

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

DEMANDANTE: JAIRO TOMBE USECHE
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y OTRO
RADICACIÓN: 76001-31-05-005-2022-00042-01
ASUNTO: Consulta sentencia de octubre 4 de 2023
ORIGEN: Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali
TEMA: Ineficacia de traslado de régimen de pensionado –
perjuicios por traslado – prescripción
DECISIÓN: Confirma

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante frente a la Sentencia No. 304 del 4 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **JAIRO TOMBE USECHE** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-005-2022-00042-01**, dentro del cual se integró como litis consorte necesario por pasiva a la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

SENTENCIA No. 274

DEMANDA¹. El promotor de la acción eleva como pretensiones principales que se declare la nulidad absoluta del traslado del RPMPD al RAIS administrado por PROTECCION S.A., se declare que siempre estuvo válidamente afiliado al ISS hoy COLPENSIONES, ya que no se surtieron los efectos legales y jurídicos que implica el traslado de régimen; como

¹ Archivo 03 Expediente Digital

consecuencia de ello, se ordene a PROTECCION S.A. el traslado al fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, del capital ahorrado en la cuenta individual; se condene a COLPENSIONES, a reconocer y pagar la reliquidación pensional, así como la indexación bajo la normativa que rige al RPMPD y; que se condene a las demandadas en costas procesales. Como pretensiones subsidiarias solicita que se condene a PROTECCIÓN S.A. al pago de la indemnización plena de perjuicios por el traslado efectuado del RPMPD al RAIS sin los requisitos mínimos de asesoramiento exigidos por la ley y la jurisprudencia, por las sumas de dinero dejadas de recibir, debidamente indexadas y a reliquidar la pensión de acuerdo a los postulados del RPMPD.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 20 de julio de 1955; que cotizó al otrora ISS de manera interrumpida del 1 de julio de 1975, logrando acumular un total de 791.29 semanas; que fue trasladado del RPMPD al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., pero el traslado no se surtió en debida forma, pues no recibió por parte de las administradoras la información que debe proveerse al momento de ser afiliado o trasladado de régimen pensional; que mediante comunicación del 28 de septiembre de 2018, PROTECCIÓN S.A. le reconoció la pensión de vejez en cuantía de garantía de salario mínimo a partir del 21 de noviembre de 2018, sin embargo, realizando los cálculos de rigor, tendría una mesada pensional más alta en COLPENSIONES de la que viene percibiendo en el fondo privado, por lo que el 23 de diciembre de 2021 elevó petición tendiente a que se declarara la nulidad de su traslado con destino a las AFP, pero recibió respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

PROTECCIÓN S.A.². La administradora se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, como argumentos de defensa, sostuvo que el actor disfruta actualmente de una pensión de vejez anticipada reconocida a partir del 1 de octubre de 2018 bajo la modalidad de retiro programado, razón por la que, conforme las circulares externas 058 de 1998 y 006 de 2011 emanadas de la Superintendencia Financiera y el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, no es viable autorizar el traslado de régimen a favor de quien se ha reconocido un beneficio pensional. Además, que el traslado de régimen que efectuó el

² Fs. 2-44 Archivo 10 Expediente Digital

demandante se sujeta a la presunción de validez por cuanto se hizo de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Asimismo, que no se encuentra relación alguna a modo de nexo causal entre los daños presuntamente alegados y el actuar diligente de la AFP al momento de la afiliación al RAIS, pues sí brindó una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y el funcionamiento de este, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Igualmente, se le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fin de que puedan tomar la decisión que más les convenga, entre otras, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla de voluntad de afiliación y conforme a su manifestación de voluntad expresada donde quedó plasmado su consentimiento. 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 Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; genérica; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; prescripción de la acción para solicitar la indemnización de perjuicios por incumplimiento en el deber de información.

En escrito separado presentó demanda de reconvención solicitando que, en caso de prosperar la pretensión de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, se condenara al demandante principal a reintegrar las mesadas pensionales canceladas debidamente indexadas desde la fecha de su pago.

COLPENSIONES.³ La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que, como consta en la pruebas aportadas, el actor efectuó el traslado de manera libre, suscribió el traslado desde el Seguro Social al fondo privado, por lo que tal actuación es legal y válida, y no

³ Fs. 3-15 Archivo 11 Expediente Digital

se ha demostrado ningún vicio en el consentimiento, además la selección de uno cualquiera de los regímenes existentes es única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria, por ello la AFP no está obligada en realizar el traslado del RAIS al RPM. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada, buena fe, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad.

COLFONDOS S.A.⁴. La administradora no presentó oposición a las pretensiones de la demanda, pero aclaró que siempre cumplió con el deber de informar, jamás existió omisión en la información, como tampoco indebida o equivocada asesoría, pues el demandante es una persona mentalmente estructurada que contaba con la capacidad de sopesar los argumentos manifestados por los asesores a fin de determinar si realmente le convenía o no tomar dicha decisión, entonces no es válido que después de estar varios años afiliado al RAIS, cuando evidenció que no logró cumplir con los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen, pretenda obtener la anulación de una afiliación completamente legal. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO⁵. El ente ministerial se opuso a la totalidad de las pretensiones de la acción, argumentando que no resulta legalmente valido el que ahora el demandante, después de transcurridos más de cuatro años del reconocimiento de la Pensión de Vejez (Garantía de Pensión Mínima) por parte de la AFP PROTECCION, financiada con el monto del bono pensional que fue pagado por la Nación – OBP y COLPENSIONES, previa autorización que supone otorgó el demandante a la AFP PROTECCION, disfrutando de la misma durante el mismo lapso de tiempo, pretenda desconocer abiertamente su condición de pensionado del RAIS alegando supuestos engaños en el proceso de afiliación al fondo privado, mismos que en su concepto quedaron saneados desde el momento

⁴ Fs. 3-20 Archivo 16 Expediente Digital

⁵ Fs. 4-30 Archivo 17 Expediente Digital

mismo en que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez en la modalidad de Garantía de Pensión Mínima y autorizó por escrito a la AFP PROTECCION para solicitar ante la OBP la emisión y redención de su bono pensional a efectos de poder elevar formalmente la petición de reconocimiento de dicha prestación ante la referida AFP, para obtener un eventual traslado de Régimen, más aún, cuando la normatividad actual solo prevé esta posibilidad para aquellas personas que en su condición de afiliados no pensionados, cumplan con los requisitos de ley para solicitar válidamente dicho traslado. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación, saneamiento de los vicios del consentimiento, buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 304 del 4 de octubre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación planteada por los demandados, respecto a la pretensión de ineficacia de traslado reclamada por el actor y se declara probada la excepción de prescripción propuesta por AFP PROTECCIÓN S.A. respecto de la pretensión subsidiaria indemnización de perjuicios y pretensiones accesorias del actor.

SEGUNDO: ABSOLVER a las AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., COLPENSIONES y la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA y crédito público de las pretensiones elevadas por el demandante JAIRO TOMBE USECHE.

TERCERO: Costas a cargo de la parte vencida en juicio y en favor de COLPENSIONES, COLFONDOS, PROTECCIÓN S.A. y la nación - MINISTERIO DE HACIENDA y crédito público, inclúyase en la misma el valor de **\$100.000** a favor de cada una, por concepto de agencias en Derecho.”

Como fundamento de su decisión, señaló el a quo, en síntesis, que si bien no existía prueba de que al momento del traslado de régimen el demandante recibió información clara y suficiente respecto de las implicaciones que de dicho acto se desprendían; no obstante, no era procedente declarar la ineficacia de dicho traslado en atención que actualmente devenga una pensión de vejez reconocida por PROTECCIÓN S.A. desde el año 2018, por lo que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al tener el actor la calidad de pensionado, no era posible retrotraer las cosas al estado que se encontraban antes de efectuarse el traslado de régimen, como quiera que éste se encuentra en una situación jurídica consolidada. Agregó, frente a la pretensión subsidiaria de los perjuicios por el traslado, que si bien estos se materializaron con la merma

en la mesada pensional del demandante producto de la falta de información por parte de la AFP, la acción para reclamarlos se encontraba prescrita, ya que al actor se le notificó la comunicación que le reconocía la pensión, el 6 de noviembre de 2018, pero sólo reclamó ante el fondo el 23 de diciembre de 2021, más de tres años después. Por último, indicó que, al no haber prosperado las pretensiones de la demanda principal, no había lugar a pronunciarse sobre la demanda de reconvención.

CONSULTA

Se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte DEMANDANTE, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el artículo 69 C.P.T. Y S.S., Mod., Ley 1149 de 2007 art. 14, por haber sido la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado para alegar de conclusión. Colfondos y Colpensiones reiterando la tesis expuestas en la contestación de la demanda y solicitando se confirme la sentencia de primera instancia. Surtido el trámite procede la Sala al estudio de la consulta en favor de la parte DEMANDANTE.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con las pretensiones de la demanda y lo decidido en primera instancia, se centran a resolver: **(i)** si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el señor JAIRO TOMBE USECHE al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias económica que de dicha declaración se derivan; **(ii)** si en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, es procedente condenar a COLPENSIONES a que reliquide la pensión de vejez del demandante conforme las disposiciones aplicables al RPMPD; y, en caso de no prosperar la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen, **(iii)** analizar si con el traslado de régimen pensional se le causó al demandante un perjuicio que deba ser reparado por las AFP del RAIS demandadas y; **(iv)** si la acción para reclamar los perjuicios a cargos de las AFP del RAIS se encuentra prescrita o no.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que se encuentran plenamente acreditados dentro del presente asunto: **i)** Que el señor JAIRO TOMBE USECHE se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 7 de julio de 1975, y realizó cotizaciones válidas en dicho régimen hasta el 28 de enero de 1991 (fs. 2-4 Archivo 12 ED); **ii)** Que se trasladó al RAIS a través de COLFONDOS S.A., el 1 de junio de 1994 (f. 67 Archivo 10 ED); **iii)** Que se trasladó a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. mediante formulario de vinculación suscrito el 10 de junio de 1997 (f. 45 Archivo 10 ED) y; **iv)** Que se encuentra pensionado por PROTECCIÓN S.A. desde el 21 de noviembre de 2018 (f. 69 Archivo 10 ED)

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera ya pacífica y reiterada desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019 y en una más reciente SL 1055 de 2 de marzo de 2022, esta última con ponencia del Honorable Magistrado IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las AFP el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es el administrador experto, por ello, *“... el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”* Así lo ha expresado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias con radicaciones Nos. 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado en Sentencia SL2611-2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019 y SL 1055 de 2022, cuando en esta última providencia la Corte recalca que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para verificarse el deber de información la persona afiliada tenga que ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o esté próxima a consolidar el derecho pensional. Lo anterior porque la ineficacia se predica frente al acto jurídico de traslado considerado en sí mismo y para ello únicamente debe verificarse si dicho requisito para su eficacia se cumplió o no”*.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, que asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, por ser el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el

plenario, no acreditó PORVENIR S.A., quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, aplicable por analogía del artículo 145 del CPTSS, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información al afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “*(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)*” (SL2817-2019). Bajo ese panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que éstos aporten las pruebas que constaten la información brindada.

No obstante, en el asunto bajo examen, la Sala no puede pasar por alto que JAIRO TOMBE USECHE, tiene la calidad de pensionado de PROTECCIÓN S.A., quien le reconoció pensión de vejez a partir del 21 de noviembre de 2018, lo cual es reconocido y aceptado desde el escrito de la demanda.

En un asunto de similares características fácticas, tratándose de la pretensión de un pensionado sobre la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, señaló:

“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)², lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relieves algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los

contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado. Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.”

(...)

“La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría 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.”

Ahora bien, respecto de las acciones con que contarían los pensionados que se encontraren en las circunstancias fácticas referidas en la decisión antes mencionada (SL373 del 10 de febrero de 2021), la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó que:

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

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar

integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

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

En tal sentido, en el caso de las personas que han adquirido el estatus de pensionados no resulta procedente declarar la ineficacia de su traslado de régimen pensional, aun cuando se compruebe la falta de información y asesoría por parte de la AFP del RAIS, como quiera que se encuentra en una situación jurídica consolidada que no es posible retrotraer, ya que esa posibilidad se erige única y exclusivamente frente a quienes tienen la calidad de afiliación al sistema, lo cual resulta coherente con el hecho de que el acto que se deje sin efecto es precisamente es la afiliación. Por ello, conforme la doctrina jurisprudencial, en esta clase de asuntos lo que se debe analizar, si así se solicitó en la demanda, como en efecto lo hizo el promotor de la acción, es si con el traslado de régimen se causó algún perjuicio al entonces afiliado, ahora pensionado, que deba ser resarcido por la AFP privada.

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 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 al señor JAIRO TOMBE USECHE se le ha ocasionado un daño que deba ser reparado por las AFP del RAIS a las que estuvo afiliado, 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, cumplieron con su deber de información a efectos de que el actor 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 afiliado 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 administradoras 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, 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.

Vale resaltar, que la diferencia pensional que pudiera existir entre ambos regímenes pensionales 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, es precisamente por la falta de información que les es imputable a las AFP del RAIS que el promotor de la acción no pudo advertir que la diferencia en su pensión de vejez 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 del señor JAIRO TOMBE USECHE una manifestación de voluntad informada.

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 al 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, 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 en atención a que la falta de información les es imputable a cada una de ellas.

A pesar de lo anterior, como bien lo expuso el operador judicial de primer grado, el derecho al resarcimiento de los perjuicios causados al demandante se encuentra afectado por el fenómeno extintivo de la prescripción, en razón a que dicha acción se encuentra sometida al trienio prescriptivo reglado por el artículo 151 del C.P.T. y S.S. y, en este caso, como ya se dijo, el señor JAIRO TOMBE USECHE adquirió el estatus de pensionado el 21 de noviembre de 2018, pero como se reconoce en la demanda, sólo elevó reclamación ante la AFP el 23 de diciembre de 2021, es decir, cuando ya se

había vencido el término de la prescripción.

Al respecto, es necesario traer a colación lo dicho por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1956-2023, dentro de la que rememoró la SL373-2021, en los siguientes términos:

“Es cierto que esta Corporación ha sostenido reiterada y pacíficamente que el derecho pensional no prescribe, dado su carácter de irrenunciable, de tracto sucesivo y vitalicio, de suerte que puede demandarse en cualquier tiempo (CSJ SL, 6 feb. 1996, rad. 8188, reiterada en CSJ SL11428-2016), sin perjuicio de la extinción de las mesadas no reclamadas en tiempo; sin embargo, esa imprescriptibilidad no se aplica a la indemnización de perjuicios por el daño causado con ocasión del traslado de régimen, en tanto es una consecuencia resarcitoria única que se paga por una sola vez, generada por el incumplimiento del deber de asesoría e información a cargo de la AFP, respecto de quien luego del traslado obtuvo la pensión en el RAIS, tampoco, como ahora lo propone la censura, se extiende a la acción consagrada en el art. 151 del CPTSS para reclamarla en juicio.

De allí que, como lo ha enseñado esta Corte, sea a partir del momento en que se conoce ese daño que debe reclamarse su compensación so pena de que se extinga la acción para demandarla judicialmente.

Es un hecho cierto que por regla general tal información se conoce cuando se obtiene la condición de pensionado y a partir de esa fecha es que empieza a correr el plazo extintivo de la acción y consecuentemente de la indemnización. En lo concerniente, en sentencia CSJ SL373-2021 se adoctrinó:

*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.***

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado. (Negrita propia).

De lo dicho, se itera, no es posible asimilar la prescripción de la acción para demandar la indemnización, con el derecho a la pensión, como lo pretende ahora la censura, al asegurar la imprescriptibilidad de aquella, pues el hecho de que la cuantía a pagar a título de resarcimiento del daño se pueda obtener en parte del eventual valor de la mesada al interior del RSPMPD, no cambia su naturaleza indemnizatoria única y tampoco, el término extintivo de la acción consagrado claramente en el art. 151 del CPTSS.”

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, no le queda otro camino a la Sala sino confirmar en su integridad la sentencia de primer grado. Sin costas en esta instancia por conocerse en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

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,

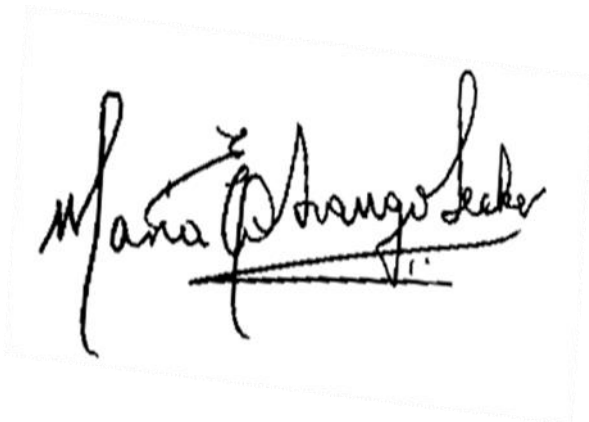
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 304 del 4 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

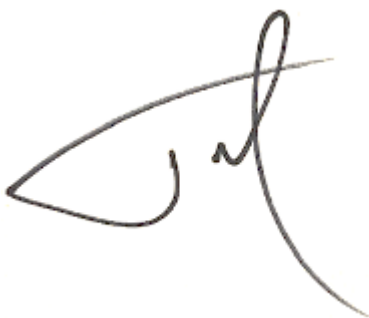
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO