites precedentes, la responsabilidad previsional de las administradoras de fondos de pensiones en estos asuntos, propia del mundo del trabajo y de la seguridad social, refleja la dificultad de estimar la certeza del perjuicio y repararlo de forma integral según los términos exigidos por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Por ese motivo, los jueces están obligados a considerar categorías análogas de contenido netamente monetario, encontrándose que la respuesta idónea es la denominada teoría de la pérdida de probabilidad o pérdida de oportunidad.

En otras palabras, a pesar de que la conducta culposa de la AFP afectó el derecho del afiliado a su libre escogencia de régimen dentro del sistema, así como lo condujo a una situación consolidada -estatus de pensionado-, en la que su retorno al RAIS resulta improcedente por medio de la consecuencia jurídica de la ineficacia y por ello se frustró definitivamente su expectativa de acceder a una mesada pensional superior en el RSPMPD, lo cierto es que tal diferencia económica que se compara no depende de hechos consumados que se constatan con el paso del tiempo, pues aunque la pensión de vejez sea por naturaleza de tracto

sucesivo, está atada a sucesos futuros, inciertos y aleatorios que incidieron en el derecho causado y en el valor deficitario que se pretende mitigar.

Al respecto, la pérdida de oportunidad tuvo origen en los sistemas civiles ingleses (*lost of a chance of recovery*) y franceses (*perte d'une chance*), entendida precisamente como la opción que tiene la víctima de ser indemnizada ante la imposibilidad de obtener una ganancia o evitar un perjuicio real, producto del actuar culposo de un determinado agente.

En ese contexto, la pérdida de oportunidad se percibe como la «*frustración de la probabilidad de un suceso favorable*», el «*beneficio probable*», o el fracaso de la probabilidad de «*obtener una ganancia*».

Sobre la teoría en cuestión, la Sala de Casación Civil explicó en la sentencia CSJ SC456-2024 lo siguiente:

[...] existe un razonable juicio de posibilidad, relativo a la concreción futura de un resultado útil donde se combinan la certidumbre y la fluctuación, pero partiéndose de la base de que el afectado se hallaba en una posición de privilegio que le permitiría obtener un beneficio, y el actuar ilícito de otra persona le impide fructificar tal situación de prosperidad. De hecho, no escasean en la doctrina especializada ejemplos de esta nueva modalidad de daño. Piénsese, en la actuación del agente demandado en responsabilidad civil que con su proceder, impidió que alguien, habiéndose inscrito a un concurso o licitación y superado la mayoría de sus fases, por una indebida digitación o calificación, lo excluyó de la posibilidad de obtener el empleo o resultar adjudicatario del contrato; el deportista que con una trayectoria reconocida y después de haber obtenido distintos premios, es atropellado por un automotor en la proximidad de la última competencia donde se había perfilado como seguro ganador; el evento del descuido del abogado que no recurre una providencia con el propósito de que sea revocada; o de la persona que, por no recibir la información suficiente y pertinente, pierde

la oportunidad de resolver si adopta una decisión diferente de la que finalmente tomó frente a una negociación significativa, para solo mencionar, a título meramente enunciativo, algunos de los supuestos más frecuentemente citados por la literatura sobre la materia.

(Subrayado de la Sala).

En términos análogos, el Consejo de Estado en la providencia CE ST SA, 3 abr. 2013, rad. 52001-23-31-000-1999-00959-01, señaló las características constitutivas de la mentada teoría, así:

- (i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo -pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual-, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondiente;
- (ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

[...]

- (iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del

resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que “no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida”.

Para la Corte, esta modalidad de daño autónomo resulta armónica con escenarios como el presente, en los que se exhibe la existencia de una oportunidad que tuvo el afiliado de permanecer en el RSPMPD y obtener un valor superior en su mesada pensional, pero que, se itera, se vio frustrada por la omisión de la AFP de brindarle información y asesoría necesaria para tomar una decisión ajustada a sus intereses.

Aquí cobra notable incidencia lo previsto en la sentencia CSJ SL373-2021, referente a la comparación entre la prestación que recibe el afiliado en el RAIS y a la que pudo haber accedido en el RSPMPD, comoquiera que se trata precisamente de una estimación del beneficio dejado de obtener por la omisión de la AFP en sus deberes.

De todas formas, por ser tarifadas las prestaciones derivadas del RSPMPD, los perjuicios resultan cuantificables en términos estrictamente patrimoniales y se relacionan con la afectación de un interés jurídicamente tutelado, que consiste en la chance o posibilidad razonable de obtener un resultado favorable, pero que no se concretó por haberse producido un traslado carente de ilustración e información suficiente (CSJ SC, 1.º nov. 2013, rad. 26630-01).

Esto supone, además, que la procedencia de la pérdida de oportunidad no es automática, pues es necesario constatar la existencia de una probabilidad suficiente para conseguir el mencionado provecho, es decir, una expectativa legítima para la fecha en que se produjo el hecho dañino o traslado desinformado; y, además, que se produzca la imposibilidad definitiva de su logro.

En ese orden, lo que se repara es la probabilidad de haber permanecido en el RSPMPD y obtener una pensión más favorable que en el RAIS, motivo por el cual no resulta viable estimar una diferencia total entre ambos regímenes como si se tratara de un lucro cesante, ya que esa forma de indemnización desconoce, de una parte, la aleatoriedad de que el afiliado completara los requisitos para adquirir su prestación en el RSPMPD y definiera su valor para el momento del traslado; y, de otra, los supuestos que ocurrieron para acceder al respectivo derecho en el RAIS, determinados a su vez por acciones de cada persona y ajenas a la esfera de dominio de las AFP.

Dicho lo anterior, la Sala recoge el criterio adoptado en la sentencia CSJ SL3535-2021, así como cualquier otra que la reitere y sea afín, en la que se afirmó que a título de indemnización de perjuicios procede:

[...] 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.

Ahora bien, La suscitada aleatoriedad depende del azar o la suerte, a diferencia de la incertidumbre que se deriva de la falta de conocimiento sobre un hecho específico. Por eso, *todos los eventos aleatorios son inciertos, pero no todos los eventos inciertos son aleatorios.*

Lo anterior es determinante para entender que resulta incierto y aleatorio que un afiliado permaneciera en el RSPMPD y se hubiera pensionado por vejez, ya que su consecución dependía de múltiples situaciones causales futuras que escapan por completo de su dominio exclusivo, tales como alcanzar los requisitos de edad y semanas y no invalidarse en los términos que prevé la ley.

También se suma la posibilidad de que existan otro tipo de sucesos, como las reformas legislativas que alteren el sistema pensional en lo relativo a los requisitos para causar la pensión o liquidar la mesada y que suponen una disminución en el grado de certeza para la obtención de la pensión.

Por otro lado, en el caso del RAIS, el monto de la prestación depende de variables probabilísticas que son del resorte de las decisiones individuales del afiliado, las cuales son adoptadas a lo largo de la relación de afiliación y cotización, tales como: *(i)* la selección de régimen y, en particular, de la administradora pensional; *(ii)* la opción de multifondo de inversión, bien sea los de alto riesgo, moderado

o conservador; (iii) la rentabilidad conseguida por la administradora en el mercado de capitales y del comportamiento de la inflación que supone la pérdida del poder adquisitivo del dinero al momento de pensionarse; (iv) la selección de la modalidad de pensión; (v) la contratación de la aseguradora en la modalidad de renta vitalicia; (vi) el control de saldos de la cuenta de ahorro individual, así como la supervisión de la rentabilidad del capital; (vii) la edad inicial del pago de la pensión, y (viii) el desembolso de capital de la cuenta como excedente de libre disponibilidad, garantía de crédito o adquisición de vivienda, entre otros.

Mal podría entonces, se insiste, tener la diferencia entre mesadas como el valor total a indemnizar, cuando la obtención efectiva de la pensión no está garantizada por el solo hecho de que el afiliado cumpla con su deber de hacer aportes, sino que intervienen otros factores de carácter fortuito, personales y de orden legal que hacen del acceso a la prestación un resultado aleatorio, eventual y ligado a la incertidumbre.

Por eso la oportunidad pérdida del afiliado gravitaba únicamente en el campo de probabilidad legítima de alcanzar un cometido para el momento en el que el agente culposo – AFP- le produjo un daño representado en ese *«cercenamiento de su interés jurídicamente protegido de tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los regímenes pensionales del sistema de pensiones»*. (CSJ SL1622-2025)

Esto amerita, sin duda, ubicarse en el momento que se produjo el daño; es decir, en el instante del traslado y no en el del reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS, pues en el primero se produce el daño que se pretende reparar, el cual se mantiene entre la etapa de afiliación y solo se torna resarcible cuando la persona adquiere el estatus de pensionada del RAIS, esto es, se incluye en nómina de pensionados por parte de la AFP.

Por otra parte, también es cierto que la mesada obtenida en el RAIS y que se compara con la del RSPMPD, nunca tuvo un monto preestablecido y seguro cuando ocurrió el traslado, ya que estuvo determinada por el esfuerzo y ahorro de cada afiliado, sus decisiones personales, y distintos presupuestos como las tablas de mortalidad, la existencia de potenciales beneficiarios, la expectativa de vida de su grupo familiar o la volatilidad del mercado laboral. (CSJ SL1069-2023; CSJ SL5295-2021, CSJ SL5658-2021, CSJ SL 2686-2021, CSJ SL2512-2021)

Como lo ha dicho la Sala sobre ese particular aspecto, en el RAIS cobra especial incidencia la voluntad de cada afiliado al existir un componente normativo que los habilita para que puedan planear libremente la forma de acceder a su derecho pensional, en atención a la modalidad que más se ajuste a sus necesidades -artículo 79 de la Ley 100 de 1993 y Circular 013 de 2012- y siempre que cuenten con el capital suficiente para financiarla. (CSJ SL4343-2022)

Es así como el perjuicio calculado en la diferencia de las mesadas es eventual, apenas en el grado de probable, sin que sea posible valorarlo bajo la teoría de daño del *lucro cesante*; en contraposición, la *pérdida o frustración de la oportunidad* sí puede recibirse como un daño cierto y actual, en términos de la privación de obtener una ganancia cierta.

La chance frustrada en este *daño provisional* es real -no simplemente hipotética- y, por ende, resarcible. Además, deviene de la conducta lesiva de la AFP que puede ser imputada, con independencia del resultado final incierto y aleatorio de obtener determinado lucro, o de consolidar la adquisición de un bien jurídicamente protegido.

En suma, lo resarcible es la eliminación de la chance misma que comporta un desagravio patrimonial menor en comparación con el que correspondería otorgar cuando se restablecen daños de otra índole, que debe hacerse desde un criterio esencialmente prospectivo, en consideración de escenarios hipotéticos, esto es, la pérdida de oportunidad de acceder a la pensión del RSPMPD en mejores condiciones, no la pensión misma ni la diferencia integral de mesada.

Por último, las disposiciones normativas existentes no consagran una forma de indemnizar la pérdida de oportunidad, pero la Sala considera pertinente acudir a criterios de equidad, con apoyo en métodos estadísticos y matemáticos, en procura de calcular el daño autónomo ocasionado al afiliado y remediarlo integralmente.

El alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ofrece luces importantes sobre el particular en la sentencia CE ST SC, 28 oct. 2024, rad. 05-001-23-31-000-2011-00082-02, en la que manifiesta lo siguiente:

[...] vale la pena tener presente que, tal como esta Corporación lo ha señalado en oportunidades pasadas: “no existe un mandato legal relativo a la forma en la que se debe indemnizar la pérdida de oportunidad [...] Este reconocimiento, se insiste, surge de la dificultad de indemnizar con base en datos estadísticos o exactos de cuya prueba adolecen casos como el que aquí se examina, razón por la cual se acude al criterio de equidad, a fin de evitar condenas en abstracto, como ya lo ha hecho esta Subsección en casos de indemnización del perjuicio autónomo de la pérdida de oportunidad.

En un sentido similar se ha indicado:

“Indemnización de perjuicios

Toda vez que no obran en el expediente elementos probatorios que permitan establecer la cuantía del daño que por pérdida de oportunidad le fue causado a la parte demandante, la Sala acudirá al concepto de reparación integral contenido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, al igual que al principio *pro damnato*, aplicable al presente caso, al encontrarse acreditados los elementos necesarios para imponer a la entidad demandada la obligación de reparar el daño antijurídico irrogado, pero sin que hubiere sido factible recaudar, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el momento del perjuicio a indemnizar” (CE ST SA, 3 abr. 2013, rad. 52001-23-31-000-1999-00959-01).

En consonancia, y aplicando la orientación trazada por esta Corporación para casos de indemnización de la pérdida de oportunidad, encuentra la Sala ajustado al criterio de razonabilidad, apoyado en la equidad y con la búsqueda de una reparación integral del daño [...].

Realizadas las anteriores precisiones y concordadas con las tesis jurisprudenciales reseñadas, a efecto de resolver el cargo propuesto por la vía jurídica, debe tenerse en cuenta que no es objeto de discusión por esta senda, y así también lo acepta el casacionista, los hechos probados ante el juez de

segundo grado, en específico: *«la responsabilidad contractual de Porvenir y la existencia de un daño causado sobre la “chance” del demandante para hacerse con una mejor mesada pensional»*.

En efecto, lo que reprocha la recurrente, con argumentos estrictamente jurídicos, es que el juez de segundo grado, por sus errores hermenéuticos, hubiese confirmado una condena que se dirige a resarcir un daño consolidado «existente o por existir» y no el daño sobre la expectativa de consolidación «inexistente, que no llegará a existir, pero que pudo haberlo hecho».

De igual manera sostiene que dado que la pérdida de oportunidad como daño resarcible carece de normas específicas que la consagren o regulen, siendo aceptada en el ordenamiento jurídico por virtud de una construcción jurisprudencial, las normas que se incluyen en la proposición jurídica no son otras que las que disponen el deber de reparar el daño de forma general, específicamente aquellas a las que ha apelado el precedente de la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL373 de 2021.

En principio, debe aquí señalarse que el yerro que la censura le enrostra al Tribunal se funda en que para la procedencia de la indemnización de perjuicios por pérdida de oportunidad, era necesario que se analizaran los siguientes elementos: i) *«Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado»*; ii) *«Certeza de la existencia de una oportunidad»* y, iii) *«Pérdida definitiva de la oportunidad»*, presupuestos que

no fueron estudiados por el *ad quem* quien se limitó a confirmar la condena resarcitoria de la diferencia entre la mesada pensional reconocida por Porvenir y aquella que se habría reconocido en el RSPMPD (daño consolidado o por consolidarse, propio del lucro cesante), lo cual en su criterio resulta erróneo.

Por tanto, habrá que decirse que, en efecto, se equivocó el Tribunal al haber confirmado la decisión de primer grado que había dispuesto la condena a título de *«indemnización de perjuicios»*, por las razones que pasan a anotarse:

**1.** La condena impuesta y confirmada por el Tribunal, más que reconocer el valor de una diferencia entre la pensión reconocida por el RAIS y la que, de no haber mediado el traslado de régimen, hubiese podido ser reconocida en el RSPMPD, lo que en últimas hizo fue reliquidar la pensión del RAIS con las reglas previstas para el RSPMPD y, de esta forma, obtener una nueva pensión sujeta a las características de ser *«periódica, vitalicia, transmisible a sus beneficiarios e incrementable anualmente»*. Indudable que tal deducción jurídica es abiertamente improcedente dado que los dos regímenes pensionales son diferentes en su funcionamiento y en la forma en que se calculan las pensiones y, a su vez, son excluyentes, pues, de un lado, una persona no puede afiliarse a ambos al mismo tiempo y, de otro lado, un afiliado de un régimen no puede optar por una prestación en los términos y condiciones previstos en el otro régimen.

**2.-** Tampoco es de recibo por la Sala la afirmación del Tribunal cuando sostiene que verifica la existencia de un perjuicio «o al menos una pérdida de oportunidad de haber alcanzado un mayor monto de pensión de vejez en el RPM, debiéndose indemnizar» y, seguidamente, avala la condena impuesta por el Juez de primer grado cuya cuantificación se sustrae del análisis probabilístico que hace parte de esta figura jurídica como mecanismo de indemnización del daño.

**3.-** La indemnización por pérdida de oportunidad, en materia pensional, en esencia, deberá ser referida a la reparación de daños infligidos directamente a titulares de los derechos pensionales, los cuales no se corresponden con las prerrogativas de sus beneficiarios, pues, estos últimos no son objeto de un daño directo. La indemnización por pérdida de oportunidad se enfoca en el daño que se sufre por la frustración de una expectativa o la pérdida de una ganancia, no por la ausencia de la pensión, aspecto que sí podría ser objeto de extensión a los beneficiarios de un pensionado.

**4.-** En efecto, el censor luce acertado en afirmar que el daño que se debe reparar es la razonable probabilidad de obtener una ventaja, que no puede ser equivalente al monto exacto del provecho que la demandante aspiraba a obtener, en la medida en que su cuantificación dependerá de la mayor o menor probabilidad de alcanzar la oportunidad perdida.

Por las razones anotadas, dado su alcance subsidiario, sale avante el cargo, pero solo en lo que tiene que ver con la aplicación de la tesis de la pérdida de oportunidad como

causalidad y, su necesaria incidencia en la cuantificación del perjuicio. En tal sentido se casará parcialmente la sentencia confutada.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación, dada su prosperidad parcial.

## **XVI. SENTENCIA DE INSTANCIA**

En sede de instancia, corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S. A.

Con ocasión de la decisión adoptada en sede casacional, la Sala se concentra en el estudio de los argumentos relacionados con la forma de cuantificar el daño, la cual fuere impugnada de forma específica por parte de la AFP.

Aun cuando la aspiración de la alzada se dirige a la exoneración de cualquier tipo de condena en contra de la administradora por causa del daño ocasionado por el incumplimiento de los deberes de información, con la delimitación que la Sala hace al adoptar la decisión de prosperidad parcial del recurso, se revisará la cuantificación del perjuicio al cual fue condenada la AFP, por concepto de lucro cesante, consolidado y futuro haciéndolo consistir el pago del retroactivo causado por concepto de diferencia adeudada a la fecha de la sentencia de primer grado y el pago de la diferencia sumada al valor de la pensión reconocida de manera vitalicia constituida en una mayor pensión.

La Sala retoma la explicación que hizo en sede casacional sobre la pérdida de oportunidad para agregar que la supresión o frustración definitiva de la oportunidad cierta, real, concreta y existente de la obtención de un beneficio pensional más favorable de haber permanecido en el régimen público constituye un daño reparable en el ámbito de la responsabilidad, y se originó desde el mismo momento en el cual se produjo la omisión dañosa, sin que sea relevante la naturaleza -contractual o extracontractual-.

En la medida en que las prestaciones derivadas del sistema de seguridad social en pensiones son tarifadas en el régimen de prima media, los perjuicios son medibles en términos estrictamente patrimoniales, y conciernen a la destrucción de un interés tutelado por la ley, consistente en la «*chance*» sería, y de razonable probabilidad de concreción ulterior de no haberse presentado el traslado desprovisto de ilustración suficiente, y la ausencia de información posterior. (CSJ SC 1º nov. 2013, rad, 1994-26630-01).

En sentencia CSJ SC456-2024, también arriba citada, se explicó en detalle sobre la incidencia resarcitoria de la pérdida de oportunidad en los siguientes términos:

[...]Es claro, entonces, que si, como se señaló, una cosa es no percibir una ganancia y otra verse desprovisto de la posibilidad de obtenerla, el daño por pérdida de una oportunidad acaece sólo en frente de aquellas opciones revestidas de entidad suficiente que, consideradas en sí mismas, permitan colegir, por una parte, que son reales, verídicas, serias y actuales, reiterando aquí lo expresado por la Sala en el fallo precedentemente citado, y, por otra, idóneas para conseguir en verdad la utilidad esperada o para impedir la configuración de un detrimento para su titular, esto es, lo suficientemente fundadas como para que dé su

supresión pueda avizorarse la lesión que indefectiblemente ha de sufrir el afectado. Es decir, en compendio, debe tratarse de oportunidades razonables.

Por lo tanto, es indispensable precisar que la pérdida de cualquier oportunidad, expectativa o posibilidad no configura el daño que en el plano de la responsabilidad civil, ya sea contractual, ora extracontractual, es indemnizable. Cuando se trata de oportunidades débiles, incipientes, lejanas o frágiles, mal puede admitirse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de los acontecimientos, su frustración necesariamente vaya a desembocar en la afectación negativa del patrimonio o de otro tipo de intereses lícitos de la persona que contó con ellas.

Adicionalmente, por parte de la doctrina se indica que “debe exigirse que la víctima se encuentre en situación fáctica o jurídica idónea para aspirar a la obtención de esas ventajas al momento del evento dañoso” (...). Y en relación con este último aspecto, resulta pertinente acudir a la opinión de Geneviève Viney y Patrice Jourdain, quienes señalan que la oportunidad debe existir para el momento en el que se realiza la conducta antijurídica que se imputa al demandado, pues “cuando el demandante no ha intentado su oportunidad en el momento en el que sobreviene el hecho que le impide definitivamente hacerlo, debe, para obtener reparación del daño, demostrar que en dicho momento estaba en capacidad de aprovechar la oportunidad o estar a punto de poder lograrlo. Esta directiva permite excluir la reparación de esperanzas puramente eventuales que no están sustentadas en hechos acaecidos al momento de advenimiento del hecho dañino imputable al demandado (...). La exigencia del carácter real y serio de la oportunidad perdida constituye un correctivo eficaz contra los abusos eventuales de la teoría” (...).

Se impone, entonces, entrar a analizar si en este asunto concurren los elementos necesarios para establecer la existencia de la pérdida de oportunidad. (CSJ SC, 09 sep. 2010, rad. 2005-00103-01 y SC, 1 nov. 2013, rad. 1994-26630-01)

En primer lugar, la Sala reitera los aspectos señalados en la sede de casación, en cuanto a que en este caso quedó acreditado que la AFP Porvenir S. A. omitió su deber legal de suministrar información al demandante, de suerte que él

jamás tuvo la ilustración suficiente y oportuna acerca de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, infracción que se extendió hasta la fecha en la que el demandante cumplió los cincuenta y dos años de edad, data donde se le imposibilita el retorno al régimen de prima media con prestación definida, y que se prolongó hasta el momento en el que se reconoció la pensión en el de Ahorro Individual, pues en ninguno de estos episodios se le brindó al accionante la información suficiente para tomar las decisiones pensionales que más le convenían.

La orfandad en la información es una afirmación indefinida negativa, que invierte legalmente la carga de la prueba (art 167 inc. 4º CGP), luego, entonces, correspondía a la AFP acreditar que cumplió con la obligación legal que tenía frente a su posible afiliado, lo cual jamás hizo.

En segundo lugar, se acreditó un daño susceptible de ser resarcido, por la «*certeza de la existencia de una oportunidad*», que reside en la mutilación del derecho a seleccionar libremente el régimen en relación con su participación en el sistema de pensiones y que también se evidencia en la transgresión del derecho del afiliado a tomar decisiones informadas en materia pensional, lo cual se agrava cuando la diligencia de la AFP no es cumplida al mantener en un estado de incomprensión de las consecuencias -sean favorables o adversas- de continuar afiliado al RAIS y pensionarse en una u otra modalidad de dicho régimen, con el consecuente análisis de riesgos y

desventajas y su contraste con los beneficios y desventajas que puede tener en el RSPMPD.

En esas condiciones, la negligencia del fondo configura una culpa leve suficiente para establecer su incidencia causal con la aducida «*pérdida definitiva de la oportunidad*». Así, en el *sub judice* se demostró que, como consecuencia de la omisión culposa del fondo, el demandante vio frustrada de manera definitiva la posibilidad de pensionarse en mejores condiciones en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, lo cual se traduce en un daño cierto, serio y actual que, aunque se funde en una probabilidad y no en una certeza del resultado, ello no desvirtúa la presencia del daño, aun cuando el beneficio esperado pudiera no haberse materializado.

Demostrada la responsabilidad, se impone condenar al administrador privado de fondos de pensiones al pago de la indemnización con el fin de resarcir el perjuicio irrogado. El patrón cuantitativo debe definirse a partir de una reparación por equivalencia o propiamente indemnizatoria, por oposición a la reparación natural que implica volver las cosas al estado que tendrían si no hubiera ocurrido el hecho dañoso. Sin embargo, como la indemnización por pérdida de oportunidad parte del presupuesto de que lo resarcible es la eliminación de la «*chance*» misma, importa un desagravio patrimonial menor en comparación con el que correspondería otorgar cuando se resarcen daños de otra índole, por la «*Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado*».

En ese sentido, para la cuantificación resulta plausible aplicar el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 283 del CGP, lo cual permite observar los principios de reparación integral y equidad, así como los criterios técnicos actuariales, con consideración de las circunstancias específicas del caso con el fin de imponer una condena razonable. (CSJ SL373-2021, SC155-2023 y SC072-2025).

#### **vi) Metodología técnica de cuantificación y elementos sustanciales**

Llegado a este punto, surge la necesidad de concretar una metodología que permita sistematizar y tasar la compensación económica en procura de una reparación ajustada a la realidad de cada caso, con base en criterios de probabilidad y equidad, basada en datos objetivos.

En ese orden, la Sala adopta, acatando el principio que se debe a toda providencia judicial que imponga una condena a indemnizar un daño, una fórmula que permita establecer un parámetro objetivo para tasar el resarcimiento económico derivado de la pérdida de oportunidad. Para tal propósito, se empleará la siguiente fórmula, que fija el porcentaje de la «*probabilidad pensional*» que le asistía al demandante al momento del traslado de régimen, considerando que en este cálculo probabilístico resultan determinantes: (i) el número de semanas cotizadas al momento del traslado; (ii) el número de semanas mínimas requeridas para pensionarse; (iii) la

edad de la persona al momento del traslado, y (iv) la edad mínima exigida para acceder a la pensión.

En concreto, se plantea un paralelo entre lo ocurrido y aquello –condicional– que podría haber ocurrido si no se hubiese frustrado la oportunidad. Para tal propósito, se utilizará la siguiente fórmula, donde la indemnización esperada se calcula multiplicando tres componentes, así:

$$\text{Indemnización} = PP * (\text{MesadaRPM} - \text{MesadaRAIS}) * (\text{E} \text{Vaños} * 13)$$

**Primer Componente: (PP).** Es la probabilidad pensional y el resultado se expresa como un factor porcentual y se emplea exclusivamente para ponderar la chance frustrada, sin equipararla a la obtención cierta de la prestación que refleja la cercanía de la persona de cumplir las condiciones para pensionarse, a partir de la confluencia aritmética entre las semanas y la edad del o de la pensionada. El guarismo para calcular se basa en la siguiente ecuación:

$$PP = (0,5 * (S / 1300)^{05}) * 2^{[E - E_r] / 100}$$

### TABLA DE CONVENCIONES

<b>S =</b>	Número de semanas del afiliado al momento del traslado
<b>1300 =</b>	# de semanas mínimas requeridas para pensionarse
<b>E =</b>	Edad de la persona al momento del traslado
<b>E<sub>r</sub> =</b>	Edad mínima requerida para pensionarse (57 o 62)

<b>0,5 =</b>	La constante 0,5 (equivalente a un 50%) pondera, en condiciones proporcionales, la chance que tenían los afiliados al sistema de obtener la pensión de vejez en uno de los dos regímenes legales que la consagran (RSPMPD y RAIS).
<b>(S/1300)<sup>0,5</sup> =</b>	Conjunto que mide el efecto de las semanas cotizadas. Al dividir por 1.300 ubica las semanas en una escala de oportunidad de cara a la posibilidad real de pensionarse en el RSPMPD. El exponente 0,5 hace que la densidad de semanas equilibre la PP respecto de la edad.
<b>(2<sup>- E-ER /100</sup>) =</b>	Conjunto que tiene en cuenta la edad del o la afiliada para el momento del paso de régimen respecto de la mínima requerida en el RSPMPD, de suerte que, si el traslado ocurrió a una edad más próxima a la fijada como requisito mínimo, aumenta el porcentaje de probabilidad pensional.

**Segundo Componente: (MesadaRPM – MesadaRAIS)**

Este componente dentro de la fórmula resarcitoria es y se entiende como la diferencia mensual entre la mesada que resultaría en el RSPMPD respecto de la que se recibe en el RAIS, que estima el disvalor periódico.

**Tercer Componente: (E<sub>V</sub>años\*13)** Este factor convierte el tiempo en número real de pagos: se toma la expectativa de vida (Resolución 1555 de 2010), expresada en años y se multiplica por 13, que corresponde a las que el sistema reconoce al año.

Esta forma ofrece: *i*) transparencia, porque cada elemento es visible y comprobable: la brecha nominal, el número de mesadas que realmente se pagan por año y el porcentaje PP que nace de la situación de la persona frente a los dos regímenes y, *ii*) proporcionalidad, porque el resultado no asume certezas en la cuantificación del daño, pues convierte la diferencia económica en un valor esperado,

donde la mitad inicial (0,5) refleja la coexistencia de dos regímenes y los otros factores se ajustan aritméticamente según la trayectoria de cotización y la cercanía a la edad.

Para aplicarla en la práctica, el orden será: *i)* obtener la PP con las semanas y las edades; *ii)* calcular la diferencia mensual entre mesadas, *iii)* convertir la expectativa de vida en número de mesadas multiplicando por trece y, *iv)* factorizar los tres resultados. El número final es la indemnización, expresada en la misma moneda de las mesadas.

Trasladando a la fórmula la información requerida que corresponde al demandante vamos a obtener una probabilidad pensional del 29.49% que viene a ser el daño previsional por pérdida de oportunidad, siendo este porcentaje de la probabilidad perdida lo que servirá como medida para la reparación de los perjuicios que se hayan causado, conforme a la siguiente tabla

<b>FÓRMULA PROBALIDAD PENSIONAL (PP)</b>	
<b><math>PP = (0,5*(S/1300)^{05})*2^{[E-Er]/100}</math></b>	
S = # de semanas del afiliado al momento del traslado	<b>657,71</b>
1300 = # de semanas mínimas requeridas para pensionarse	<b>1300</b>
E = Edad del afiliado al momento del traslado	<b>35</b>
Er = Edad mínima requerida por la ley para pensionarse	<b>62</b>
<b>PROBALIDAD PENSIONAL (PP)</b>	<b>29,49%</b>

El porcentaje de probabilidad pensional encontrado deberá ser aplicado a la diferencia pensional surgida con ocasión del contraste del valor de la pensión reconocida en el

RAIS y el valor de la mesada que le pudo haber correspondido en el RSPMPD, procediendo la Sala, en esta sede de instancia a recalcular esta última en razón a que la liquidación efectuada por el *a quo* fue controvertida por la apelante al considerarla a más de errada, el producto oficioso de la juez de primer grado. La aludida liquidación se efectúa dando aplicación a la fórmula señalada en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10.º de la Ley 797 de 2003, bajo las siguientes premisas fácticas: *i)* el demandante cumplió sesenta y dos de edad el 01 de enero de 2021, según la copia de la cédula de ciudadanía incorporada en el expediente; *ii)* reporta 1.993 semanas cotizadas, con corte al 6 de julio de 2021; *iii)* tiene un Ingreso Base de Liquidación de \$2.092.811,86 que corresponde a 2,30 smlmv; *iv)* con el caudal de semanas contabilizadas, se genera una tasa de reemplazo inicial de 64,35% y con base en las 693 semanas adicionales a las 1.300 de base, el porcentaje se incrementa en un 19,50% para una tasa final del 80%.

En contraste, la pensión que le fue reconocida al demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad para julio de 2021 equivale a \$908.526 que corresponde al salario mínimo legal mensual vigente para dicha anualidad; entre tanto, el valor de pensión que se frustró su obtención en el RSPMPD es de \$1.674.249,00 de suerte que el valor de la diferencia pensional entre la mesada inicial reconocida en el RAIS y la proyectada en el RPMPD es de \$765.723,00

Valor de la mesada probable en el RSPMPD - 2021	\$1.674.249,00
Valor de la mesada reconocida en el RAIS - 2021	\$908.526,00
<b>Valor diferencia entre las pensiones</b>	<b>\$765.723,00</b>

Para establecer el período indemnizable se toma en cuenta los siguientes elementos: *i)* fecha de nacimiento del demandante, *ii)* fecha de inicio de estatus de pensionado (F.E.P.) en el R.A.I.S.; *iii)* edad del demandante a F.E.P.; *iv)* expectativa de vida en años de recurrente a F.E.P.; *v)* cantidad de pagos por cada vigencia anual y, *vi)* monto del menor valor de mesada pensional a F.E.P. (el establecimiento de la vida probable del demandante pensional se hará con sujeción a las Tablas Superintendencia Financiera - Resolución n.º 1555 de 2010)

<b>ASPECTOS A TENER EN CUENTA PARA ESTABLECER LA INCIDENCIA FUTURA DEL MENOR VALOR DE MESADA PENSIONAL CONCEDIDA EN R.A.I.S. FRENTE A LA CORRESPONDIENTE AL R.S.P.M.P.D. SEGÚN LA EXPECTATIVA DE VIDA DEL RECURRENTE</b>	<b>VALOR</b>
Fecha de nacimiento del demandante:	01/01/1959
Fecha de inicio de estatus de pensionado en R.A.I.S. (F.E.P.)	07/06/2021
Edad de recurrente a la F.E.P.	62
Expectativa de vida en años de recurrente a la F.E.P.	21,3
Cantidad de pagos por cada vigencia anual	13
Monto de menor valor de mesada pensional a la F.E.P.	\$765.723,00
Valor Total de Diferencia Consolidada	<b>\$212.028.699</b>

Al valor consolidado de la diferencia encontrada se aplicará el porcentaje de probabilidad pensional truncada del 29.49%, que viene a ser el daño previsional por pérdida de oportunidad, a efecto de estimar el valor de la reparación de los perjuicios causados que, en el presente caso asciende a la suma de **\$62.527.263,00.**

<b>VALOR INDEMNIZACIÓN (V. I.)</b>	<b>\$212.028.699 X 29.49%</b>
<b>V. I.</b>	<b>\$62.527.263,00</b>

En consecuencia, y con el propósito de dotar de objetividad y verificabilidad la tasación del resarcimiento por pérdida de oportunidad, la Sala adopta la metodología descrita, según la cual la indemnización se obtiene como un valor esperado que resulta de multiplicar tres componentes: *i)* la probabilidad pensional (PP), calculada a partir de la densidad de semanas cotizadas al momento del traslado y de la cercanía a la edad mínima legal de pensión; *ii)* la brecha mensual entre la mesada que habría correspondido en el Régimen de Prima Media y la efectivamente reconocida en el Régimen de Ahorro Individual; y *iii)* el número estimado de mesadas a pagar durante la expectativa de vida, expresada en años y convertida a periodos mediante su multiplicación por trece. De esta manera, la reparación no se confunde con el hipotético lucro cesante, pues no parte de una certeza sobre la ocurrencia del resultado frustrado, sino que pondera la chance suprimida en función de variables objetivas del caso y de un procedimiento de cálculo transparente y reproducible.

Ahora, como se dijo en sede casacional, la cuantía del perjuicio o de las consecuencias económicas del daño en estas acciones indemnizatorias se sufraga en una suma única y, al hacer parte de la reparación en materia de seguridad social, su naturaleza es particular e individual, por lo que no es transmisible a terceros y es susceptible de

analizarse su prescripción, contabilizada a partir del momento en el cual se materializó el reconocimiento pensional y, por ende, se concretó el perjuicio generado por el daño irrogado; aunque en el *sub lite* no transcurrió el término trienal para que sea procedente su estudio de fondo, así como tampoco fue objeto de reparo en la alzada.

En consecuencia, se modificará el numeral segundo de la sentencia de primer grado, y en su lugar se condenará a Porvenir S. A. a pagar al demandante Bertulfo Hernán Montoya Álvarez la indemnización total por perjuicios a título de pérdida de oportunidad por el incumplimiento del deber legal de información en la suma de sesenta y dos millones quinientos veintisiete mil doscientos sesenta y tres pesos m/cte. **(\$62.527.263,00)** valor que deberá ser indexado al momento de su pago efectivo. Se aclara que no habrá descuento alguno por concepto de aportes en salud, al no ser una mesada pensional o un pago diferencial, sino una indemnización de perjuicios, como fue suplicado subsidiariamente en la demanda.

Sin costas en esta instancia, las de primera, tal y como las condenó el *a quo*.

## **XVII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia que la Sala Segunda de

Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín profirió el veintiocho (28) de junio de dos mil veinticuatro (2024), en el proceso que **BERTULFO HERNÁN MONTOYA ÁLVAREZ** promueve en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, solo en lo que tiene que ver con la aplicación de la tesis de la pérdida de oportunidad como causalidad y su necesaria incidencia en la cuantificación del perjuicio.

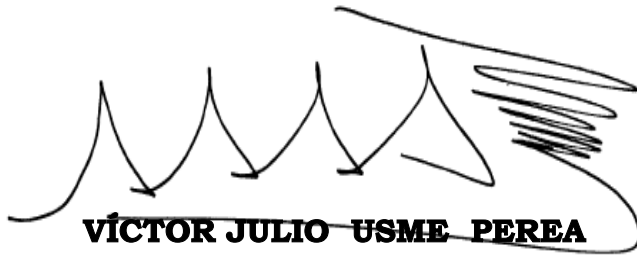
En sede de instancia, se **MODIFICA** el numeral segundo de la sentencia proferida el 31 de enero de 2024 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, el cual quedará de la siguiente forma:

**SEGUNDO: CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**. a pagar al demandante **BERTULFO HERNÁN MONTOYA ÁLVAREZ** la indemnización total por perjuicios, a título de pérdida de oportunidad, por el incumplimiento del deber legal de información, que asciende a la suma de sesenta y dos millones quinientos veintisiete mil doscientos sesenta y tres pesos m/cte. **(\$62.527.263,00)** valor que deberá ser indexado al momento de su pago efectivo, sin descuento alguno por concepto de aportes en salud.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Firmado electrónicamente por:



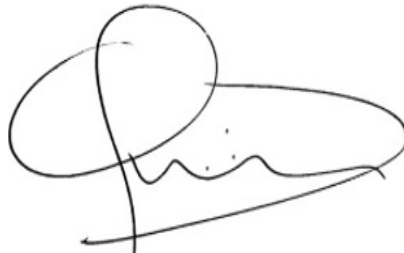
**VÍCTOR JULIO USME PEREA**

Presidente de la Sala  
Aclaración de voto



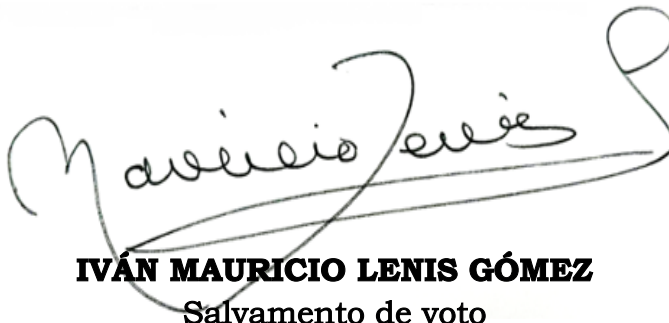
**JUAN CARLOS ESPELETA SÁNCHEZ**

Aclaración de voto



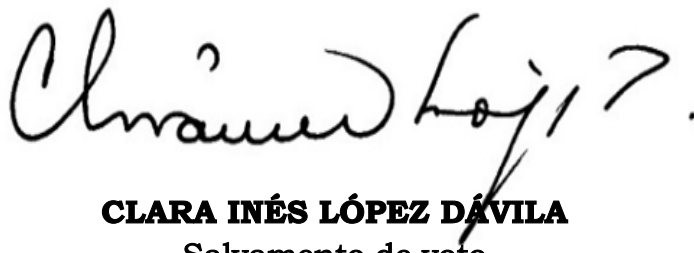
**LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ**

Aclaración de voto



**IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ**

Salvamento de voto



**CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**

Salvamento de voto



**OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR**  
Aclaración de voto



**MARJORIE ZÚÑIGA ROMERO**  
Aclaración de voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: F60B81628D4A6D680CC408B74C00034B48B136A2B7D7121B34F72D7E0F514672

Documento generado en 2026-04-09



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Laboral

## **SALVAMENTO DE VOTO**

**Demandante:** Bertulfo Hernán Montoya Álvarez

**Demandados:** Porvenir SA y Colpensiones

**Radicación:** 05001-31-05-012-2022-00433-01

**Magistrado Ponente:** Juan Carlos Espeleta Sánchez

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala y como lo expresé en la sesión en la que se debatió este asunto, manifiesto que salvo mi voto en este asunto, por las razones que expongo a continuación.

En la decisión, de la cual me aparto, en síntesis, se plantea lo siguiente: (1) que la responsabilidad de las Administradoras de Fondos Privados de Pensiones - AFP por el incumplimiento de la obligación legal de suministrar información en el traslado es *previsional* y, en consecuencia, el daño que ello ocasiona en esa época también tiene ese carácter; (2) pese a que afirma que reitera la decisión SL1622-2025, en realidad la modifica en varios de sus contenidos esenciales a fin de argumentar la indemnización a partir de la teoría de la pérdida de la oportunidad, con lo cual ofrece un entendimiento de los elementos de la responsabilidad diferente al que se había establecido en aquella providencia y en particular sobre la comprensión e identificación del daño que se resarce, de modo que se genera cierta confusión en cuanto a la identificación del daño y perjuicio resarcible, y el nexo causal que debe establecerse en estos casos; y se agregan eximentes de responsabilidad como supuestos objetivos de exclusión.

Y en el anterior contexto, (3) se precisa que la reparación del daño no es *in natura* sino por *equivalencia*; (4) se establece una fórmula indemnizatoria, que pese a utilizar datos específicos del caso, termina minorizando el perjuicio ocasionado, o lo desconoce, pues lo reemplaza por las expectativas pensionales – probables– al momento del traslado, de modo que no corresponde con la conducta lesiva ni con la regla ineludible que enseña que lo que debe repararse es la afectación cierta y no las probabilidades de aparición del perjuicio, y (5) se reitera que este tipo de acción indemnizatoria prescribe.

Pues bien, con el respeto por las consideraciones y las reflexiones de la mayoría de la Sala, advierto varias inconsistencias en los argumentos que se plantean para respaldar dichas premisas, dado que a mi juicio: (1) la responsabilidad y el daño no tienen naturaleza previsional; (2) al tener un visión diferente en relación con el análisis conjunto de los elementos de la responsabilidad, considero que sí puede establecerse un nexo causal entre el perjuicio que se materializa en el momento del reconocimiento pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, como una consecuencia *directa y previsible* del daño que se produce inicialmente en el momento del traslado de régimen pensional; (3) no es pertinente establecer en este tipo de asuntos que el daño se repara por *equivalencia* a partir de la teoría de la pérdida de la oportunidad, y aplicada con criterios rígidos, y (4) conforme a una nueva revisión del tema, estimo que la acción indemnizatoria en estos asuntos es imprescriptible.

Para explicar lo anterior, expongo mis argumentos en los siguientes puntos.

**(1) Naturaleza jurídica de la responsabilidad de la AFP por el incumplimiento de la obligación de suministrar**

## **información al momento del traslado de régimen pensional**

En la reciente sentencia CSJ SL1622-2025, la Sala indicó que conforme al artículo 4.º del Decreto 656 de 1994 y 10 del Decreto 720 de 1994 «*existe una cláusula de responsabilidad legal y especial de las AFP, que el legislador previó como una exigencia general de respeto y conservación de la esfera de los intereses de los afiliados y pensionados al sistema de seguridad social en pensiones*»; y que si se pretende una indemnización por el incumplimiento de esa responsabilidad, es necesario que concurren los siguientes elementos: (i) una conducta culposa de la AFP; (ii) un daño reparable y (iii) un nexo de causalidad entre ambos.

En la presente decisión se indicó que también esa responsabilidad es *previsional* y, por esta vía, jalona al daño analizado en este caso hacia esa misma naturaleza. En mi opinión, tal agregado es impertinente e impreciso.

En efecto, considero que se pasó desapercibido, por definición o por lo general, si una responsabilidad es *previsional*, su carácter es esencialmente objetiva. Esto significa que configurado el hecho asegurado –*la muerte, la enfermedad, la invalidez, la vejez, el desempleo, la maternidad etc.*–, se activa *objetivamente* la función de protección social del riesgo a través de la prestación que legalmente se determine, de modo que la entidad de seguridad social está obligada a reconocerla y para el efecto no tienen que valorarse aspectos como la conducta del afiliado o de la entidad misma; y menos la existencia de un daño y un nexo causal, pues si de esto dependiera, la responsabilidad no sería objetiva sino subjetiva.

Esa exclusión de valoraciones subjetivas implicaría que si una entidad incumple sus responsabilidades previsionales, lo que procedería sería exigir su acatamiento objetivo o *in natura* (*recalcular la pensión y reajustarla, conceder el derecho pensional negado y resarcido económicamente –actualizado o con intereses moratorios–, revertir un acto administrativo, validar semanas no reconocidas, etc.*); e incluso, con financiación a cargo del sistema pensional, precisamente porque se asumiría que se ha debido *prever o anticipar* los mecanismos para su financiamiento, acorde con la naturaleza previsional de la prestación.

Si ello es así, también lo es que la reparación por equivalencia *–que es la que se aplica en este caso–*, no es propia de las responsabilidades previsionales, pues no es admisible que una entidad otorgue un valor *equivalente* al que legal y objetivamente está obligado a garantizar.

Y es que bajo la tesis de una responsabilidad previsional, si se demostrara que el incumplimiento de la obligación legal de suministrar información al momento del traslado de régimen pensional cercenó el interés jurídicamente protegido del afiliado de tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los regímenes del sistema de pensiones y ello generó un perjuicio patrimonial al momento de pensionarse por vejez, para reestablecerlo bastaría demostrar la afectación del derecho previsional (la pensión de vejez en el RAIS) comparada con la que se obtendría en el RPMPD, sin necesidad de valorar, por tanto, si la AFP actuó con culpa en esa operación ni su vínculo causal con el daño.

Pero esa aplicación de la ley, desde luego, sería antijurídica en el marco de la presunción de legalidad del sistema dual de pensiones, de ahí que obligatoriamente deban concurrir y analizarse los elementos de la responsabilidad.

En otros términos, la responsabilidad de la AFP de resarcir los perjuicios patrimoniales que puedan generarse en el momento del reconocimiento de la pensión de vejez no es objetiva, pues el daño y el perjuicio que genera debe ser imputable jurídicamente a su eventual conducta culposa (*nexo causal*); y es justamente por esta razón que en ese caso la reparación, a diferencia de una responsabilidad típicamente previsional, se carga a los propios recursos de la entidad negligente y no al sistema de pensiones.

Si nos remontamos al origen institucional y conceptual de la seguridad social, advertiríamos que desde hace tiempo el Estado colombiano, de una protección limitada de riesgos sociales asociados a daños, avanzó a una más amplia que incluyó contingencias de diversa índole, independientemente de que causen o no un daño concreto o de que sean imputables jurídicamente a un agente.

Por ello, considero que es conceptualmente problemático asociar con la naturaleza de *previsional* un daño que se repara bajo la teoría de la responsabilidad subjetiva.

Y no puedo pasar desapercibido que en esta decisión se afirma que «(...) *el estudio al que es convocada la Sala la conduce a adentrarse en el terreno de la responsabilidad de naturaleza civil en el mundo del derecho de la seguridad social*». Nótese como, al fin y al cabo, la sentencia reconoce que la naturaleza de la responsabilidad de la AFP en estos casos es de naturaleza civil, precisamente porque es indiscutible que esta aparece cuando la entidad pensional causa un daño antijurídico que, por supuesto, no se agota o no se resarce con el mero cumplimiento de las obligaciones previsionales a su cargo y que son propias del sistema pensional, como lo expliqué.

También se refiere a que *«se trata de una clase de daño especial, en la medida en que únicamente procede frente al entonces afiliado, hoy pensionado, pero en el componente económico prestacional y no asistencial»*. Este párrafo, al igual que el anterior, desconoce que el daño que debería resarcirse en estos eventos no deriva de una irregularidad en el reconocimiento prestacional en el RAIS.

Lo que ocurre es que al comparar la pensión del RAIS con la que hubiese obtenido el afiliado en el RPMPD, eventualmente puede advertirse un perjuicio en la diferencia pensional entre una y otra prestación, situación a la que seguramente no habría llegado el afiliado de haber recibido la información debida. Adviértase entonces la diferencia sustancial, toda vez que el *componente prestacional* que destaca la decisión queda idéntico, pues el sistema continúa reconociendo la misma pensión; esto es muy distinto a que sea del cargo de los recursos de la AFP la reparación integral del daño, lo cual, insisto, descarta su naturaleza previsional.

Y aunque la decisión busca plantear que la responsabilidad previsional es *«una categoría distinta y excluyente a los modelos tradicionales -contractual y extracontractual-, propios de las relaciones civiles (CSJ SL, 2 jul. 2008, rad. 31566), y obedece a una forma legal y especial, orientada a preservar la integridad del sistema y la efectividad del derecho pensional del afiliado»*, al final termina aplicando el marco normativo y elementos de la responsabilidad civil, como tradicionalmente lo ha hecho la Sala al resolver sobre indemnizaciones de perjuicios, siempre bajo la premisa de diferenciarla con la responsabilidad objetiva.

Debo precisar que, en todo caso, si bien la obligación de suministrar información al momento del traslado de régimen pensional que tienen las AFP está inserta en el marco de sus

responsabilidades y de ello depende la correcta gestión de la afiliación, la única consecuencia objetiva que acarrea su incumplimiento es la ineficacia de ese acto jurídico, para lo cual no se requieren hacer valoraciones subjetivas respecto de la conducta de la AFP, tal y como de forma reiterada lo ha precisado la Sala al excluir de dicho análisis, por ejemplo, la determinación de vicios del consentimiento del afiliado, los actos de relacionamiento o los eximentes de responsabilidad.

Y analizada desde la perspectiva de sus consecuencias, la novedosa y llamativa referencia a que la responsabilidad de la AFP en estos asuntos es previsional, no podría configurarse como un mecanismo para alivianar el hecho de que se trata de una verdadera cláusula de responsabilidad legal y especial que el legislador previó como una exigencia general de respeto y conservación de la esfera de los intereses de los afiliados y pensionados al sistema de seguridad social en pensiones.

Llamo la atención en lo anterior, pues una cláusula de ese tipo, como la configuró el legislador, implica entender que se fijó más allá de las obligaciones previsionales, para que en los casos en los que las administradoras de pensiones lesionen esos intereses y les generen perjuicios a los usuarios del sistema, estos tengan la posibilidad de requerir su reparación integral y no solo su *equivalente*; por supuesto, siempre que concurren los referidos elementos propios de la estructura de la responsabilidad civil.

## **(2) Alcance de los elementos que configuran la responsabilidad de la AFP**

En cuanto a la definición que la Sala planteó de los elementos de la responsabilidad, comparto en general las reflexiones que se hicieron respecto de la culpa de la AFP en el

incumplimiento de la obligación legal de suministrar información en el momento del traslado de régimen pensional, pero discrepo del entendimiento que se le dio al daño–perjuicio– y al nexo causal. Me explico.

### **(2.1) Daño –perjuicio–**

Como se indicó en la sentencia SL1622-2025, en este asunto el daño se genera desde el momento en que se omite dar información previa al traslado de régimen pensional, dado que es cuando la AFP *«afecta un bien o interés que goza de protección legal y constitucional»*, que en este caso es el que le asiste a toda persona *«de tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los regímenes pensionales del sistema de pensiones»*.

A su vez, bajo la teoría del *daño-consecuencia*, el perjuicio que dicho daño provoca se manifiesta o concreta, por regla general, en el reconocimiento pensional, dado que es cuando de manera definitiva pueden advertirse las consecuencias patrimoniales de la desinformación, representadas fundamentalmente en las eventuales diferencias pensionales que puedan surgir de la pensión de vejez reconocida en el RAIS y la que se hubiera obtenido en el RPMPD.

En este asunto en concreto, advierto que si bien en la decisión inicialmente se reitera que en este caso *«el daño se produce en el momento en que se realiza el traslado y se mantiene durante la relación jurídica de afiliación (CSJ SL1622-2025), pero solo es resarcible cuando genere consecuencias patrimoniales»*, posteriormente este planteamiento sufre una rotura, pues se categoriza el daño como una *pérdida de oportunidad* de acceder a una pensión más favorable en el RPMPD, que solo ocurre definitivamente en el reconocimiento pensional en el RAIS; etapa

en el que el daño «*se aprecia en toda su magnitud*», pues la persona «*perdió la posibilidad de su reparación in natura - ineficacia del traslado-*».

En otros términos, el daño inicialmente se ubica en la lesión que sufre la persona al haberse trasladado de régimen sin la información debida y, luego, se refiere que en realidad la afectación *se aprecia en toda su magnitud* en el reconocimiento pensional en el RAIS, lo que configura un *supuesto daño autónomo por pérdida de la oportunidad*.

Lo anterior, entonces, ubica indistintamente el daño en el primer hito histórico –*el traslado de régimen pensional*–, cuando se incumple el deber de información, y en aquel posterior, cuando se advierten diferencias pensionales.

Lo que llama la atención es que con este planteamiento la certeza del daño –perjuicio– queda diluida en una ambigüedad fáctica que en realidad obedece a una diferencia conceptual entre la *verificación objetiva* del perjuicio que genera el daño –certeza–, con una discusión distinta relativa a su cuantificación e indemnización.

La certeza del daño hace referencia a la prueba de su existencia en un momento dado, esto es, lo que responde al interrogante ¿cuándo nace el daño? Esto es independiente de que en el momento en el que el daño ocurra se pueda o no establecer su extensión o cuantía –perjuicios resarcibles–, o lo que es igual, que se pueda o no resarcir en una forma determinada, pues los perjuicios que provocará bien pueden aparecer después y, desde luego, debe ser previsible que ello ocurra.

Así, una cosa es la prueba de la existencia del daño, y otra la prueba de sus efectos nocivos o la cuantificación de los perjuicios sufridos como consecuencia de la acción lesiva.

Si como se admite en la decisión, en el traslado desinformado ocurre el daño, pero la pérdida definitiva de la oportunidad de pensionarse en el RPMPD se da con el reconocimiento pensional en el RAIS, es evidente la duda que se siembra respecto a la identificación y certeza del daño y su consecuente perjuicio.

Y ello, reitero, reafirma la sensación de que se oscila entre varios tipos de daños o perjuicios sin conocerse a ciencia cierta qué se está resarcido.

Nótese además que si se asume que el daño es la *pérdida de la oportunidad de pensionarse en el RPMPD* que en la decisión se advierte al momento del reconocimiento pensional en el RAIS, y que esta es causada por el traslado desinformado, aquella sería entonces una *consecuencia* –un perjuicio– de este y no un daño autónomo en los términos que se plantea en la decisión.

## **(2.2) Nexos causales entre el daño y la conducta culpable**

En la decisión de la cual me aparto, la Sala reitera la definición del nexo causal plasmada en la sentencia CSJ SL1622-2025, pues para su análisis refiere la causalidad fáctica y jurídica, e incluso destaca la relación causal que debe existir entre el incumplimiento del deber legal de información al momento del traslado de régimen pensional, el correlativo daño al bien jurídico del afiliado que esto ocasiona y la previsibilidad de un resultado lesivo consecuencial a falta precisamente de tal información cuando se reconoce la prestación en el RAIS o se incluye en nómina de pensionados del RAIS, momento en el cual

es posible advertir las consecuencias negativas definitivas para el afiliado, esto es, se establece un perjuicio.

Sin embargo, dicha reiteración es solo aparente, pues aunque reconoce que el daño ocurre con el traslado desinformado, lo relaciona *causalmente con una pérdida de oportunidad* que solo se da con el reconocimiento pensional en el RAIS.

Así, se varía el entendimiento del nexo causal entre el daño ocasionado y la conducta culposa de la AFP, al no considerar en principio o en un primer ejercicio, que las diferencias entre la pensión de vejez que se reconoce en el RAIS y la que se obtendría en el RPMPD, como perjuicio cierto, son una consecuencia nociva del traslado desinformado. Con ello se desconoce que los efectos de la culpa de la AFP a raíz del traslado desinformado –y por tanto del daño causado– permanecen en el tiempo hasta el momento en que se otorga la prestación pensional, momento en el que ocurre objetivamente la afectación definitiva y verificable en las diferencias pensionales.

Es decir, en la decisión en realidad no se vincula el daño que se identifica en el momento del traslado de régimen pensional (*afectación del derecho a tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los regímenes pensionales del sistema de pensiones*) con las diferencias que en el momento del reconocimiento pensional se advierten con certeza, pero que antes de este hito, según lo dicho en la providencia, eran *«una simple expectativa o hipótesis, mas no una afectación patrimonial»*.

Dicho de forma muy sencilla, en el fondo, implícitamente en la decisión se está afirmando –contradictoriamente– que no existe una relación de causa–efecto entre el traslado desinformado y las

diferencias pensionales, y por ello acude a la teoría de la pérdida de la oportunidad.

Precisamente, contrario a ello, en la sentencia SL1622-2025, la Sala indicó y había reiterado conforme a su línea jurisprudencial vigente que:

(...) si bien al momento del traslado de régimen pensional no se conoce la situación pensional futura del afiliado, en ese plano histórico sí es posible informar sobre: los rasgos más distintivos de los regímenes pensionales existentes, sus características, las consecuencias tanto positivas como negativas de pensionarse en una u otra modalidad del RAIS; la exigencia del capital requerido para financiar una pensión en este modelo individual y su comparación con el RPMPD; los riesgos financieros que se asumen en el RAIS en conexión con las posibilidades de que la mesada pensional se mantenga en el tiempo o incluso se reduzca según la modalidad elegida; y en general las demás especificidades propias del RAIS, como las ventajas de capitalización que ofrecen los excedentes de libre disponibilidad, entre otras.

En aquella providencia se destacó que el cumplimiento de la obligación legal de suministrar información que ocurre en el traslado de régimen «*también está en relación con la previsibilidad de un resultado lesivo al momento en que se accede a una pensión de vejez en el RAIS*», representado en las diferencias pensionales referidas.

En esa perspectiva, si bien para el momento del traslado efectivamente es imposible que la AFP anticipara la situación futura del afiliado y pudiera conocer en detalle o si ocurriría la afectación patrimonial que se concreta en el reconocimiento pensional, si esto se materializa, sería una evidente y previsible consecuencia del daño identificado, pues la desinformación en el traslado de régimen pensional es una condición *sine qua non* de las consecuencias adversas que por esa falta de información se generen; y con mayor énfasis, si el incumplimiento del referido deber persiste aún al momento de dicho reconocimiento pensional.

En otros términos, en función del cumplimiento o no de esa obligación legal de suministrar la información debida, se puede considerar qué hubiera hecho un afiliado en términos racionales al decidir sobre su futuro pensional, y si los perjuicios que ello eventualmente genere le son o no imputables a la AFP.

Por ello, y en relación con lo que manifesté en el punto anterior, es evidente que se desconoce el requisito de certeza del perjuicio que el daño genera y se incurre en varias inconsistencias argumentativas al identificarlo como una *pérdida de la oportunidad* y vincularlo causalmente con la conducta culposa de la AFP al momento del traslado de régimen pensional, no obstante que en la decisión se indica que el perjuicio que se materializa en el reconocimiento pensional en el RAIS, representado en la diferencia pensional que surge al comparar esta prestación con la que obtendría la actora en el RPMPD, no configura una consecuencia directa y previsible del daño que se genera desde el traslado desinformado, y luego, simultáneamente tener esa supuesta pérdida de oportunidad *consecuencial* como un daño autónomo.

Por tanto, me reafirmo en lo indicado en la providencia CSJ SL1622-2025, pues sigo considerando que si el afiliado no recibió la información adecuada o relevante al momento del traslado de régimen pensional y ni siquiera en una fase más avanzada de la relación jurídica de afiliación, y el valor de su mesada es inferior a la que obtendría en el RPMPD, ello implicaría que como sujeto racional se le impidió elegir voluntariamente, esto es, plenamente informado, entre retornar a este último régimen a través de los mecanismos establecidos en la jurisprudencia de esta Sala para obtener un mejor beneficio pensional o, acceder a una mesada inferior en el RAIS porque lo estimó más conveniente a su situación particular. De ahí que, si esto representa un perjuicio

económico en el caso concreto, sea previsible ese menoscabo patrimonial como consecuencia del daño, y este deba resarcirse.

Así, insisto en que se desconoce que el hecho de que en el traslado de régimen pensional no pueda identificarse el perjuicio concreto, sí es posible advertir un daño cierto a un bien jurídico tutelado, que repito, es el que le asiste a toda persona *«de tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los regímenes pensionales del sistema de pensiones»*, y desde este momento es posible prever los perjuicios que puede provocar en el futuro, entre ellos, acceder a una pensión de vejez de valor inferior en el RAIS.

Además, para advertir el vínculo causal entre las diferencias pensionales y el traslado desinformado no bastaba ubicarse en este primer hito, como lo hace la mayoría de la Sala, pues insisto de nuevo, también era relevante –como se indicó en la SL1622-2025– considerar que el deber de información es latente durante toda la relación jurídica de afiliación y el hecho de que al momento del reconocimiento pensional tampoco se corrigiera la desinformación con la que venía la persona afiliada desde su cambio de régimen pensional, ello es un elemento sin duda crucial del evidente nexo entre el perjuicio patrimonial que provocó el daño y la conducta culposa de la AFP.

Por otra parte, en la decisión de la cual me aparto, se agregan varios supuestos que implicarían *«otra serie de comportamientos por parte del afiliado que constituyen un aprovechamiento intencional de las prerrogativas que ofrece el régimen de ahorro individual de pensiones, sin que tengan el objeto de mitigar la extensión del daño»*, tales como cuando el pensionado *«hizo uso del derecho a reclamar los excedentes de libre disponibilidad del artículo 85 de la Ley 100 de 1993»* o *«acceda de manera anticipada al derecho respecto de la edad prevista en el*

*RSPMPD, pues en dichos eventos la AFP inició el proceso de negociación, previa autorización del afiliado, del bono y los seguros necesarios para acceder a la pensión de vejez de que trata el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL1865-2025, SL715-2024, SL2188-2021)», que en consecuencia quebrarían el nexo causal.*

También discrepo de dichos agregados, dado que se enlistan como supuestos objetivos, ineludibles o indiscutidos que equivalen a dar por sobrentendido la existencia de un hecho eximente de la responsabilidad de la AFP.

Lo único que puede tener este efecto liberador es que en el proceso se acredite que el *curso causal del daño* es atribuible exclusivamente al pensionado, lo que solo ocurriría si por lo menos al momento del reconocimiento pensional la administradora cumplió con la obligación de suministrarle la información suficiente sobre su situación pensional y las opciones con las que contaba en el marco del sistema –no solo del RAIS–, y que pese a ello, aquel decidió autónomamente acceder a la pensión inferior en el RAIS.

Lo anterior, con los matices que se expusieron en la sentencia SL1622-2025, pues recuérdese que se indicó que *«si se presenta una actuación de la víctima que tiene por objeto mitigar la extensión de las consecuencias de un daño y con ello se modifica el curso causal original del mismo, esa circunstancia no liberaría de responsabilidad a la administradora de pensiones si se demuestra que la causación de la lesión se originó o provocó por su conducta negligente».*

En ese sentido, aún si una persona accede a una pensión anticipada de vejez o excedentes de libre disponibilidad, pero sin la debida información que le mostraba las opciones legales que tenía, como la de acceder a una pensión ampliamente superior en el

RPMPD, ello no debería configurar un eximente, pues incluso en esa situación la persona tomó una decisión sin conocer de antemano todas sus posibilidades.

En este punto, es pertinente hacer la siguiente precisión. Tomar decisiones en materia pensional es un derecho y por categorías deontológicas ello no puede ser considerado como una conducta culposa. Por ello, en cuanto a los eximentes de responsabilidad que se refirieron en la plurimencionada sentencia SL1622-2025, la conducta de la afiliada no puede entenderse en estricto sentido o necesariamente como una culpa. Lo que ocurre es que por vía del hecho exclusivo de la víctima es posible romper el nexo causal cuando el acto intencional del afiliado informado de las consecuencias de sus actos, modifica o consiente el curso de los acontecimientos.

Por tanto, no considero pertinente o adecuado que en la decisión de la cual me aparto se establecieran criterios jurisprudenciales específicos y rígidos no acordes con la teoría de la responsabilidad subjetiva, pues aun cuando esta tiene una base estructural normativa –*culpa o negligencia, causalidad jurídica, determinación legal de intereses protegidos para establecer el daño, causales extrañas*–, es intensamente fáctica y no opera bajo una formulación normativa cerrada.

Esto implica que cada caso deba resolverse según sus propias particularidades y que no sea válido preestablecer criterios cerrados, fijos o automáticos de atribución, exclusión o exoneración de responsabilidad –como los que se plantean en la decisión–, sino abiertos o valorativos –para eximentes: la fuerza mayor, el hecho de un tercero, el hecho exclusivo de la víctima–.

En síntesis, en este apartado lo que deseo destacar es que en este tipo de controversias de indemnización por perjuicios

debido a un traslado desinformado, es relevante: (1) la distinción entre daño y perjuicio; (2) el entendimiento de que se trata de un daño que una vez ocurre, sus efectos nocivos no se consolidan instantáneamente, sino que se materializan o configuran en el reconocimiento de la pensión, toda vez que en ese momento es cuando el valor económico de los bienes de la persona pensionada puede sufrir una afectación material; (3) el establecimiento de la relación causal entre la acción lesiva (incumplimiento del deber de información) que causa un daño (trasgresión del derecho a tomar decisiones informadas en el contexto del régimen pensional), y sus consecuencias patrimoniales o el perjuicio que ese daño genera; (3) esto último es lo que se indemniza, no con relación al momento del traslado sino con el reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS.

### **(3) Reparación del daño en estos asuntos**

#### **(3.1) Del daño –inexistente– por pérdida de la oportunidad que resarce la sentencia**

Los argumentos en los que la decisión fundamenta la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad pueden resumirse así: (i) el perjuicio advertido en el reconocimiento pensional presenta dificultades para concretarlo con certeza, pues el monto de la pensión de vejez en el RAIS está atado a sucesos futuros, inciertos y aleatorios, así como a factores personales y legales que no se conocen en el traslado de régimen –cuando ocurre el daño– y pueden o no consumarse en el tiempo; (ii) ante esa incertidumbre que existe en el traslado, se acude a dicha teoría como una *forma de reparación del daño*, dado que es injusto no tener en cuenta las variables que determinan el destino del pensionado y el valor final de su mesada, y por ello se estimó necesario ubicarse espacialmente en la situación que

aquel tenía en el traslado, a fin de determinar si contaba o no con una expectativa pensional.

Dichos argumentos son inconsistentes, pues además de que no considero que exista una dificultad para establecer la certeza del perjuicio en estos asuntos, que como ya lo expliqué, es objetivamente verificable en el reconocimiento pensional en el RAIS, la premisa del fallo lleva implícita una duda en el perjuicio que se repara y, por ende, en su relación de causalidad con la conducta culposa, elementos sin los cuales no podría imputarse la responsabilidad de la AFP.

Con todo, advierto que esa supuesta dificultad a la que se refiere la decisión reside en el análisis de la multiplicidad de factores que determinan el valor de las mesadas pensionales en el RAIS y el RPMPD, dada su configuración legislativa.

Sin embargo, como también lo indiqué en mis comentarios al nexo causal, la imposibilidad fáctica de anticipar en el traslado la situación futura del afiliado y la eventual afectación patrimonial que podría generar la desinformación en ese hito histórico no quiebra de ninguna manera el nexo causal entre la conducta culposa que ocurre en un traslado desinformado y que se mantiene durante toda la relación jurídica de afiliación, por un lado, y las diferencias pensionales que surgen como consecuencia de ese acto lesivo, por el otro, dado que la desinformación es una condición *sine qua non* de las consecuencias adversas que se generen por ese daño, con mayor énfasis si el incumplimiento del deber de información persiste al momento de dicho reconocimiento pensional.

Adicionalmente, el hecho de que se acuda a esta teoría como (i) una *forma de reparación* de un perjuicio *probable* en el reconocimiento pensional, es incoherente con otras afirmaciones

de la decisión, como que (ii) la pérdida de la oportunidad acaece como un daño autónomo o, (iii) es un perjuicio que ocasiona el daño –*caso en el que se aplica la teoría del daño-consecuencia*–; tres acepciones que se refirieron sin distinción en la sentencia, no obstante que son conceptualmente diferenciables.

En perspectiva, lo que se desprende de la providencia es que se acude a la teoría de la pérdida de la oportunidad para moderar o limitar el alcance de la responsabilidad debido a los múltiples factores que inciden en el valor de las mesadas que se reconocen en el RAIS. En términos jurídicos, esto significa que se advierte – a mi juicio en forma inadecuada– que no hay una relación de causa-efecto entre las diferencias pensionales y el traslado desinformado, y este supuesto problema causal es lo que conduce a dicha teoría.

Incluso, la Sala concluye que el cargo sexto es próspero «*solo en lo que tiene que ver con la aplicación de la tesis de la pérdida de oportunidad como causalidad y, su necesaria incidencia en la cuantificación del perjuicio*».

Sin embargo, la pérdida de la oportunidad no está diseñada para arreglar, corregir o justificar el problema causal –aparente– que se advierte en la decisión, y mucho menos como una alternativa para resarcir un perjuicio que presenta dificultades en su cuantificación.

En efecto, el daño por pérdida de la oportunidad se configura cuando existe una *razonable probabilidad* de que en el futuro se hubiese concretado una ventaja o resultado, o evitado un perjuicio, sino fuera por la acción u omisión culposa en la que incurre un ente o persona. En otros términos, el daño se produce cuando se frustra, de manera definitiva, una expectativa legítima

que era razonable de que se alcanzara, de no ocurrir la conducta reprochada.

Pese a las diversas formulaciones teóricas que puedan ofrecerse para la comprensión adecuada de la pérdida de oportunidad, existe una regla indiscutible y fundamental: para su aplicación es condición necesaria que la conducta lesiva frustre de manera definitiva la utilidad o ventaja, haciendo imposible determinar si la habría obtenido o no *–áreas–*.

Así, la aplicación de esta teoría requiere que la oportunidad se inserte en un proceso *fenoménico futuro y aleatorio* en el que coexistan tanto el riesgo de no obtener el beneficio como la oportunidad de obtenerlo. Sin esto, no se podría establecer una relación causal con la conducta culposa de un agente.

Si esto es claro, nótese que en el traslado de régimen pensional, que es donde se ubica la mayoría en la discusión para fijar una especie de *incertidumbre ex ante*, no puede frustrarse ninguna oportunidad de pensionarse en el RPMPD, dado que en ese hito histórico todavía se tiene la posibilidad de retornar al régimen alterno según los parámetros legales y jurisprudenciales o demandando la ineficacia del cambio pensional realizado. En ese momento lo que puede ocurrir es la afectación de un derecho: el de tomar decisiones informadas en el contexto del sistema pensional.

Así mismo, si se llegase a constatar que la pensión de vejez que se reconoce en el RAIS es inferior a la que se obtendría en el RPMPD, ello lo que generaría es que se concreten de manera cierta y definitiva *–no probable–* las consecuencias o perjuicios materiales de la inexistente o deficiente información en el traslado.

En otros términos, si las diferencias pensionales entre una y otra prestación son perceptibles en el reconocimiento pensional y se derivaron de la falta de información de la AFP al afiliado en el traslado de régimen y esta omisión se mantuvo hasta aquel hito posterior, lo que se produce es un perjuicio cierto y determinado, que es consecuencia de aquel daño y resarcible conforme al principio de reparación integral, sin que sea necesario acudir a la teoría de pérdida de oportunidad.

### **(3.2) Sobre la fórmula indemnizatoria establecida en la sentencia**

Ahora, considero que la fórmula que plantea la decisión para resarcir la aparente pérdida de la oportunidad es un paralogismo de *aparente objetividad* que minimiza el detrimento económico ocasionado en el derecho pensional, con mayor afectación para las personas que no tenían muchas semanas cotizadas al momento de trasladarse.

Nótese que el primer componente de la fórmula se refiere a la cercanía de la persona de cumplir las condiciones para pensionarse, tomando como punto de partida la fecha del traslado de régimen, a partir de la confluencia aritmética entre las semanas que la ley vigente le exigía para pensionarse por vejez y la edad que entonces tenía; en el segundo, se alude a la diferencia mensual entre la mesada que resultaría en el RPMPD respecto de la que se recibe en el RAIS, que estima el disvalor periódico, para lo cual, en el tercer componente, el tiempo en que se recibirá la prestación conforme a la expectativa de vida expresada en años se convierte en número real de pagos y se multiplica por 13, que corresponde a las mesadas que el sistema reconoce al año.

Como puede notarse, la base neurálgica de la fórmula indemnizatoria parte de la idea de que lo relevante para establecer la intensidad del perjuicio que se manifiesta en el reconocimiento pensional no es la diferencia pensional en sí misma considerada, sino la probabilidad o expectativa de pensionarse que tenía el afiliado al momento de trasladarse de régimen pensional, en función principalmente al número de semanas que tenía cotizadas y su edad.

Esto implica que no se está indemnizando la afectación patrimonial que ocurre en el traslado, sino *la probabilidad* de alcanzarla al momento del traslado. En términos prácticos, significa que se indemniza con mayor intensidad a la persona que tenía más semanas y edad al momento de pensionarse, independientemente de que la afectación patrimonial generada por el daño sea mayor en un caso que en otro.

Es decir que aun si se constata con toda certeza la afectación patrimonial que generó el daño y su vínculo causal con la conducta negligente de la AFP, la persona no obtendrá la reparación del perjuicio que efectivamente sufrió, sino solo una parte de ella en función de lo que se considera probable o no al momento de trasladarse de régimen pensional.

Además de los problemas ya referidos respecto de la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, esta fórmula, así entendida, contiene otro, toda vez que al supeditar la reparación a una probabilidad de pensionarse en el traslado, ubica nuevamente la discusión en el ámbito de la causalidad y no de la reparación del daño, aun cuando en esta fase del análisis ese escenario de causalidad ya ha debido superarse. Esto, otra vez, pone en duda la certeza del perjuicio que se está resarcando.

Adicionalmente, desde mi perspectiva esta diferencia de trato en la fórmula es injustificada, pues lo que se reprocha a la AFP es que la persona haya transitado y permanecido en un régimen pensional creyendo que le era más favorable, cuando en realidad no era así, en lo cual carece de incidencia la situación pensional que se tenía al momento del traslado de régimen pensional.

Por tanto, lo que advierto es que en la fórmula no se tiene como justo pagar todo el valor de las diferencias pensionales porque el RAIS se rige por reglas distintas al RPMPD y puede tener variables que en principio dificultan determinar en términos de conveniencia cuál sería más favorable a los intereses de los afiliados.

Sin embargo, se pasa por alto que justamente esas circunstancias diferenciales son las que debe exponer la AFP al afiliado al momento del reconocimiento pensional, cuando ya se tienen todos los insumos para determinar cuál régimen beneficiaría más a los intereses de aquel. Por ello, he insistido en que la obligación legal de suministrar información es latente durante toda la relación jurídica de afiliación, dado que si se advierte un perjuicio patrimonial que pudo evitarse con una conducta diligente, y no se hizo, surge así la obligación de reparar la afectación generada.

Por otra parte, a mi juicio es problemático que en este asunto se racionalice la indemnización a partir de hechos futuros y otorgando una suma única que no es común en el ámbito de la seguridad social, menos si en un escenario indemnizatorio lo que se busca es resarcir una afectación patrimonial en la pensión de vejez, que se causa periódica y continuamente, mes a mes, y tiene como fuente un derecho vitalicio e irrenunciable.

En efecto, si bien es cierto que desde la perspectiva indemnizatoria existen eventos en los que es jurídicamente admisible y razonable proyectar a futuro un perjuicio patrimonial a partir de variables de objetivización como la expectativa de vida y otorgar una suma única, a mi juicio, esta forma de reparación no era la más adecuada para resarcir un agravio patrimonial en la pensión de vejez.

Lo anterior, pues a partir de las premisas señaladas –derecho vitalicio e irrenunciable–, era evidente que en un primer ejercicio existe certeza absoluta de que el pensionado seguirá sufriendo hasta su muerte la desmejora patrimonial como resultado del daño sufrido y que ello se extenderá eventualmente a sus beneficiarios de ley.

En ese sentido, el otorgamiento de una renta periódica por la diferencia mensual, pagadera mes a mes y mientras esa diferencia exista, era más consecuente con la finalidad de la indemnización del perjuicio ocasionado, que no era otra que compensar el menor valor de la pensión de vejez y garantizar esto en cada pago mensual –a cargo de los recursos propios de la AFP, pues reitero, no se trata de una obligación previsional imputable al sistema de pensiones–, y no generar la posibilidad de que los recursos que el pensionado reciba en una suma única sean utilizados para fines distintos a los de asegurar la protección financiera de su vejez.

Además, una renta periódica hubiese evitado el riesgo de sobrecompensación –la persona muere antes de la fecha de expectativa de vida fijada en la fórmula indemnizatoria– o subcompensación –muere después– que una proyección futura de un perjuicio naturalmente acarrea; pero con mayor relevancia, habría garantizado real y efectivamente la reparación tanto del pensionado como de sus beneficiarios de ley.

Por último, debo destacar que la fijación de parámetros generales y abstractos para la aplicación de una fórmula – supuestamente– en equidad, termina desconociendo justamente las particularidades o singularidades de cada caso, las cuales deben analizarse individualmente a efectos de ofrecer la solución judicial que responda adecuadamente a la situación fáctica concretamente analizada.

### **(3.2.1) Sobre la aplicación de la equidad en la fórmula de la decisión**

Siguiendo con la misma línea argumentativa, puede ocurrir que, probado el daño, la cuantificación exacta o equivalente monetario del perjuicio que genera sea difícil o prácticamente imposible de obtener con los elementos de convicción legalmente disponibles o, que no sea posible acudir a criterios matemáticos o actuariales para su evaluación concreta.

Ello es lo que ocurre, por ejemplo, por regla general, con los perjuicios inmateriales que sufre una persona, debido a que su naturaleza extrapatrimonial impide atribuirles un precio de mercado, lo que implica que sea imposible para quien los alega probar su cuantificación económica exacta.

Así, por ejemplo, si bien es factible demostrar la intensidad del dolor, el sufrimiento y otras circunstancias que aprecian la extensión de un perjuicio moral, jamás será posible estimarlo pecuniariamente, sino simplemente *«resarcir o mitigar de alguna manera el daño que se padece en lo más íntimo del ser humano»*; de igual modo, aunque es dable acreditar situaciones de la vida práctica que en un entorno personal, familiar o social evidencian una afectación a la vida de relación, *«su tasación está sujeta al arbitrio judicial, al ser una afectación fisiológica que aunque se*

*exterioriza, es como el perjuicio moral, inestimable objetivamente»* (CSJ SL5154-2020, CSJ SL13074-2014, CSJ SL4913-2018 y CSJ SL4223-2022).

Por ello, comoquiera que generalmente existe una imposibilidad objetiva de probar la cuantía exacta y completa del perjuicio inmaterial, esta Corte, en atención a los principios que postulan que *nadie puede ser obligado a lo imposible* y que es un imperativo legal resarcir los daños y los perjuicios probados, ha orientado su valoración económica con fundamento en la equidad, criterio auxiliar de la actividad judicial cuya integración a este tipo asuntos autoriza el citado artículo 16 de la Ley 446 de 1998; así como en las reglas de la experiencia y la sana crítica, acorde con el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL695-2013, SL4794-2018 y SL5195-2019).

Ahora, a diferencia de los perjuicios inmateriales, la regla general es que la cuantía de los materiales se pueda establecer con los medios de prueba disponibles legalmente y siguiendo para su liquidación las reglas de los artículos 1613 y 1614 –daño emergente y lucro cesante–, bien sea que el perjuicio esté consolidado antes o al momento de dictar la sentencia o que sea probable y, por tanto, cierto que en el futuro se consolidará; para lo cual son relevantes los criterios técnicos actuariales que refiere el mencionado artículo 16 de la Ley 446 de 1998 (CSJ SC9193-2017).

Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado como posible que en un proceso judicial el demandante acredite la existencia de un perjuicio patrimonial haciendo uso de todos los medios probatorios disponibles, y, pese a ello, sea imposible establecer con precisión su extensión o cuantía exacta; pues en estos casos también se exige la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de

1998, en cuanto delega al juez su valoración pecuniaria en *equidad*. En estos eventos excepcionales y extraordinarios, para su cuantificación, no rigen las reglas de carga probatoria mencionadas.

Sobre este particular, la Sala de Casación Civil de esta Corte en la sentencia SC, 28 feb. 2013, rad. 11001-3103-004-2002-01011-01, indicó que *«es posible acudir a la equidad para determinar el monto del daño, en aquellos casos límite, en que, habiéndose acreditado el perjuicio patrimonial, la determinación de su cuantía se torna extremadamente difícil, no obstante el cumplimiento de las cargas probatorias por la parte demandante»*.

No obstante lo anterior, en este asunto, a mi juicio se aplicó un criterio de equidad en la fórmula indemnizatoria que en la práctica termina minimizando la reparación que exigía el daño probado, no con el fin para el cual legal y constitucionalmente está previsto aquel principio.

Lo anterior, pues existía plena certeza del daño, el perjuicio que este ocasionó y que se verificó en el reconocimiento pensional, y su cuantificación exacta a partir de la diferencia pensional que compense en cada caso la afectación patrimonial sufrida en la pensión de vejez. Las dificultades en la cuantificación del perjuicio que advirtieron en la decisión a partir de las circunstancias diferenciales de ambos regímenes pensionales solo tienen el potencial de reafirmar la conducta negligente de la AFP, como lo expliqué al abordar dicha fórmula indemnizatoria.

La decisión pasó por alto que el uso de la equidad en materia de reparación de perjuicios opera bajo una idea general de justicia, sin perder de vista la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión. En otros términos, su aplicación tiene el fin de

compensar integralmente el menoscabo que sufrió la víctima del daño según el contexto –económico, inmaterial, psicosocial, etc.– de cada caso, sin otorgar más de lo que la situación demanda.

En este caso, insisto, estaba probada con suma claridad la extensión del perjuicio, de modo que lo que correspondía era repararlo integralmente a través de una renta periódica mensual y no con una suma única fijada bajo un supuesto criterio de equidad que no respondía a las particularidades de este caso y terminó desconociendo la verdadera afectación patrimonial acreditada.

Ahora, no desconozco que pueden existir eventos en los que sus particularidades impliquen una dificultad real para establecer concretamente la cuantía del perjuicio, fundamentalmente en función de la modalidad pensional que elija el pensionado en el RAIS o de los beneficios a los que acceda –excedentes de libre disponibilidad, por ejemplo–. Lo que no es admisible, desde mi punto de vista, es que se diga rígidamente que en todos los casos hay una dificultad de cuantificar el perjuicio y por ello se acuda a la equidad, pues esa complejidad no se advierte, por ejemplo, cuando la pensión en el RAIS es una garantía de pensión mínima o una renta vitalicia. Y reitero, tampoco era una justificación válida decir que en el traslado de régimen no se conocían los sucesos que desde entonces ocurrirían, pues esa incertidumbre ya no existía en el reconocimiento pensional.

En los eventos de real dificultad para cuantificar la afectación patrimonial en la pensión de vejez, y por supuesto si se demuestran los elementos de la responsabilidad de la AFP accionada, sí se podría fijar en equidad algún porcentaje de la diferencia pensional que se establezca a partir de las particularidades del caso; pero ese porcentaje, como bien puede

anticiparse, es imposible estandarizarlo mediante una fórmula cerrada, como lo hizo la decisión de la que me aparto, dado que ello está sujeto a lo que se pruebe en cada asunto.

### **(3.3) La tesis de reparación integral que defiendo**

#### ***Reparación in natura y reparación por equivalencia***

En este punto, advierto inicialmente que en estas controversias no es pertinente afirmar que el perjuicio que genera daño se repara por *equivalencia* y a partir de la teoría de la pérdida de la oportunidad aplicada con criterios rígidos, pues como lo evidencié anteriormente, dichos argumentos no responden al genuino entendimiento de dicha teoría y menos a la reparación integral *in natura*, que considera el menoscabo que sufre la persona ante el evidente perjuicio, representado en principio o en un primer ejercicio en las diferencias pensionales.

Y dicho argumento de reparación por *equivalencia* se establece en la decisión al considerarse que la lesión que ocurre en el traslado no está relacionada causalmente con la diferencia pensional, que solo se conoce en el reconocimiento pensional en el RAIS, sino con la pérdida de la oportunidad de obtener una pensión de vejez más favorable en el RPMPD.

Pues bien, la reparación del daño se inspira en los principios de equidad y reparación integral, como lo prevén los artículos 16 de la Ley 446 de 1998 y 283 del Código General del Proceso. En aras de reparar los daños ocasionados a la víctima, es posible acudir a dos formas o modos de reparación: la reparación *in natura* y la reparación por equivalente.

La reparación *in natura*, también denominada reparación en especie, reintegración en forma específica o reparación en forma

específica, tiene como propósito colocar al damnificado en la situación en la que estaría si el hecho causante del daño no hubiera ocurrido o, dicho en otras palabras, busca poner las cosas en el estado en el que se encontrarían si no hubiese acaecido el hecho ilícito.

Esta forma de reparación implica volver a la situación que tendría la víctima de no haberse presentado el hecho dañoso, lo cual conduce a identificar un estado de cosas hipotético –el que existiría sin el daño– y posteriormente adoptar todas las acciones que serán necesarias para crear esa situación ideal.

Sobre el particular, la Sala Civil de esta Corporación ha señalado que la reparación tiene que eliminar los efectos perjudiciales de la conducta dañosa, como si esta jamás hubiera ocurrido; en otras palabras, debe propenderse por lograr el pleno restablecimiento de los derechos de la víctima, dejándola «*en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría de no haber ocurrido el daño*» (CSJ SC22036-2017).

Por su parte, la *reparación por equivalente* a la que acude la sentencia de la que me aparto, tiene lugar cuando no es posible o razonable la reparación *in natura*, en cuyo caso lo pertinente es entregar a la víctima una suma de dinero –indemnización o equivalente pecuniario– que compense o resarza el menoscabo a sus intereses.

En este caso, la indemnización opera a modo de valoración o precio del perjuicio ocasionado, dinero que, si bien no borra el daño sufrido por la víctima, sí le permite procurarse bienes o atender necesidades que, de alguna manera, mitiguen la pérdida que ha sufrido o se traduzcan en satisfacciones sustitutivas de esos intereses afectados.

Ahora, en este punto destaco que aun cuando la decisión aplica la reparación por *equivalencia*, en su discurso hace mención a la reparación *in natura* como la forma en que debería repararse el perjuicio en este caso. Adviértase que afirmó que «*la víctima debe ser reparada completamente, con el propósito de que sea resarcida a una situación, por lo menos, igual a la que tenía antes de ocurrir el hecho dañoso, situación que se denomina compensatio lucri cum damno, esto es, compensar lo que el afectado pudo realmente recibir, pero no lo hizo a raíz del evento dañino provocado por el demandado*».

Al margen de esa contracción interna del fallo, destaco esto porque, en efecto, del principio de la reparación integral previsto en los citados artículos 16 de la Ley 446 de 1998 y 283 del Código General del Proceso se deduce que, en orden a reparar los perjuicios, debe procurarse en primer lugar la reparación *in natura*, pues el fin último de la reparación es dejar indemne a la víctima de todas las consecuencias que produce un daño.

En tal sentido, estimo que esta forma de reparación era la forma más completa o genuina para restablecer los derechos de la persona afectada en este tipo de controversias, más aún cuando el daño recae sobre un derecho fundamental.

En efecto, la indemnización por perjuicios *por equivalencia* puede ser inadecuada para reestablecer plenamente un derecho complejo como lo es la pensión, el cual no solo implica el derecho a una cuantía mensual determinada, sino también a un reajuste anual y a la transmisibilidad del derecho a los potenciales beneficiarios (CSJ SL757-2018).

Es decir, la reparación de este derecho no se agota con la entrega de las diferencias dinerarias que resulten entre el valor de la mesada pensional que habría reconocido el RPMPD y la que

reconoce el RAIS; también requiere el restablecimiento de otros elementos connaturales a la pensión, particularmente su reajuste anual y la transmisibilidad a los potenciales beneficiarios.

Al respecto, recuérdese que en la sentencia CSJ SL757-2018 se consideró que la vocación de transmisibilidad de las pensiones constituye un elemento arraigado o indisoluble del derecho a la pensión de jubilación o vejez. De igual manera, la jurisprudencia ha señalado que el *«valor real de la prestación es un aspecto indisoluble del estado jurídico de pensionado»*, aspecto que incluye el derecho al reajuste pensional (SL4439-2017).

Por tanto, la reparación a través de la restitución *in natura* es más adecuada porque permite la plena restauración o reposición del derecho pensional, esto es, la reparación se hace sin menoscabo de la naturaleza prestacional de la diferencia a cargo de la administradora de pensiones responsable y, por tanto, sin que ello implique una pérdida del derecho al reajuste anual de la prestación y de su vocación de ser sustituible a los beneficiarios del pensionado que acrediten los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes.

Precisamente, desde la sentencia CSJ SL373-2021 la Corte dejó claro que la reparación de los perjuicios debía hacerse conforme al principio de la reparación integral, principio que *«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»*.

De acuerdo con lo expuesto, no comparto la tesis de la decisión, que, reitero, bajo el ropaje de una fórmula problemática, morigeradora o reduce la intensidad del perjuicio que se genera en estos asuntos.

Ello, a mi juicio, tiene el potencial efecto de reparar de forma desigual eventos que no distinguen sus afectaciones por las situaciones particulares que tenían los afiliados al momento de trasladarse de régimen pensional, pues la intensidad del perjuicio patrimonial tiene un idéntico referente: la diferencia pensional surgida al comparar la pensión del RAIS con la que obtendría en el RPMPD, perjuicio vinculado causalmente a un traslado desinformado, lo que por tanto debe abordarse caso a caso según la información que recibió el afiliado y sus actuaciones en el transcurso de la relación jurídica de afiliación, y no a través de tablas estandarizadas.

Ahora, es importante destacar que esta obligación de reparación integral tiene respaldo en el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente cuando el perjuicio es causado por el incumplimiento de la obligación legal de suministrar información veraz, oportuna y transparente, como en estos asuntos.

En efecto, la Observación General n.º 19 del Comité de Derechos Económicos y Sociales señala que *«Las condiciones para acogerse a las prestaciones deben ser razonables, proporcionadas y transparentes»*, y que *«El sistema debe establecerse en el marco de la legislación nacional y garantizar el derecho de las personas y las organizaciones a recabar, **recibir** y distribuir **información sobre todos los derechos ofrecidos por la seguridad social de manera clara y transparente**»*.

Esta obligación internacional también ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casos Muelle Flores vs. Perú, sentencia de 6 de marzo de 2019, y Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria –ACENJUB SUNAT– vs. Perú, sentencia de 21 de noviembre de 2019), que además ha precisado que si su incumplimiento genera un daño, debe ser reparado adecuadamente y no de forma parcial.

En efecto, esa Corte ha señalado que, *«Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, (...) toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado»* (casos Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 21 de julio de 1988, Muelle Flores vs. Perú, sentencia de 6 de marzo de 2019, y Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria –ACENJUB SUNAT– vs. Perú).

Ahora, debe precisarse que el reconocimiento pensional en el RAIS, como hecho en sí mismo, tampoco es una condición suficiente para el resultado lesivo, dado que la persona bien puede pensionarse en el RAIS y constatar que su pensión no sufrió ninguna afectación al compararla con el RPMPD, por ejemplo, si en ambos casos hubiese accedido a un mínimo legal.

Por tanto, necesariamente debe verificarse que existe un perjuicio patrimonial representado en la diferencia pensional entre la pensión reconocida y la que obtendría en el RPMPD.

Una vez la persona esté pensionada en el RAIS y se constate la diferencia pensional, por regla general el perjuicio se puede tornar determinable: existe una mesada real, consolidada, y existen reglas jurídicas claras que permiten calcular cuál habría sido la prestación en el RPMPD.

Por último, se podría contraargumentar que el perjuicio planteado a partir de las diferencias pensionales cuando se trata de una pensión de retiro de programado no es posible determinar su extensión exacta por las variables y fluctuaciones en su valor, porque: (1) las opciones o posibilidades de acceso a una pensión de vejez en el RAIS dependen de la situación particular de cada afiliado; (2) en dicha modalidad el pensionado asume determinados riesgos o los derivados de los factores de descapitalización de la cuenta que pueden presentarse (aumento del IPC, cambio de beneficiario, comportamiento del mercado financiero o extralongevidad, principalmente), y (3) la mesada puede variar como resultado del recálculo anual de la pensión o de un control de los saldos que realice la AFP para determinar el impacto de alguna situación que pueda incidir en el valor de la mesada.

Sin embargo, al respecto debe tenerse presente que hoy es una realidad incuestionable que las cuentas de ahorro pensional individuales tienden a la disminución de su capital y, por ende, del monto de la prestación pensional, debido al alto potencial de descapitalización ocasionados por una económica fluctuante e inflacionaria, además de que el mecanismo pensional en sí mismo, tratándose de retiros programados, no está protegido legalmente contra ese efecto de adaptabilidad a la baja que sufren estas pensiones por factores de desequilibrio financiero independientes y no atribuibles al pensionado ni a las AFP, como los normativos (CSJ SL2255-2025); ni siquiera en la garantía mínima legal de la pensión, dado que tampoco está previsto un

mecanismo en caso de deslizamiento, como sí ocurre con la renta vitalicia.

En todo caso, no debe olvidarse que si bien la persona, en estricto rigor legal, tendría que asumir la mayoría de esos riesgos de desfinanciación del capital de su cuenta individual de ahorro pensional según la modalidad pensional que elija, ello solo sería válido si fue oportuna y debidamente informada sobre el funcionamiento del RAIS, en comparación con la nula asunción de riesgos que existe en el RPMPD, y desde luego, teniendo en cuenta el alcance de los elementos de la responsabilidad subjetiva que he expuesto en este salvamento.

Lo anterior reafirma que la forma de reparación en este caso debió partir de una renta periódica que identificara mes a mes la diferencia pensional sufrida, insisto, a fin de evitar una subcompensación del perjuicio cuando la mesada en el RAIS sea superior al mínimo legal y tienda a la baja, según lo expliqué.

Ahora, pese a todo lo expuesto, debo afirmar que en varias de las sesiones en las que se discutieron estos asuntos propuse una solución de equidad que buscaba disminuir el valor de la diferencia pensional mensual hasta un 30% en eventos de difícil cuantificación del perjuicio, dado que reconozco que no siempre puede superarse la dificultad, en clave de determinar la conveniencia de un régimen u otro, ajustando la diferencia según la variación que en el tiempo pueda tener el valor de la pensión de vejez ni incluso proyectando o virtualizando los montos del capital ahorrado en cuenta individual en momentos específicos.

En conclusión, respetuosamente considero que en este caso:

(i) Se configuró un daño cierto en el traslado desinformado imputable jurídicamente a la conducta negligente y culposa de la AFP, pues esta incumplió su obligación legal de suministrarle información legal, veraz y oportuna en ese momento histórico a la accionante, que permaneció durante toda la etapa de relación jurídica de afiliación, lo que implicó que esta, como sujeto racional, no tomara la decisión que más le convenía a sus intereses al momento de pensionarse y esto le ocasionó un evidente perjuicio patrimonial identificado en principio o en un primer ejercicio en la diferencia pensional que surge entre la pensión de vejez que recibió en el RAIS y la que obtendría en el RPMPD, lo cual está vinculado causalmente con aquella conducta culposa, de modo que se configuraron los requisitos de la responsabilidad (culpa, daño y perjuicio y nexo causal entre estos).

(ii) La indemnización en estos asuntos se identifica con la diferencia en el valor de la mesada pensional al compararla con la pensión de vejez que hubiese recibido en el RPMPD, incluso cuando la pensión se reconoce en la modalidad de retiro programado, casos en los cuales las diferencias mensuales pueden variar; este perjuicio solo se vuelve cierto cuando la pérdida se consolida en cada mes.

(iii) Por tanto, al margen de la contradicción conceptual en la que incurrió el Tribunal al referir que resarcía un daño por pérdida de oportunidad, en todo caso la reparación que confirmó, consistente en el pago de la diferencia mensual resultante de comparar la mesada pensional pagada en el RAIS y la que obtendría en el RPMPD, era la respuesta o solución judicial que más y mejor atendía los principios y fundamentos jurídicos que le dan alcance a la responsabilidad subjetiva de la AFP en estos asuntos, así como a los que orientan la reparación integral del daño causado.

En ese orden de ideas, debió tenerse presente que el actor accedió a la garantía de pensión mínima por valor de \$908.526, a partir del 8 de octubre de 2021, que evidentemente era de menor a la que hubiese percibido en el RPMPD ese mismo año, que como lo advirtió la Sala, habría sido de \$1.674.249, para una diferencia de \$765.723 mensuales, a partir del momento en que se reconoció la pensión y luego, mes a mes.

Además, el afiliado al pensionarse tenía 1993 semanas registradas en toda su vida laboral y se pensionó una vez cumplidos los 62 años de edad (nació el 1.º de enero de 1959), de modo que era prístino que su perjuicio se identificaba con toda certeza en esa diferencia pensional total.

#### **(4) Prescripción**

Por último, y ante una nueva revisión de este tema en su conjunto, como el perjuicio patrimonial en este caso no se agota en el reconocimiento pensional y, mucho menos, como ahora lo precisó la mayoría, en la inclusión en nómina de pensionados, sino que se prolonga en el tiempo y durante la vida del pensionado, a mi juicio ello implicaba entender que el perjuicio acaecido como consecuencia del traslado desinformado de régimen pensional sigue produciendo sus efectos mes tras mes al percibir la mesada pensional en el RAIS.

En ese sentido, debió concluirse que se trataba de un daño continuado que, por tanto, tiene un carácter imprescriptible, de modo que a mi juicio también era una oportunidad para precisar este criterio.

Fundamento así mi salvamento de voto.

Fecha *ut supra*.

**Firmado electrónicamente por:**



**IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ**  
Magistrado

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: C30E6B9BF498D53287D363240DE458698C67CCDF281E8296D080D88778A26A20

Documento generado en 2026-04-09