

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-001-2022-00523-01
DEMANDANTE:	LIDA ESPERANZA RAMÍREZ URREGO
DEMANDADO:	PORVENIR S.A. Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 20 de febrero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Indemnización de perjuicios – Costas
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL** integrada por los Magistrados **FABIÁN CHÁVEZ NIÑO**, **NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA** y **MARÍA ISABEL ARANGO SECKER**, quien actúa como como ponente, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada en Sala, conforme lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, para resolver los recursos de apelación presentados por **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, contra la sentencia No. 025 del 20 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **LIDA ESPERANZA RAMÍREZ URREGO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-001-2022-00523-01**, dentro del cual se vinculó a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y a la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**.

A continuación, se procede a proferir la

SENTENCIA No. 030

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia de su traslado de régimen pensional desde el régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-; permitiéndose su retorno al primero de ellos, junto con el traslado de todo el saldo de su cuenta de ahorro individual. Como pretensiones subsidiarias, solicita se declare que sufrió perjuicios patrimoniales y morales debido a su cambio de régimen pensional, de los cuales son responsables las administradoras de fondos pensionales -AFP- del RAIS demandadas, por la omisión en el deber de información, como consecuencia de ello, se les condene a reparar el daño reajustando la pensión de vejez de conformidad con las reglas aplicables en el RPMPD; al pago de los perjuicios en la modalidad de lucro cesante y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 16 de marzo de 1964, se afilió inicialmente al RPMPD y cotizó en dicho régimen 452 semanas; que asesores de la AFP PORVENIR, promovieron, sin brindar información suficiente, su traslado del RPMPD al RAIS, a partir de enero de 1999 y, posteriormente, también sin proporcionar la información necesaria, gestores de la AFP PROTECCIÓN, que se trasladase de manera horizontal, a dicha AFP, a partir de noviembre de 2011; que cotizó un total de 1726,71 semanas en toda su vida laboral, por lo que la AFP PROTECCIÓN le reconoció la pensión de vejez bajo la modalidad de garantía de pensión mínima, a partir del 1° de abril de 2022; sin embargo, la mesada que hubiese recibido de permanecer en el RPM habría sido muy superior, en razón a que en los últimos diez años cotizó con un salario promedio de \$1.830.020.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES²

La administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que el traslado de régimen de la demandante a la fecha goza de plena validez, ya que éste es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pudiera trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a

¹ Fs. 2-13 Archivo 01 Expediente Digital

² Fs. 3-12 Archivo 10 Expediente Digital

la pensión de vejez; razón por la cual, COLPENSIONES no está en la obligación de realizar el traslado del RAIS al RPM.

Propone como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, buena fe, innominada, prescripción.

PORVENIR S.A.³

La AFP se opuso a todas las pretensiones del libelo, argumentado en su defensa que no existe incumplimiento de ninguna obligación adquirida, ni tampoco la causación de los perjuicios que le endilga la parte actora, debido a que el traslado de régimen pensional acaeció en realidad con la AFP COLFONDOS, el 29 de agosto de 1996.

Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia del daño o perjuicio, enriquecimiento sin causa, buena fe, compensación, desconocimiento de los propios actos, la parte demandante alega su propia negligencia en su beneficio, genérica.

PROTECCIÓN S.A.⁴

La administradora presentó oposición a la demanda, bajo la tesis que sus actuaciones han estado ceñidas a la ley y, por ende, no se le puede imputar ningún tipo de indemnización plena de perjuicios patrimoniales y morales, amén que dicha pretensión carece de todo sustento legal y fáctico, por cuanto no está prevista dentro del Sistema General de Pensiones, el cual consagra las prestaciones específicas que deben ser satisfechas al cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos contemplados de manera expresa. Agregó que, la demandante suscribió con total conocimiento y voluntariedad su vinculación ante la AFP, por lo que no presentó un vicio en el consentimiento que pudiera derivar en una condena por pago de perjuicios que no están probados.

Propuso las excepciones de fondo que denominó: Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez del traslado del actor al RAIS, inviabilidad del traslado de régimen pensional, pago, situación pensional consolidada – reconocimiento pensional, compensación, buena fe de la entidad demandada, genérica prescripción de la acción para

³ Fs. 2-36 Archivo 11 Expediente Digital

⁴ Fs. 2-38 Archivo 12 Expediente Digital

solicitar la indemnización de perjuicios por incumplimiento en el deber de información.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO⁵

El ente ministerial no presentó oposición a las pretensiones al considerar que ninguna de ellas tenía como propósito que se imponga una obligación o condena a su cargo. Sin embargo, aclaró que se opone a cualquiera eventual condena que surja en su contra, habida consideración que, de los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la demanda no emerge ninguna actuación u omisión atribuible a sus dependencias que haya desconocido el ordenamiento superior, legal y/o reglamentario conduciendo a la vulneración de los derechos laborales o de otra índole de la demandante.

COLFONDOS S.A.⁶

La AFP se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que dio a la actora toda la asesoría especializada e idónea por parte del promotor comercial, quien le informó acerca de las ventajas y desventajas que aparejaba el régimen administrado por los Fondos Privados, sus variables financieras, los requisitos para generar el derecho a las prestaciones económicas. Así como las características y diferencias propias de cada régimen pensional, con el fin de determinar la conveniencia de permanecer en uno u otro, conforme a sus expectativas pensionales.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y pago, petición antes de tiempo, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, prescripción de devolución de comisión o gastos de administración, prescripción de la acción para solicitar la indemnización de perjuicios por incumplimiento en el deber de información, innominada.

DEMANDA DE RECONVENCIÓN⁷

PROTECCIÓN S.A. presentó demanda de reconvencción contra la señora LIDA ESPERANZA RAMÍREZ URREGO, pretendiendo que, en el evento de

⁵ Fs. 2-16 Archivo 26 Expediente Digital

⁶ Fs. 2-36 Archivo 27 Expediente Digital

⁷ Fs. 40-43 Archivo 12 Expediente Digital

declararse la nulidad de la vinculación y autorizarse el traslado de régimen pensional, se le condenara a reintegrar a la AFP las sumas de dinero que le ha cancelado por concepto de mesadas pensionales derivadas de la pensión de vejez, hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

Como sustento fáctico de la demanda, expuso que el traslado al RAIS de la demandante se realizó con el lleno de los requisitos legales, conforme las normas sobre traslado de régimen pensional y la voluntad expresada en el formulario de afiliación, cumpliendo las exigencias legales para tal fin, aunado a que no hizo uso del derecho de retractarse de la afiliación y en señal de ratificación de su voluntad de continuar afiliada, se pensionó en dicho régimen, pues teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 64 y 81 de la Ley 100 de 1993, se aprobó en el año 2022, la pensión de vejez por garantía de pensión mínima.

CONTESTACIÓN DEMANDA DE RECONVENCIÓN⁸

La demandante se opuso a las pretensiones de la AFP, argumentando que la falta de información y diligencia por parte de esta última, le ocasionó perjuicios patrimoniales y morales que deben ser resarcidos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 025 del 20 de febrero de 2023, declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas; condenó a PROTECCIÓN S.A. y solidariamente a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., a pagar a la demandante los perjuicios en la modalidad de lucro cesante consolidado en la suma de \$4.948.899 y en la modalidad de lucro cesante futuro por valor de \$86.668.345; absolvió a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. de las demás pretensiones de la demanda; absolvió a COLPENSIONES y a la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, de todas las pretensiones de la demanda; absolvió a la actora de las pretensiones incoadas en su contra por PROTECCION S.A, en la demanda de reconvención; condenó a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. en costas y; condenó a PROTECCIÓN S.A., en costas con ocasión de la demanda de reconvención.

Como fundamentos de su decisión, señaló la a quo, en síntesis, previa indicación respecto la improcedencia de la pretensión principal que perseguía

⁸ Fs. 2-9 Archivo 15 Expediente Digital

la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en razón al status de pensionada que adquirió la demandante, que no se demostró por las AFP del RAIS que en el traslado de la promotora de la acción a ese régimen pensional se hubiese brindado la información clara, oportuna y concreta sobre las ventajas y desventajas que aparejaba tal acto, por lo que el traslado no fue transparente a efectos de que la afiliada tomara una decisión informada que representara verdaderamente su voluntad de pertenecer a determinado régimen pensional, situación que le ocasionó un perjuicio, pues de haber permanecido en el RPMPD su mesada pensional hubiese sido superior a la otorgada por PROTECCIÓN S.A., siendo esa precisamente la materialización del perjuicio, la diferencia entre la mesada pensional reconocida en el RAIS y la que le hubiese correspondido de no haberse trasladado de régimen.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. presentó recurso de apelación contra el fallo y, como sustento del mismo, argumentó que la Juez condenó a las AFP al pago de unos perjuicios en favor de la demandante por considerar que no se le brindó una información clara, precisa y ajustada a las normas para que ésta pudiese haber optado por la opción que más se adaptara a sus intereses, pero que contrario a lo considerado, la actora si conocía los beneficios de los fondos privados, tanto así que realizó traslados horizontales y voluntariamente solicitó el reconocimiento de la pensión de la cual está disfrutando actualmente, sin presentar objeción alguna, como se demostró con el interrogatorio de parte, por ende, no se probaron los perjuicios, ya que éstos no se pueden hacer valer a través de la liquidación de una prestación, pues ello es violar del principio de que nadie puede crear su propia prueba en su favor. Agregó, que del interrogatorio de parte no se desprende que la actora esté sufriendo algún perjuicio económico, pues éstos no se materializan con la sola existencia de una diferencia pensional. Asimismo, que las AFP fueron condenadas de forma solidaria, pero no se indica en qué porcentaje y se les condenó en costas, cuando siempre han actuado con estricta sujeción a la ley, por lo que las condenadas deben ser revocadas.

El apoderado de PORVENIR S.A. también apeló la decisión, argumentando que no fue con dicha AFP la que se realizó el traslado de régimen pensional, como tampoco donde la demandante cumplió los 47 años de edad para entrar en la prohibición de trasladarse de régimen nuevamente,

sino que fue un fondo intermedio al que la actora decidió afiliarse y que no podía negarse a dicha afiliación, razón por la que la relación con los hechos discutidos dentro del proceso es poca o nula. Indicó que la Juez hizo alusión al deber jurídico de soportar el daño, por lo que, si la diferencia entre las mesadas pensionales está establecida en la ley, prácticamente es un deber jurídico de las personas soportar esa diferencia pensional entre los dos regímenes, de ahí que la demandante tiene ese deber jurídico, más aún cuando fue ella la que solicitó el reconocimiento de la pensión en el RAIS. Además, que no se probó ningún daño por la parte demandante, sin que pueda ser relevada de esa carga procesal, ya que la mera diferencia en las mesadas pensionales no constituye un daño. Tampoco está acreditada la culpa para que la AFP deba resarcir el presunto daño y menos existe nexo de causalidad, en razón a que fue la misma demandante con sus acciones la que rompió dicho nexo, pues siempre tuvo la posibilidad de retomar al RMPPD, pero decidió realizar traslados horizontales entre AFP del RAIS. Finalmente, expone que la demanda no adelantó una demanda solicitando la ineficacia del traslado antes de solicitar la pensión de vejez, lo cual también sería una negligencia de su parte, por la que ahora no puede pretender beneficiarse de ella.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. reiteraron los argumentos del respectivo recurso de apelación. COLPENSIONES insistió en los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda frente a la improcedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional. Los demás sujetos procesales guardaron silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos y las pretensiones de la presente acción, lo decidido por la primera instancia y los recursos de apelación propuestos, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones

legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada⁹, el determinar; primero, si con el traslado de régimen pensional se le causó a la demandante un perjuicio que deba ser reparado por las AFP del RAIS demandadas; segundo, si es procedente revocar la condena en costas impuesta a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto, a saber: **1.** Que la señora LIDA ESPERANZA RAMÍREZ URREGO se trasladó de régimen pensional, desde el otrora ISS a la AFP COLFONDOS S.A., el 1º de octubre de 1996 (fs. 34 archivo 27 y 42 archivo 01 ED); **2.** Que la demandante se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. a través de formulario de vinculación suscrito el 15 de septiembre de 1998 (f. 88 archivo 11 ED); **3.** Que posteriormente se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., a través de formulario de vinculación suscrito el 7 de noviembre de 2001 (f. 43 archivo 01 ED) y; **4.** Que PROTECCIÓN S.A. le reconoció pensión de vejez en aplicación de la garantía de pensión mínima, a partir del 1º de abril de 2022 (fs. 19-28 archivo 01 ED).

Como punto de partida, se tiene que, en asuntos como el que ahora nos ocupa, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL1113-2022, ha enseñado que el pensionado en el RAIS que se considere lesionado en su derecho puede obtener la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría en el momento de realizarse el traslado de régimen pensional desde el RPMPD, bien a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria, siempre que, por lo menos, así se plantee en el petitum de la demanda, o en los hechos fundantes de la misma y se haya tenido oportunidad de discutirlos en el proceso. Dijo la CSJ en la referida providencia, lo siguiente:

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

⁹ Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

(...)

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

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

Sobre la posibilidad de solicitar la indemnización de perjuicios en tratándose de pensionados que se trasladaron del RPMPD al RAIS, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha señalado que «*si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora*», ello teniendo en cuenta el principio general del derecho según el cual, «*quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC)*».

Lo adoctrinado por el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral se sustenta en que la acción de indemnización de perjuicios, no es ajena al derecho laboral y de la seguridad social, en la que en efecto cabe la reparación del daño por la responsabilidad imputable a la AFP, siempre que el petitum de la demanda esté encausado en ese sentido, como en el caso de autos, en donde se pretende que se reconozca a cargo de las AFP del RAIS llamadas a juicio, a título de indemnización de perjuicios, la diferencia de la mesada pensional que le hubiere correspondido a la promotora de la acción en el RPMPD.

Ahora bien, como quiera que la procedencia de los perjuicios cuya reparación se reclama se deben analizar bajo la óptica del régimen de responsabilidad subjetiva contractual por culpa probada, resulta necesario remitirnos a lo adoctrinado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC282-2021, en la que expuso lo siguiente:

“El daño, como el elemento nuclear de la responsabilidad, consiste en el menoscabo que la conducta dañosa del victimario irroga al patrimonio, sentimientos, vida de relación o bienes de especial protección constitucional de la víctima.

Se trata de «una modificación de la realidad que consiste en el

desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio» (CSJ, SC10297, 5 ag. 2014, rad. n.º 2003-00660-01; reiterada SC2758, 16 jul. 2018, rad. n.º 1999-00227-01).

En otras palabras, «es ‘todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad’» (SC16690, 17 nov. 2016, rad. n.º 2000-00196-01).

2.1.2. Para que el daño sea susceptible de ser reparado se requiere que sea ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’ (Sentencias de 26 de enero de 1967 (CXIX, 11-16) y 10 de mayo de 1997, entre otras)» (SC, 27 mar. 2003, exp. n.º C-6879); asimismo, debe afectar un interés protegido por el orden jurídico (SC13925, 30 sep. 2016, rad. n.º 2005-00174-01).

(...)

El principio de reparación integral propugna porque la víctima de un daño sea restablecida a la situación en que se encontraría de no haber sufrido el agravio, de suerte que se mantenga indemne de las consecuencias negativas del hecho culposo. Por tanto, «el resarcimiento no puede superar la pérdida efectiva, ni generar una ventaja para el damnificado».

La Corte, refiriéndose a este principio, ha ordenado «que al afectado por daños en su persona o en sus bienes, se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior..., y por eso, acreditada la responsabilidad civil, el juez ‘tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio» (SC, 18 dic. 2012, rad. n.º 2004-00172-01, reiterada en SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-0014-01).» (Lo subrayado no lo está en el texto original).

Extrapolando las anteriores consideraciones al caso concreto, corresponde verificar si a la señora LIDA ESPERANZA RAMÍREZ URREGO se le ha ocasionado un daño que deba ser reparado por las AFP del RAIS a las que estuvo afiliada, considerando este cuerpo colegiado que ello sí acontece, en razón a que ninguna de las encartadas cumplió con el deber procesal de demostrar que al momento del traslado de régimen pensional del RPMPD al RAIS y posteriores afiliaciones en dicho régimen, en su orden COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., cumplieron con su deber de información frente a la actora a efectos de que esta pudiera advertir las consecuencias que frente a su pensión de vejez tendría el acto de traslado y su permanencia en el régimen privado hasta alcanzar el derecho pensional, ya que ninguna de ellas acreditó que informó a su entonces afiliada sobre su derecho de retracto y la posibilidad que tenía de retornar al RPMPD hasta

antes del límite de temporal establecido en el literal d) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ya que solo se allegó por parte de las AFP los correspondientes formularios de afiliación; empero, tales probanzas no reflejan que de manera documentada se haya presentado la asesoría cualificada exigida y, en consecuencia, no es posible concluir que las recurrentes cumplieron con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, y que no solo son los beneficios de cada uno de los regímenes, como al parecer lo entiende la apoderada de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron explicitadas previo al momento de efectuarse el traslado de régimen, ni los posteriores traslados horizontales.

Nótese que ninguna de las apelantes plantea su inconformidad con el fallo desde el punto de haber cumplido con la obligación de información que como administradoras de pensiones les competían, sino que todas aducen que la sola diferencia entre la mesada pensional otorgada por el fondo privado y la que le hubiese correspondido a la demandante de haber permanecido en el RPMPD, no es suficiente para acreditar el daño, aspecto sobre el cual valga resaltar, no les asiste razón, como quiera que, contrario a sus dichos, esa diferencia pensional es la que precisamente materializa el daño patrimonial generado por la falta de información (culpa), que le es atribuible a las AFP del RAIS demandadas, pues así lo explicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3535-2021, en los siguientes términos:

“Por consiguiente, siempre que dicha pretensión sea plasmada en la demanda -lo que en este caso no ocurrió-, bien podría el juez ordenar a título de indemnización de perjuicios el pago a cargo de la AFP de la diferencia entre la prestación reconocida en el RAIS y aquella que hubiese tenido en el RPMPD. Esto es, imponer el pago de una renta periódica en los mismos términos en que lo habría hecho el régimen de prima media con prestación definida, tanto para el pensionado como para sus potenciales beneficiarios, ordenando compensar o restituir todo aquello a lo que haya lugar”.
(Subrayas ex texto original).

En ese sentido, el hecho de que la demandante hubiese dicho en su interrogatorio de parte que tenía casa propia y que se encontraba devengado la pensión que le reconoció PROTECCIÓN S.A., no implica que la falta de información al momento de las afiliaciones a las AFP no le hubiese generado un perjuicio, ya que no es por sí sola la diferencia entre la pensión reconocida y la que le hubiese correspondido de no haberse trasladado de régimen la que genera el daño como al parecer lo entienden los recurrentes, porque es verdad

que esa diferencia está establecida en la propia ley, sino que es precisamente que, por la falta de información que les es imputable, la promotora de la acción no pudo advertir que esa era una posibilidad y así tomar la decisión que más le conviniera a sus intereses, ya que no se demostró que se le hubiese informado cuales eran las variables que inciden en la cuantificación de la pensión de vejez en el RAIS, como tampoco las diferencias que frente a ese aspecto existen con el RPMPD y ante dicha omisión, no es posible predicar que existió por parte de la señora LIDA ESPERANZA RAMÍREZ URREGO una manifestación de voluntad informada, como erradamente lo señala la apoderada de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.

En este punto, resulta pertinente traer a colación lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL373-2021), en torno de la concreción del daño, al resaltar que: *“el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado”*, lo que en efecto se presenta en el caso bajo estudio, pues la falta al deber de información detallada e íntegra por parte de las AFP previo al momento de la afiliación, determinante de su consentimiento, su permanencia y pleno y satisfactorio disfrute de la pensión, privó a la demandante de la oportunidad de pensionarse con mejores condiciones en el RPMPD, visto que en el ámbito de la responsabilidad subjetiva se denomina *“pérdida de oportunidad”* como daño reparable, dentro de las siguientes condiciones:

“La Sala, asimismo, en oportunidad reciente, se refirió a “la pérdida de una oportunidad” como “la frustración, supresión o privación definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación ulterior del patrimonio” y luego de hacer mención de las diferentes tesis que plantea la doctrina respecto de la naturaleza del detrimento que se estudia, concluyó que “[a]l margen de la problemática precedente, la pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual. (Sentencia del 01 de noviembre de 2013, ref.: 08001-3103-008-1994-26630-01, Sala de Casación Civil)”.

Así las cosas, contrario a lo esgrimido por el apoderado de PORVENIR S.A. en su alzada, para la sala es clara la presencia de los tres elementos de la responsabilidad subjetiva, esto es, una culpa probada de las AFP accionadas, un daño directo y cierto, y un nexo causal entre los dos primeros elementos y, por tanto, las AFP del RAIS demandadas deben concurrir en el resarcimiento del daño, en atención a que la falta de información les es imputable a cada una de ellas, independientemente de que solo una fue la que intervino en el acto mismo de traslado de régimen, pues aunque se llegue a

admitir que esa AFP sería la directamente responsable del daño, la responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de la seguridad social consiste en que si el responsable principal incumple con dichas obligaciones, el responsable solidario es llamado a responder por esas obligaciones aunque no estén directamente en cabeza suya, es decir, el afectado puede perseguir el resarcimiento del perjuicio en cualquiera de las encartadas, por lo cual no era necesario que la A quo indicara en el porcentaje en que las demandadas deben concurrir en el pago de las condenas, como lo alega la apoderada de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, no encuentra la Sala un argumento de los recurrentes con la identidad suficiente para revocar la condena que por lucro cesante impartió la primera instancia, pues aparte de como ya se anotó, está configurada la triada de los elementos de la responsabilidad subjetiva, el hecho de que la demandante no hubiese adelantado la presente acción antes de adquirir el status de pensionada, no se traduce per sé en que dicha responsabilidad de las AFP desaparezca, en tanto la falta de información que les es atribuible (culpa), se predica de la falta de información previa a la respectiva afiliación, motivo por el cual se confirmará la sentencia en ese sentido.

Finalmente, en relación con la condena en costas objeto de reproche por PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia, por lo que considera la Sala que no le asiste razón a las apelantes, pues conforme el art. 365 del C.G.P., al revisar su actuar durante el curso del litigio, se advierte sin mayor dificultad que mantuvieron su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, tanto las principales como las subsidiarias, proponiendo incluso excepciones de mérito.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo cuando la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, es decir, es una facultad del operador judicial, más no un imperativo, razón por lo que también se

confirmará la decisión respecto de ese aspecto.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada en su integridad.

Costas de esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., por no haber prosperado sus recursos de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

Por lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

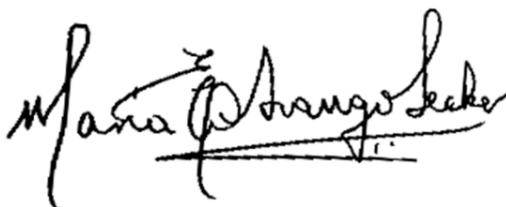
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 025 del 20 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.** Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

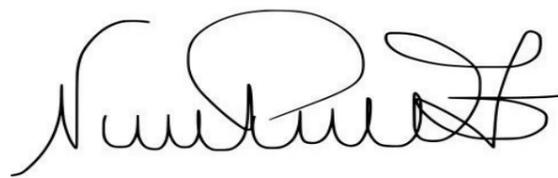
Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA