

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso el demandante y Colpensiones presentaron alegatos de conclusión por escrito dentro del término establecido para tal efecto. Protección S.A. guardó silencio.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

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

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00354-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Julio Fernando Salamanca Pinzón
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

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

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, veintinueve (29) de mayo dos mil veintitrés (2023)

Acta No. 83 del 25 de mayo de 2023

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

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Protección S.A. en contra de la sentencia proferida el 31 de octubre de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. La demanda y la contestación de la demanda

El señor **JULIO FERNANDO SALAMANCA PINZÓN** pretende, básicamente, que se declare la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen pensional efectuado al RAIS a través de la afiliación a la AFP Colmena, hoy PROTECCION S.A., y, en consecuencia, se condene a este fondo privado a liberarlo de sus bases de datos y a remitir los saldos y cotizaciones efectuadas con destino al RPMPD administrado actualmente por Colpensiones, y a esta a recibir tales sumas y a aceptar el traslado de régimen teniéndolo nuevamente como su afiliado, así como a la condena por costas procesales.

En escrito de reforma a la demanda, el demandante añadió como pretensión subsidiaria, que se declare que la AFP Colmena hoy Protección S.A. incumplió su deber de información al momento de efectuar su afiliación al RAIS, y, en consecuencia, se le condene a pagar la indemnización total de perjuicios ocasionados en la cuantía de su pensión.

En sustento de lo pedido, expone lo siguiente: i) que nació el 29 de marzo de 1955; ii) se afilió al RPMPD en abril de 1978, efectuando cotizaciones hasta el mes de marzo de 1996, pues el día 5 de ese mes y año suscribió formulario de afiliación con la AFP Colmena Hoy Protección S.A, por cuanto el asesor de aquel fondo privado

le aseguró que de trasladarse al RAIS recibiría una mesada pensional más alta, o en caso de no querer optar por la pensión, podría reclamar la devolución de saldos incluido el bono pensional; iii) que le dijeron que el ISS estaba próximo a desaparecer y los aportes efectuados estarían en riesgo de perderse, sin embargo nunca le informaron sobre las desventajas que tendría el trasladarse de régimen pensional. Aduce que la entidad no aportó ningún documento que permita comprobar cuál fue el asesoramiento brindado al momento de la suscripción del formulario de afiliación ni tampoco que hacía el proceso de capacitación a sus asesores comerciales, ni que hubiese cumplido con el Estatuto Orgánico Financiero vigente para aquella época. Finalmente indica que el 13 de noviembre de 2020 Colpensiones le negó la solicitud de traslado aduciendo que la información consultada indica que se encuentra pensionado en el RAIS.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**, por su parte, refiere que la afiliación del demandante a la AFP COLMENA -hoy PROTECCIÓN S.A.- en virtud de la cual se trasladó del RPM al RAIS en el mes de marzo de 1996, se realizó de conformidad con el artículo 13 de la ley 100 de 1993, puesto que tomó la decisión libre y espontánea de trasladarse al RAIS y, es él quien debe acreditar que la información suministrada fue equivocada o engañosa, debido a que su voluntad ha sido por 24 años permanecer en dicho régimen, máxime que no era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En ese entendido, formuló las excepciones de fondo que denominó: *"Validez de la afiliación al RAIS y los actos de relacionamiento"*, *"Saneamiento de una presunta nulidad"*, *"Solicitud de traslado de dineros de gastos de administración"*, *"Prescripción"*, *"Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal"*, *"Buena fe"*, *"Imposibilidad de condena en costas"* y *"Declaratoria de otras excepciones"*.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, señaló que el demandante no pudo ser víctima de la omisión

en la información al momento del traslado de régimen dado que este se basó en un acto propio y voluntario, además de que no era beneficiario del régimen de transición, por lo que tampoco pudo ser objeto de engaño por no habersele hecho incurrir en error sobre el objeto de la contratación en lo relativo a sus derechos prestacionales, características y condiciones del régimen que lo acogía. Sostuvo además que el perjuicio irrogado debe obedecer a la existencia de un daño indemnizable, el cual debe ser cierto, inminente y actual, correspondiéndole al perjudicado su demostración y no a la AFP, dado que no se trata de una negación indefinida. Formuló como excepciones de fondo las que denominó: *"genérica o innominada", "prescripción", "buena fe", "compensación", "exoneración de condena en costas", "inexistencia de la obligación", "falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada", "inexistencia de la fuente de la obligación" "inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad" "ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio", "afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado", "Excepción de mérito seguro previsional", "Excepción de mérito cuotas de administración", "Inexistencia de responsabilidad por inexistencia de sus elementos esenciales contractuales de carácter asistencial".*

Adicionalmente, presentó demanda de reconvención solicitando que se declare que el demandante le adeuda al fondo privado la suma cancelada por concepto de retroactivo pensional y mesadas pensionales canceladas, y, en consecuencia, pide que se condene al actor a reintegrar o compensar en favor de Protección S.A., la suma de \$30'253.275 y demás mesadas que sean canceladas a partir del 1 de enero de 2021, junto con los intereses moratorios a la tasa máxima permitida o en subsidio la indexación, más las costas del proceso. Como sustento a esos pedimentos expuso en síntesis que el demandante presentó reclamación pensional ante la entidad, razón por la cual el 1 de enero de 2021 le fue reconocida la pensión de vejez, recibiendo al 31 de enero de 2021 a título de mesadas la suma antes referida (archivo 21).

La parte demandante guardó silencio durante el término de traslado de la demanda de reconvención.

2. Sentencia de primera instancia

La a-quo declaró que la **AFP PROTECCIÓN S.A.** incumplió el deber de información que le asistía para el 05 de marzo de 1996, cuando efectuó el traslado de régimen pensional del señor **JULIO FERNANDO SALAMANCA PINZÓN** del RPMPD al RAIS. En consecuencia, declaró que el señor **JULIO FERNANDO SALAMANCA PINZÓN** sufrió un perjuicio económico en la cuantía de su mesada pensional, así: para el 2020 de \$1'997.909; para el 2021 de \$2'067.544 y para el 2022 de \$2'183.740, que debe ser resarcido por la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, por lo que condenó a esta última, a título de indemnización de perjuicios y con cargo a su propio patrimonio, la suma de \$66'111.238, por concepto de retroactivo por diferencia en las mesadas pensionales causadas entre el 7 de abril de 2020 y el 30 de septiembre de 2022, sin perjuicio de las que se sigan generando hasta que el daño o perjuicio deje de existir y le ordenó reconocer y pagar al demandante, a partir del mes de octubre de 2022, una mesada pensional conformada por el valor que viene reconociendo de \$2'458.021, más la suma de \$2'183.740 que se insiste debe ser cancelada por el referido fondo de pensiones a título de indemnización de perjuicios, con cargo a sus propios recursos. De modo que la mesada pensional integrada en favor del actor asciende a \$4'641.761, sin perjuicio de los aumentos y reajustes de ley, y, adicionalmente, la autorizó a efectuar los descuentos correspondientes con destino al sistema de salud.

Para arribar a la anterior decisión, señaló, en resumen, que jurisprudencialmente se ha descartado la posibilidad de declarar la ineficacia del traslado de aquellos afiliados que ya tienen consolidado el derecho pensional y

ostentan el estatus de pensional, como ocurre en este caso, en razón de lo cual negó las pretensiones principales, encaminadas al retorno del demandante al RPM.

Seguidamente, indicó que a los pensionados les queda la posibilidad de demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la entidad administradora de pensiones que incumplió su deber de información, con fundamento en lo preceptuado en el último inciso del artículo 10 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, aunado a lo previsto en el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, que establece que las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad, por lo que serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.

Acorde con las citadas disposiciones normativas, concluyó que las administradoras de fondos de pensiones que incurran en omisiones o actuaciones en el ejercicio de su actividad, deben responder por los perjuicios económicos que eventualmente se causen a los usuarios, de modo que el afectado puede solicitar la indemnización de perjuicios a cargo de la entidad administradora de fondo de pensiones que se lo causó, tal como ya lo decidió la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3535 de 2021, en la que precisó que dicho perjuicio equivale a *“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 hubiere lugar”*.

Con arreglo en lo anterior, descendió al análisis del caso concreto para concluir que la AFP demandada tenía la carga de acreditar que cumplió con el deber de información a su cargo al momento de materializar el traslado de régimen pensional, para lo cual no era suficiente el formulario de afiliación, pues lo único que

acredita este documento es que se efectuó la afiliación en forma libre y voluntaria, pero no que la entidad le entregó la información necesaria, cierta y oportuna que correspondía al afiliado, a fin de que pudiera tomar una decisión informada. De la restante documental, tampoco tuvo por satisfecha dicha carga probatoria, pues se aportó copia de la cédula de ciudadanía del afiliado, el historial de las vinculaciones, la historia laboral, certificación de pensión y la relación de pagos que le han sido efectuados en calidad de pensionado; documental que en nada contribuye a establecer el cumplimiento al deber de información al momento de su vinculación a ese fondo de pensiones. Adicionalmente, en el interrogatorio de parte del demandante, tampoco se encontraron manifestaciones que conjunta o individualmente puedan calificarse como confesión de que la AFP Colmena hoy Protección S.A. le suministró la información oportuna y clara a que estaba obligada, por cuanto, al ser preguntado sobre ello, el señor Julio Fernando Salamanca Pinzón se limitó a señalar que la duración de la asesoría fue corta, más o menos, 15 o 20 minutos. Que no le explicaron sobre modalidades de pensión, requisitos para pensión anticipadamente, ni siquiera que el pensionarse en el RAIS dependía del ahorro que efectuara en la cuenta de ahorro individual. Tampoco sobre los requisitos para pensionarse en el régimen de prima media, ni cómo operaba la devolución de saldos y menos sobre la posibilidad de heredar el capital que financia la pensión.

Así las cosas, añadió que se contaba con material probatorio suficiente para determinar a cuánto ascendería el valor de la mesada pensional del demandante en caso de que hubiese permanecido en el RPMPD, en donde hubiere podido acceder a la pensión bajo los requisitos exigidos en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, pues cumplió la edad mínima el 29 de marzo de 2017 (62 años) y cuenta con más de 1.640 semanas cotizadas. En ese sentido, procedió a calcular el IBL con base en el promedio de los salarios cotizados por el actor durante los últimos 10 años, por resultarle más favorable que el cálculo con toda la vida laboral, lo que derivó en un IBL de \$6´089.173, que, al aplicarle una tasa de remplazo del 71.03%, calculada

con base en la formula establecida en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, proyecta una primera mesada pensional para el año 2020 de \$4'325.140, valor que supera por \$1'997.909 la mesada reconocida por el fondo privado de pensiones accionado, quien reconoció por dicho concepto una mesada \$2'327.231, de lo que se deriva que el demandante sí sufrió un perjuicio económico en la cuantía de su pensión, ante la falta de información que debió brindarle la AFP Colmena hoy Protección, daño que debe ser resarcido por la entidad que lo causó, en los mismos términos del derecho afectado, esto es, con el pago de una renta periódica y vitalicia, pues la culpa viene dada por la conducta negligente de la entidad administradora de pensiones, al no suministrar la información que le correspondía, en tanto que, el daño consiste en las diferencias de la pensión que el afiliado deja de percibir, encontrándose además acreditada la relación de causalidad, pues de mediar la información debida al usuario el daño no se hubiere producido.

3. Recurso de apelación

Contra la anterior decisión presenta recurso de apelación la apoderada judicial de la AFP demandada, solicitando que se revoque en su integridad el fallo de primera instancia, pues el demandante recibió la asesoría pertinente y de manera contundente convalidó su voluntad de permanecer en el RAIS, del que se benefició de los rendimientos y prerrogativas propias por más de 25 años y si bien el asesor en el año 1996, según informó el demandante, le dio una información de una mesada más alta que la ofrecida por el ISS y le habló de la liquidación de esta entidad, no se le puede imponer a la AFP la carga de cubrir perjuicios sin tener en cuenta la pasividad del demandante.

Añade que el demandante no tiene derecho al resarcimiento de perjuicios, en el entendido de que la carga de la prueba en materia de ineficacia está a cargo de

los fondos, según la jurisprudencia, pero no se sugiere lo mismo cuando se persiguen perjuicios, y, en este caso, en la reforma a la demanda no se demostró el perjuicio alegado. Además, el demandante no fue víctima de la omisión de información en el momento de trasladarse al RAIS, pues fue un acto de su propia voluntad, entre otras razones, porque el demandante no es y no era sujeto susceptible de beneficiarse del régimen de transición, por no haber cotizado al sistema los 15 años de prestación de servicios que exige la ley y la jurisprudencia nacional, porque de haber reunido el requisito de la edad, la misma ley prevé que al respecto y por su migración hubo de proceder por ello la renuncia voluntaria a dicho régimen, así entonces es que tampoco pudo ser sujeto susceptible de engaño por no habersele hecho incurrir en error sobre el objeto de la contratación en lo relativo a sus derechos prestacionales, características y condiciones del régimen que lo acogía.

Finalmente, enfatiza que no podrá recaer responsabilidad patrimonial alguna sobre la AFP, porque su obligación contractual es de medio y no de resultado, en la medida en que siendo así, lo cierto es que hoy se hace indefectible concluir sobre la total incertidumbre del devenir previsional y total incertidumbre de relación causal en cuanto a la existencia del daño que alega haber sufrido la parte demandante, de modo que por tratarse de una obligación de medio la carga de la prueba corresponde en su integridad al afectado y en tal sentido deberá demostrar que el resultado que esperaba obtener no se materializó por causa imputable a esta entidad, situación que será imposible acreditarlo porque tal como ha sido diseñado el sistema asistencial en Colombia, son los afiliados quienes asumen los riesgos y las contingencias propias del acontecer pensional, personal, laboral, económico, político, familiar, financiero, legislativo, prestacional y salarial.

Lo anterior porque siendo conscientes los demandantes que dentro del RAIS el valor de la mesada pensional es directamente proporcional al total del valor de saldo ahorrado dentro de la cuenta individual pensional, mal podría pretenderse hacer creer que este (el total del capital abonado en cuenta) resultase finalmente

insuficiente para lograr la pensión a la que se aspira por culpa de la AFP. Sería absurdo no reconocer o negarse a entender que ello obedeció a la insuficiente remuneración salarial o al relativo escaso ingreso base de cotización o a tiempos de cesación de relación laboral, riesgos sobre los que la demandada no tuvo ni tiene participación alguna, de manera que, no existiendo protagonismo causal con cargo a esta entidad, no podrá configurarse sobre esta el elemento de la responsabilidad por imputación fáctica o imputación jurídica en términos de la relación que debe existir entre la conducta contractual y el daño eventualmente ocasionado para concluir que este pueda ser atribuido a la AFP.

4. Alegatos de conclusión

Analizados los alegatos presentados por el demandante y Colpensiones, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresa más adelante. Por su parte, el Ministerio Público no emitió concepto en esta instancia y Protección S.A. dejó transcurrir el término en silencio.

5. Problemas jurídicos por resolver

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

- i. Establecer si para el momento en que la parte actora efectuó el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, existía normatividad

vigente que obligaba a la entidad administradora de pensiones a brindarle al potencial afiliado información suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen.

- ii. Determinar la carga probatoria que les corresponde a cada una de las partes cuando está en discusión el resarcimiento de perjuicios por incumplimiento del deber de información al momento del traslado de régimen pensional de personas que ya gozan de una pensión de vejez en el RAIS, y cuál es el perjuicio que deben sufragar.
- iii. Analizar si quedó probado en el proceso que la parte demandante recibió de parte de la AFP demandada, la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.

6. Consideraciones

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

Como bien se indicó en la decisión de primera instancia, el fundamento legal del resarcimiento o indemnización plena de perjuicios por incumplimiento del deber de información de las AFP, se desprende de los artículos 4, 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, que establecen lo siguiente:

"Artículo 4. DISTRIBUCIÓN MENDIANTE VENDEDORES. (...) las sociedades administradoras de fondos de pensiones verificarán la idoneidad, honestidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado de la labor

que desarrollarán las personas naturales que vinculen como promotores y (...) las actuaciones de los vendedores en ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del Sistema General de Pensiones respecto de la cual se hubiere promovido la correspondiente vinculación"

Artículo 10. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.

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

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

Sobre la manera en que dichos preceptos normativos operan en los casos en que se discute la responsabilidad patrimonial de las AFP por los perjuicios ocasionados a los pensionados que se trasladaron de régimen pensional sobre la base de errores u omisiones en la información presente en la antesala del traslado,

tiene dicho esta Corporación, desde la sentencia del 03 de agosto de 2022, Rad. 2021-00260, M.P. Julio César Salazar Muñoz, lo siguiente:

"Dichas disposiciones normativas regulan la manera y las condiciones como las AFP pueden promocionar sus productos dentro del sistema general de pensiones, así como el personal que pueden utilizar para el efecto, pero, sobre todo, explicita la responsabilidad que les asiste a esas entidades por los errores o las omisiones -que causen perjuicios- en que incurran las personas que se encarguen de la afiliación de los usuarios.

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

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

Dicha indemnización de perjuicios encuentra sustento además en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que establece: "ARTICULO 16. VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales."

Y añade:

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

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

De otro lado, el hecho de que el eventual perjuicio económico causado con ocasión al incumplimiento al deber de información, esté dado en la diferencia existente entre el valor de la pensión reconocida en el RAIS y aquella que hubiese obtenido en el RPMPD de haber permanecido en él, da lugar a que el titular de la pensión tenga como pretensión jurídica el pago periódico de esas diferencias en la pensión a cargo la entidad administradora, a título de indemnización o reparación de perjuicios, mismo que, igual que el derecho a la actualización y/o inclusión de factores salariales en temas pensionales, es de carácter imprescriptible por ser una prestación social de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, siendo únicamente susceptibles de su afectación las mesadas o diferencias que no se reclamen en el término trienal que consagran los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, (ver entre otras, sentencia SL 5535 de 2019).

Por tanto, esta Sala mantiene el criterio jurídico, según el cual, el titular de la acción está habilitado para solicitar en cualquier tiempo, la declaratoria de

incumplimiento al deber de información y precisará que, los perjuicios económicos que tal situación genere, entendidos como las diferencias entre el valor de las mesadas pensionales otorgadas por el RAIS y las que hubiere percibido el pensionado en el RPM, en materia de prescripción, siguen la misma suerte que cualquier mesada pensional, esto es, que solo se ven afectadas por dicho fenómeno, aquellas diferencias que no hayan sido reclamadas en un lapso superior a tres años desde su causación.

Cabe agregar que en dicho pronunciamiento se alude a la sentencia SL 373 de 2021 de la Corte Suprema de Justicia, en la que se indicó, que el término de prescripción de la acción debe contarse desde el momento en que se obtiene la calidad de pensionado, en la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde ese momento.

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

Precisamente, en la citada sentencia CSJ SL373-2021, se indicó:

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

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

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

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

- 1)** Las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen deberes de carácter profesional con sus afiliados y con los consumidores del mercado potencial en general. Además, sus actividades se encuentran reguladas por el Decreto 663 de 1993¹, norma en la que se destaca la importancia de los principios de

¹ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

debida diligencia, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.

- 2) Adicionalmente, se tiene previsto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.
- 3) Dispone el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, que los trabajadores y servidores públicos que se trasladen por primera vez del RPM al RAIS, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.
- 4) En numerosas sentencias del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, se ha establecido que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que el traslado de régimen pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica o con la suscripción de un formato; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones "dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito."
- 5) Con sustento en lo anterior, es evidente que en todos los casos en que un afiliado ponga en cuestión la falta de información veraz, oportuna y completa de las incidencias del cambio del régimen pensional, y bajo tal premisa persiga la ineficacia de su traslado, la defensa de la AFP demandada debe encaminarse a demostrar, bajo los medios probatorios a su alcance, que

cumplió con el deber de buen consejo al transmitirle al afiliado toda aquella información que resultaba relevante para que tomar una decisión de tal trascendencia.

Dicho deber, como lo ha enseñado la Corte, es exigible desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación a la administradora, pues el sistema pensional, del que obviamente son protagonistas de primer orden las Administradoras de Fondos de Pensiones, se supone que actúan mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que tienen la obligación de brindar información confiable a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

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

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

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

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</i> <i>Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</i> <i>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i> <i>Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015</i> <i>Circular Externa No. 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.4. Caso Concreto.

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

En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información *necesaria* en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia *«a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado»*, lo cual debe hacer en un lenguaje claro, simple y comprensible, que dé cuenta de *«los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios»*. y que, como se señaló en la ya citada sentencia SL1452 de 2019, impone, en cumplimiento del principio de transparencia *“la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro»*.

Estos deberes y la carga de su cumplimiento, son exigibles tanto en los casos en los que se define la ineficacia del traslado por omisión del deber de información, como en aquellos eventos en que un pensionado persiga de la AFP la indemnización plena de perjuicios por incumplimiento de dicho deber, pues en uno y otro caso el

objeto de la litis gira en torno a la verificación de la información bajo la cual se obtuvo el traslado, lo cual incumbe a la parte de quien se espera que haya actuado con diligencia y cuidado a la hora de gestionar el traslado de régimen. Por esta razón, no resulta de recibo el argumento del apelante según el cual la inversión de la carga de la prueba del deber de información no se aplica en casos como el presente.

En este caso, la *a-quo* fundó la decisión en el incumplimiento al deber de información por parte de la AFP Protección S.A., al considerar que esta no demostró haberle suministrado al demandante la información requerida al momento de efectuar el traslado del RPMPD al RAIS, a fin de asegurar el consentimiento informado en la elección del régimen pensional y aunque las razones de la inconformidad del apelante estriban principalmente en la imposición de dicha carga probatoria y no en la ausencia de la prueba de su cumplimiento, resulta necesario descender al análisis del caudal probatorio a efectos de establecer si obra en el plenario la prueba del cumplimiento de dicho deber.

Sin embargo, conforme lo estableció la jueza de instancia, las pruebas de carácter documental como la historia laboral, el historial de vinculaciones, la certificación del pago de pensión, y el formulario de afiliación son insuficientes para acreditar el deber de información.

Asimismo, del interrogatorio de parte no fue posible extraer prueba de confesión, ya que el actor jamás aceptó haber recibido una explicación pormenorizada, individualizada e imparcial de "*las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales*", en tanto, explicó que la asesora se acercó a su lugar de trabajo y en 15 o 20 minutos, le puso de presente los beneficios de trasladarse, entre ellos que la mesada pensional iba a ser mayor y que el ISS iba a desaparecer; sin embargo, negó haber recibido información sobre las modalidades de pensión, los requisitos para pensionarse

anticipadamente, la existencia de una cuenta de ahorro individual, las diferencias y las características de ambos regímenes.

Con base en lo anterior, teniendo en cuenta que el perjuicio alegado por el demandante se atribuye a falta de información veraz y comprensible sobre las consecuencias del traslado y la imposibilidad de retornar al RPMPD por expresa prohibición del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se infiere que el demandante en efecto sufrió un perjuicio económico en la cuantía de su pensión, pues de haber permanecido afiliado en el RPMPD o si hubiere podido retornar a este antes de pensionarse en el RAIS, habría obtenido una mesada pensional muy superior a la que le fue reconocida en el RAIS, cuyo monto tampoco fue objeto de apelación por la AFP, por lo que tiene derecho a la indemnización de perjuicios que reclama a cargo de la administradora de fondo de pensiones que incumplió el deber de información.

Ahora bien, aunque el apelante aduce que el perjuicio no se puede tasar sobre la base de la mesada a la que tendría derecho el demandante en el RPMPD porque las variables para su cálculo difieren ostensiblemente de las aplicables en el RAIS, precisamente esa es la fuente del perjuicio, es decir, las diferencias en la forma y fuente de la liquidación de la mesada en uno y otro régimen, y la razón por la que la Corte ha establecido que la indemnización en estos casos equivale al monto retroactivo y sucesivo de la diferencia *"entre la prestación reconocida en el RAIS y aquella que hubiese tenido en el RPMPD"*, (lo que supone) *"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"*.

Corolario de lo expuesto, se confirmará en todas sus partes la sentencia recurrida, y debido al fracaso del recurso de apelación se le impondrán las costas de segunda instancia a Protección S.A en un 100% en favor del demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 1 de diciembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Julio Fernando Salamanca Pinzón en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones – Protección S.A**

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a **Protección S.A** en un 100% en favor de la demandante. Liquídense por la secretaría del juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

Con firma electrónica al final del documento

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

Con firma electrónica al final del documento

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Con firma electrónica al final del documento

GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **84dd6fc9c68bbc003360c39c5a4209bef6feb564a9e4dffe4cf2cbb738e4db80**

Documento generado en 26/05/2023 03:12:14 PM

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