



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-015-2019-571-01
Demandante:	Carlos Humberto Pineda Montoya
Demandado:	Colpensiones y Protección S.A.
Litisconsorte necesario por pasiva:	Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales
Asunto:	Apelación sentencia
Procedencia:	Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación pensionado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad- Indemnización de Perjuicios.

Medellín, doce (12) de dos mil veintidós (2022)

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, con salvamento parcial de voto y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, a decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandante, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, el 2 de diciembre de 2020, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor CARLOS HUMBERTO PINEDA MONTOYA en contra de la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., proceso al cual fue vinculado como litisconsorte necesario por pasiva la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y PROTECCIÓN S.A. Radicado 05001-31-05-015-2019-00571-01.

El expediente en la presente causa judicial proviene del despacho del honorable magistrado VICTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y fue pasado a la magistrada ponente, por cambio de la ponencia inicial, mediante correo electrónico fechado 06 de octubre de 2022.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor CARLOS HUMBERTO PINEDA MONTOYA, instauró demanda ordinaria laboral, en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., pretendiendo se declare la ineficacia y/o inexistencia del traslado de régimen pensional, el traslado de las cotizaciones realizadas, la reactivación de la afiliación en Colpensiones, los perjuicios morales y materiales, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, los intereses moratorios, la indexación y las costas procesales.

Los supuestos fácticos que apoyan las anteriores pretensiones, se sintetizan en que el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en octubre de 1999, a través de la AFP Protección S.A., sin haber recibido información oportuna, suficiente, clara y completa, sin que se le informara los requisitos y las condiciones para pensionarse o las ventajas y desventajas de cada régimen; agrega que cuenta con un total de 1622 semanas de cotización al sistema general de pensiones; que Protección S.A. le reconoció la pensión de vejez desde el 11

de octubre de 2016 en cuantía inicial de \$1.169.439, muy inferior a la que hubiera recibido en el RPM; que dicha situación le ha hecho sufrir angustia y aflicción, y que solicitó el traslado de régimen a Colpensiones, el cual fue denegado mediante comunicado del 29 de mayo de 2019.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado, oportunamente **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, oponiéndose a las pretensiones formuladas, argumentando que el demandante ya se encuentra pensionado por el riesgo de vejez.

A su vez, propuso las excepciones denominadas inexistencia de la obligación de traslado entre regímenes pensionales; imposibilidad de aplicar precedente judicial y la inversión de la carga de la prueba; buena fe de Colpensiones, prescripción; excepción innominada; compensación e imposibilidad de condena en costas.

La **NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, fue vinculada al proceso por auto del 25 de noviembre de 2019, en calidad de litisconsorte necesario por pasiva, quien pese a haber sido notificada no contestó la demanda oportunamente.

Por su parte, **PROTECCION S.A.** replicó la demanda, exponiendo que se opone, igualmente, a las pretensiones, por no haber existido ningún vicio en la afiliación de la parte actora. Añadió que el demandante se encuentra pensionado por vejez en la modalidad de retiro programado, y que por ostentar la calidad de pensionado no puede trasladarse de régimen pensional.

En oposición a las pretensiones formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa por pedir; buena fe; pago; compensación; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema

general de pensiones; innominada; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, por falta de causa y falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal.

1.3.- DEMANDA DE RECONVENCIÓN

PROTECCIÓN S.A, presentó demanda de reconvención en contra del señor CARLOS HUMBERTO PINEDA MONTOYA, pretendiendo que, en caso de declararse la ineficacia del traslado, se ordene a este último la devolución de todo lo pagado por concepto de pensión de vejez, de forma indexada,

El accionante se pronunció frente a la demanda de reconvención a la cual se opuso mediante escrito del 28 de noviembre de 2019, proponiendo como excepción la inexistencia de la obligación

1.4.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

El Juzgado de Conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia proferida el 2 de diciembre de 2020, en la cual denegó las pretensiones incoadas por la parte actora, imponiéndole las costas procesales a favor de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

1.5.- RECURSO DE APELACIÓN

Demandante

El apoderado del accionante interpuso recurso de apelación aseverando que su poderdante solicitó la pensión de vejez en el año 2016, porque pensaba que no tenía otra opción, pero en ese momento tampoco le dieron una asesoría suficientemente clara al respecto, y apenas supo de la posibilidad de traslado, cuando posteriormente se asesoró de un profesional del derecho. Esgrime que

el deber de suficiente información debe ser cumplido al momento del traslado, y no en uno posterior, por lo que el hecho de ostentar la calidad de pensionado, no suple el cumplimiento de tal deber, más aún cuando acreditar este último era carga probatoria de la AFP.

Afirma que el precedente constitucional no prohíbe el cambio de régimen a los pensionados, sino que apenas establece que debe protegerse los aspectos patrimoniales de los regímenes pensionales.

Finalmente, arguye que la afiliación y el reconocimiento pensional son actos jurídicos estrechamente vinculados, de forma que, la ineficacia de la afiliación necesariamente afecta el reconocimiento pensional, para lo cual, itera, no se cumplió, igualmente, con el deber de asesoría.

Solicita se declare la ineficacia de la afiliación, sin lugar a la devolución de las mesadas pensionales recibidas como se pretende en la demanda de reconvención, dado que es la AFP es quien debe asumir las mesadas ya pagadas a título de indemnización de perjuicios. Solicita se revoque la providencia para declarar la ineficacia de la afiliación y se concedan las demás pretensiones de la demanda, incluidos los perjuicios morales y el pago de los honorarios del apoderado.

1.6.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderado del demandante, Protección S.A. y Colpensiones.

El apoderado de la activa solicita se revoque la decisión reiterando que si el artículo 48 superior dispone que la seguridad social es de carácter progresivo, sería abiertamente regresivo que el operador jurídico diera la bendición judicial para que un trabajador percibiera en el RAIS una mesada pensional inferior a la que tendría derecho en el RPMD, soslayando la aplicación del plexo normativo

y sus principios informadores bajo un aparente test de razonabilidad que no alcanza a superar en su ponderación plausible la protección constitucional y legal de los derechos del trabajador.

Compendia las normas que trazan el deber de información de las administradoras de fondos de pensiones para dejar incólume el consentimiento informado del afiliado y pensionado, aseverando que los argumentos o disquisiciones esgrimidas para enervar la sanción prevista por el legislador como es la ineficacia en el caso de pensionados, jurídicamente no son acertados, pues implicaría desconocer la diamantina protección constitucional y legal de los derechos de los trabajadores y el principio tuitivo de los mismos y la misma voluntad inequívoca del constituyente primario.

Expone que el status de pensionado no constituye obstáculo insuperable para restablecer los derechos del trabajador, pues la ineficacia tiene el poder jurídico de retrotraer las cosas a su estado prístino, máxime cuando el artículo 272 ibídem de manera límpida, refuerza aún más la ineficacia, al mandar que el sistema de seguridad social, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, matizando, en tal sentido, que los principios mínimos fundamentales consagrados en el art. 53 superior tendrán plena validez y eficacia, esto es, dichos principios no sólo tienen un carácter de unidad y sistematicidad, (función informadora), sino que por voluntad del legislador, en estos escenarios son normas imperativas. Concluye que el Tribunal tiene una interpretación desacertada del artículo 107 de la Ley 100 de 1993.

También se pronuncia la entidad pública accionada manifestando que en proceso se logra probar que el demandante realizó su afiliación al fondo privado, a través de un acto libre y voluntario, además se remite a lo expuesto por el Tribunal Superior de Medellín en sentencia de unificación del 14 de agosto de 2019 con radicado 05001310500720150129501, sobre la improcedencia de la declaratoria de ineficacia, tratándose de pensionados.

Finalmente, Protección S.A. en sus alegatos deprecia se confirme la decisión de primera instancia, dado que, en este caso en particular, el demandante no ostenta status de afiliado sino de pensionado en la AFP Protección S.A., se encuentra disfrutando de una pensión de vejez desde el año 2016, a través de la modalidad de retiro programado sin negociación del bono pensional, por lo que no es procedente que se pretenda a través de la ineficacia de un acto jurídicamente válido que se trasladen recursos de los cuales se ha hecho uso en beneficio de la parte actora, asegurando que el traslado de régimen que pretende el actor a través de la presente acción de nulidad está expresamente prohibido por el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, solicitando que en el remotísimo evento de que el Despacho accediera a las pretensiones de la demanda, se ordene al actor devolver, debidamente indexadas, todas y cada una de las mesadas pensionales recibidas y el correspondiente retroactivo pensional.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984; los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN EL TRÁMITE DE LA INSTANCIA

Quedaron acreditados en el trámite del proceso y no son objeto de controversia los siguientes hechos:

- Que el señor CARLOS HUMBERTO PINEDA MONTOYA nació el 24 de julio de 1954, tal y como se desprende de la copia del registro civil de nacimiento

y de la cédula de ciudadanía obrantes en el documento *01PROCESO 2019 00571 PARTE 1.pdf folios 70 y 74*.

- Que el actor se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la Protección S.A., el 01 de diciembre de 1999, con fecha de efectividad el 1° de enero de 2000, ello conforme al formulario de afiliación y el certificado SIAF obrantes en el documento *01PROCESO 2019 00571 PARTE 1.pdf folios 37 y 105*

- Que el accionante acredita un total de 1622.14 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por Protección S.A. el 16 de abril de 2019, véase documento *01PROCESO 2019 00571 PARTE 1.pdf folio 37*.

- Que Protección S.A. reconoció la pensión de vejez al demandante, mediante modalidad de retiro programado a partir del 01 de octubre de 2016, según oficio remitido al promotor fechado el 16 del mismo mes y año, obrante a folio 34 *ibidem*.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., encontrándose actualmente pensionado por parte de dicho régimen, bajo la modalidad de retiro programado?

Y ¿Si se estructuran los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual de la AFP accionada y en caso afirmativo, si esta última debe

indemnizar al actor por perjuicios morales y/o materiales generados en virtud del traslado sin la debida asesoría?

2.4.- TESIS

Problemas jurídicos que se resuelven bajo la tesis según la cual, i) el reconocimiento de la pensión de vejez al demandante por parte de Protección S.A., a partir del 01 de octubre del 2016, genera una situación jurídica consolidada que no puede retrotraerse; y por lo tanto no hay lugar a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, de conformidad con el precedente horizontal la Sala Especializada Laboral de esta Corporación y vertical de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ii) no se configuran los elementos de la responsabilidad contractual de la AFP que sustenten la condena por indemnización integral de perjuicios, motivo por el cual la sentencia debe ser CONFIRMADA.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

2.5.1. Improcedencia de la declaratoria de Ineficacia de Afiliación respecto de pensionados del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

Inicialmente señala la Sala que respecto del tema de la ineficacia de la afiliación en personas que se encuentran pensionadas en el RAIS, la Sala Especializada Laboral de este Tribunal, profirió sentencia de unificación, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor Luis Alfonso Galvis Torres en contra de Colfondos S.A., Colpensiones y la Compañía de Seguros Bolívar S.A., radicado único nacional 05001-31-05-007-2015-01295-01, en la cual se puntualizó:

“Este universo fáctico descrito por la Corte no incluye a los pensionados, pues aunque una de las sentencias fundadoras de esta línea trató de un pensionado que se trasladó a PORVENIR, se trata de un caso disanalógico, no inscrito

en el precedente, por cuanto se trataba de una persona expresamente excluida del régimen de ahorro individual, al tener más de 55 años a la entrada en vigencia del sistema de seguridad social integral, estando inmerso en el contenido del ordinal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993.

(...)

Pero las calidades de afiliado y pensionado ya han sido deslindadas por la Corte Constitucional, precisamente en un fallo con un claro enfoque consecuencialista. Al examinar la exequibilidad del artículo 107 de la Ley 100 de 1993, que limitaba la posibilidad de los pensionados de trasladarse entre administradoras, la Corte arguyó lo que se esbozará enseguida. Esta es la disposición

(...)

La pregunta que lógicamente ha de plantearse este Tribunal es si la prohibición de movilidad para pensionados que el legislador estableció y la Corte Constitucional prohibió, en el caso citado para trasegar dentro del régimen de ahorro individual, no tendrá aún mayor entidad para los asuntos como en el de la ineficacia, donde la orden que finalmente contienen nuestras sentencias es la de inscribir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Esto es, mutar su régimen pensional.

La prohibición de traslado para quienes les faltaren menos de diez años para pensionarse, introducida en la ley 100 por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, también fue avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, con consideraciones que, si bien se referían a una norma posterior, reafirman la pertinencia de esas limitaciones a la movilidad entre regímenes. Como en el caso de la C-841 de 2003, la norma aquí demandada también superó el test de proporcionalidad y abundaron en ella motivaciones claramente consecuencialistas. Este párrafo abunda en estas últimas:

(...)

*Nada nos impide, pues todos los jueces al fin de cuentas somos jueces constitucionales, situarnos en esa perspectiva y entender con MacCormick que ante dos soluciones igualmente “consistentes y coherentes”, se opte por la que menos impacto negativo genere en el sistema. Y resulta una verdad incontestable que **una declaratoria masiva de ineficacias de la afiliación de pensionados en el régimen de ahorro individual y el correspondiente traslado COLPENSIONES, generaría una suerte de tsunami financiero (e incluso administrativo) sobre***

todo el sistema pensional, sobre el Estado mismo, garante final de su subsistencia. Y sobre cada colombiano.

Es plausible que la diferenciación de las calidades de afiliado y pensionado a partir de los argumentos que se han expuesto y de toda la legislación que claramente los diferencia, verbi gratia, los artículos 13, literales b), e) y d), 87, 115 y 117 de la Ley 100 de 1993, permita apartarse del precedente de la Sala Laboral de la Corte sobre ineficacia de la afiliación, entendiendo que se está ante universo fáctico diverso cuando se trata de ciudadanos que ya se han pensionado. (negrilla de la Sala)

Postura que fue encontrada acertada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al decidir recurso de casación del citado pronunciamiento, en sentencia SL3707 del 18 de agosto de 2021:

“Así, no andaba desencaminado el sentenciador cuando adujo las consecuencias financieras al sistema que podría acarreararse con la declaratoria de ineficacia del traslado, no porque eventualmente fuere masiva, sino porque, para el caso concreto, ya había efectos económicos que no resultaban reversibles y obrar de manera distinta implicaría afectar a terceros de buena fe, en este evento en particular, por ejemplo, a la aseguradora con quien se celebró el contrato de renta vitalicia. Y es que el efecto de la declaratoria de ineficacia, a falta de disposición específica que regule el tema, según lo ha sostenido la Corte, por regla general, no es otro que el señalado en el artículo 1746 del Código Civil, es decir, dar a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato (CSJ SL2877-2020), lo cual, por las razones arriba explicadas, en estos casos, cuando el reclamante tiene la calidad de pensionado y ha percibido las mesadas contratadas, v. gr. en este evento específico hace ya aproximadamente doce (12) años, esto no es posible.”

Es pertinente subrayar que, si bien, en la sentencia SL, Radicado 31989 del 2008, fundadora de la línea jurisprudencial sobre el tema, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aplicó la teoría de la nulidad de la afiliación por incumplimiento del deber de información respecto a un accionante pensionado por el RAIS, posición que reiteró en la sentencia SL, Radicado 31314 del 2011, a partir de la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, el órgano de cierre

abandonó el criterio anterior para responder de manera negativa la pregunta relativa a si un pensionado del RAIS, puede obtener judicialmente la ineficacia del traslado a ese régimen pensional, precisando:

“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) 1, 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 relevar 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.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos”.

La línea de pensamiento anterior quedó igualmente consignada en la sentencia SL3535 del 04 de agosto de 2021, así:

“Pues bien, en la sentencia CSJ SL373-2021, esta Sala abandonó el viejo criterio plasmado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 y respondió el referido cuestionamiento de manera negativa. Adoctrinó en esa ocasión, que aun cuando la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales implica dejar sin piso todos los actos derivados del mismo, en el caso de los pensionados ello no es posible dada la existencia de una situación consolidada, cuyas consecuencias no pueden retrotraerse”.

Postura que hoy es pacífica y ha sido reiterada en sentencias SL5169, SL5704, SL2563 de 2021 y SL1113, SL1518, SL2198 y SL 2563 de 2022.

De manera que “una vez el afiliado tome la decisión de pensionarse y se consolide el derecho prestacional, cualquier discusión sobre un eventual perjuicio causado por el actuar de la administradora corresponde resolverlo en el terreno de la responsabilidad y su consecuente indemnización de perjuicios, según la voluntad y a iniciativa del pensionado, no siendo posible

declarar la ineficacia del traslado de régimen para dejar sin efecto el acto jurídico del otorgamiento, por tratarse de una situación consolidada e irreversible como ya la Sala lo explicó. (SL1577 de 2022).

En el caso subexamine, está acreditado que el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Protección S.A., el 01 de diciembre de 1999, con fecha de efectividad el 1° de enero de 2000 y que posteriormente, en el ejercicio de uno de los beneficios de ese régimen, solicita la pensión de vejez a Protección S.A., la cual le fue reconocida a partir del 01 de octubre del 2016.

Reiterando, de acuerdo con el precedente citado, que el traslado es una prerrogativa propia del afiliado y no del pensionado y las diferencias en el monto de la pensión, no resultan suficientes para afectar la seguridad jurídica y la estabilidad financiera del sistema, cuando el demandante tiene garantizada la cobertura de la contingencia, tal como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C086 de 2002 *“El sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión. **De ahí que los afiliados a la seguridad social no ostenten un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa.**”* (negrilla extratexto)

En el contexto normativo y jurisprudencial planteado es palmario que no es posible declarar la ineficacia del traslado inicial del demandante dado su status de pensionado.

2.5.2. Régimen de Responsabilidad e indemnización de perjuicios.

Ha precisado, igualmente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la tesis jurisprudencial anterior no conlleva una eventual conculcación a los derechos pensionales de los ciudadanos, dado que los afectados pueden demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora de pensiones que incumplió su deber de información, como se dejó sentado en la sentencia SL373 de 2021:

“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. “

Y en la sentencia CSJ SL3535-2021, se acotó que tal acción estaría dirigida al pago *“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.*

En sub lite ha de puntualizarse, en primer lugar, que el señor CARLOS HUMBERTO MONTOYA PINEDA, pretendió en forma consecencial a la declaratoria de la ineficacia, la indemnización de los perjuicios representados en

el reconocimiento de las mesadas retroactivas de la pensión de vejez a cargo de la AFP hasta el reconocimiento de la pensión por parte del Régimen de Prima Media y los gastos de agenciamiento judicial.

Y que, stricto sensu, el recurso de apelación no está dirigido al reconocimiento de la indemnización de perjuicios, en virtud de la declaratoria de una responsabilidad contractual o extracontractual de la AFP, sino a reiterar el desacierto de considerar improcedente la declaratoria de la ineficacia, mismo sentido en que fueron formulados los alegatos de conclusión en esta instancia.

En este punto de discusión la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que la reclamación de los perjuicios puede proponerse por el afiliado en los procesos de ineficacia de afiliación *“Cuando se trata del afiliado el mecanismo adecuado para plantear la omisión en el deber de información en el acto de traslado de régimen pensional es la acción de ineficacia; sin embargo, también se pueden reclamar perjuicios, siempre que estos se encuentren debidamente demostrados.”* (SL3440 de 2022).

En adición a ello, también es claro que *“Las AFP deben responder por los perjuicios causados por sus agentes comerciales a los afiliados; de ahí la posibilidad para demandar el resarcimiento de los daños sufridos en el proceso de afiliación, así como la ineficacia del cambio de régimen pensional e inclusive elevar de manera conjunta tales pretensiones. SL2048 de 2022.*

En este caso el gestor del proceso no impetró una pretensión subsidiaria como medida de reparación frente a la imposibilidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida, sino consecuencial a la declaratoria de ineficacia, aspecto que adquiere relevancia si se tiene en cuenta que la garantía de contradicción y defensa de la parte demandada se delimita por la forma en que se plantean las pretensiones de la demanda, pues al pender la indemnización

pretendida de la declaratoria de ineficacia, decidida desfavorablemente esta última no hay lugar a pronunciamiento sobre las pretensiones consecuenciales, más aun si se tiene en cuenta que la petición indemnizatoria no puede ser catalogada como un derecho mínimo e irrenunciable.

En este sentido fue fijado el litigio por la a quo *“El litigio girará en torno a determinar si el traslado de régimen que hizo el señor CARLOS HUMBERTO PINEDA MONTOYA, del régimen de prima media a la AFP PROTECCION fue INEFICAZ, y si como consecuencia de lo anterior, se debe condenar a PROTECCION S.A., a trasladar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante con sus rendimientos, frutos, intereses, sumas adicionales y comisiones y así mismo ordenar a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el régimen de prima media. De ser procedente lo anterior, se entrará a analizar si se debe condenar a PROTECCIÓN S.A. al reconocimiento y pago de perjuicios, tasados en las mesadas que le corresponderían en el régimen de prima media, mientras Colpensiones le paga la pensión, más los honorarios del mandatario judicial”*

Argumento de carácter procesal, que resultaría suficiente para que la Sala no emitiera pronunciamiento sobre la indemnización de perjuicios en virtud del principio de consonancia, no obstante, si en gracia de discusión se considerara que en un ejercicio interpretativo amplio es posible considerar que la pretensión última del demandante es el reconocimiento de la diferencia pensional, igualmente debe concluirse que la misma no tiene vocación de éxito, dado que no se acreditaron los elementos de la responsabilidad civil de la AFP.

Para comenzar es relevante precisar que la responsabilidad que se analiza es una responsabilidad de carácter civil de naturaleza contractual, pues aunque en el precedente jurisprudencial atrás referenciado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia cita como fuentes normativas del derecho a la reparación los artículos 2341 del Código Civil y el artículo 16 de la Ley 489 de 1998, no

puede desconocerse que tal reparación surge en el marco del contrato de afiliación y en virtud del incumplimiento de una de las obligaciones principales que del mismo emanan para la AFP, como lo es, el deber profesional de información

De manera que, aunque la competencia se extienda a la justicia laboral, por tener como causa originaria un tema de seguridad social, los elementos bajo los cuales debe analizarse la misma, corresponde a los que tiene adoctrinados la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, a saber:

“La responsabilidad civil contractual exige demostrar los siguientes elementos: (i). La existencia de un contrato valido; (ii). El incumplimiento -doloso o culposo- de la otra parte; (iii). El perjuicio; (iv). El nexo causal, en una relación de causa y efecto, entre el proceder de la convocada y las consecuencias que ello le produjo en el plano patrimonial o inmaterial; y (v). La mora, supuesto que variará, en cada evento, dependiendo de la clase de prestación insoluta”. (Sentencia SC1962 del 27 de junio de 2022)

De igual forma, el artículo 1616 del Código Civil, dispone: *“Responsabilidad del dador en la causación de perjuicios. Si no se puede imputar dolo al dador, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. ... La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicio* “

Sobre el alcance de esta última disposición la Corte Constitucional en la sentencia C1008 de 2010, indicó:

“Como lo ha señalado de manera consistente y reiterada la jurisprudencia de esta corporación, corresponde al Congreso de la República, en desarrollo de su libertad de configuración política, regular el régimen de la responsabilidad, las

modalidades del daño y todo lo relacionado con los medios para cuantificarlo. La norma acusada no despoja al contratante cumplido de la tutela resarcitoria en la medida que de acuerdo con ella, todo deudor incumplido, doloso o culposamente, responde de los daños que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, aunque limite los daños por los que responde el no doloso a aquellos que podían preverse al momento de contratar. Esta limitación, no resultan irrazonable ni caprichosa, toda vez que se fundamenta en criterios de justicia y equidad contractual, en la tradición culpabilista en que fundamenta la responsabilidad civil contractual, y encuentra respaldo en referentes internacionales como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías y los Principios Unidroit, lo que reafirma su razonabilidad.” (subrayas extratexto).

En esta perspectiva si la fuente de la responsabilidad lo es el incumplimiento al deber de información que nace del contrato de afiliación, al no acreditarse el dolo de Protección S.A., la AFP solo podría responder por los daños que eran previsibles al momento de la suscripción del contrato.

La previsibilidad del daño (diferencia en el monto pensional) para el 1° de diciembre de 1999, cuando se suscribió el formulario de afiliación no quedó demostrada en este proceso, como tampoco el dolo con el que actuó la AFP en el momento del traslado y/o del reconocimiento pensional, aspectos que no fueron alegados ni probados en el sub lite por el demandante.

Para ilustrar la controversia en torno a este último tema, es pertinente recordar los fundamentos del salvamento de voto del magistrado JORGE QUIROZ ALEMAN, (q.e.p.d.), a la sentencia SL3871 de 2021, con apoyo en los cuales, sostuvo, incluso, la improcedencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación:

“Asimismo, para esa época era imposible prever el devenir económico y de los portafolios pensionales, que infortunadamente, a posteriori, mostró no coincidir con las expectativas del nuevo régimen pensional, en el que el valor de la pensión de vejez en sus distintas modalidades, pende del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, acorde con los aportes que se efectúen y los rendimientos financieros que los mismos generen, sin contar con el desconocimiento de las condiciones particulares del afiliado, proyección de ocupación laboral y de ingresos,

así como su situación familiar y de beneficiarios, por lo que era imposible anticipar el valor de la pensión. Entonces, cualquier cálculo o aproximación a ese valor de mesada pensional, constituiría simple especulación, en cualquiera de los regímenes, máxime si se tiene en cuenta que para la fecha del traslado, a la demandante le faltaban más de 28 años para arribar a la edad mínima pensional en el régimen de prima media, tan solo contaba con 445 semanas cotizadas, esto es, menos de la mitad del tiempo requerido en ese momento para la causación de la pensión en el mismo sistema, que se incrementó con la reforma introducida por la Ley 797 de 2003, requiriendo un mínimo de 1300 semanas en el régimen de prima media a partir del año 2015; y, no tenía ningún tipo de expectativa frente al régimen de transición pensional previsto en la Ley 100 de 1993. Lo anterior corrobora que, para la fecha de traslado de régimen, en verdad la demandante no tenía ninguna garantía consolidada ni una expectativa legítima de alguna, le sobrevino al acto jurídico de afiliación por primera vez al RAIS, una reforma legal y una constitucional, y no era posible determinar con probabilidad de certeza la verdadera incidencia o las consecuencias de ese acto, en su caso particular.”

En esta perspectiva, se itera, no resulta suficiente la declaratoria de imposibilidad de traslado para deducir automáticamente una condena por responsabilidad civil contractual, cuando en el proceso no fueron debatidos los elementos de esa responsabilidad, pues la a quo denegó la prueba testimonial y pericial, así como la inspección judicial, solicitadas por el demandante y la AFP desistió de la prueba testimonial, recordando que también en materia laboral la pauta para el reconocimiento de los perjuicios, lo es que el trabajador o afiliado asume la carga de probar el daño, la culpa o el dolo y el nexo de causalidad existente entre la acción u omisión y el perjuicio producido

En estos asuntos debe tenerse en cuenta, igualmente, que existen dos momentos en la relación del afiliado con la AFP, como lo son el traslado inicial y la solicitud pensional, segundo momento en el cual median diversas actuaciones del asegurado tales como la petición de la pensión, la aprobación de la historia laboral para bono pensional y la selección de la modalidad de pensión, actos respecto a los cuales la demandante no formula cuestionamiento alguno en la demanda.

Ahora bien, en relación con el daño si bien puede afirmarse que el mismo está representado en la diferencia de la mesada pensional como lo concluye la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la citada sentencia SL3535 de 2021, no puede olvidarse que la diferencia pensional en el régimen de prima media es consecuencia del aporte estatal, tratándose de una pensión en la cual el Estado subsidia las prestaciones legalmente definidas, para cuyo reconocimiento, resultan insuficientes los aportes pensionales, subsidio que no existe en el régimen de ahorro individual no por la actuación de la AFP, sino por disposición legal.

Igualmente, no está demostrada la conducta culposa o dolosa de la AFP y en particular en este punto ha de relievase que la inversión de la carga de prueba en virtud de la cual se declara la ineficacia en esta clase de procesos, establece una regla que no puede extrapolarse a la responsabilidad civil analizada, pues esa inversión de la carga probatoria significa, precisamente, que al no quedar probadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado inicial, ni la información que suministró la AFP al potencial afiliado, el juez debe decidir esa ausencia de prueba, en contra de la AFP a quien correspondía acreditar el cumplimiento del deber profesional de información.

Esa ausencia de prueba de la responsabilidad contractual de la AFP impide, que pueda imponerse una condena, a título de indemnización de perjuicios, al reconocimiento de una prestación vitalicia a cargo de la AFP, por la diferencia de la mesada pensional comparando ambos regímenes, insistiendo en que, si bien, para obtener la declaratoria de ineficacia al pretensor le es suficiente afirmar el incumplimiento al deber de información, trasladándose a la AFP la responsabilidad de demostrar que cumplió con el deber de información, para obtener una indemnización de perjuicios por responsabilidad civil derivada del contrato de afiliación, sí se requiere inexorablemente que el promotor del proceso asuma la carga probatoria de demostrar los elementos que configuran la citada responsabilidad.

Corolario de todo lo expuesto debe CONFIRMARSE la sentencia de primer grado, absteniéndose la Sala de imponer costas en esta instancia.

3.- DECISION

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1.- Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, el 2 de diciembre de 2020, en el proceso ordinario instaurado por el señor CARLOS HUMBERTO PINEDA MONTOYA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., proceso al cual fue vinculado como litisconsorte necesario por pasiva la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y PROTECCIÓN S.A.

2.- Sin costas en esta instancia.

3.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la

Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada


MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma estancada por salubridad pública
(Art. 11 Dec 494 de 2020)


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

CLASE: PROCESO ORDINARIO

RADICACIÓN N°05001-31-05-015-2019-571-01

DEMANDANTE: CARLOS HUMBERTO PINEDA MONTOYA

DEMANDADA: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

LITISCONSORTE NECESARIO POR PASIVA: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES

De la manera respetuosa acostumbrada con las demás integrantes de la Sala, manifiesto que salvo mi voto parcialmente respecto de la ponencia puesta a consideración, en razón a las consideraciones de orden constitucional, legal, probatorio y procesal, que enseguida se exponen:

1. Sea lo primero señalar, que mediante vocero judicial el litigioso por activa, CARLOS HUMBERTO PINEDA MONTOYA, pretende la ineficacia y/o inexistencia del traslado de régimen pensional, el traslado de las cotizaciones realizadas, la reactivación de la afiliación en Colpensiones, los perjuicios morales y materiales, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, los intereses moratorios, la indexación, y las costas procesales. El soporte fáctico del petitum se contrae a que se trasladó del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) en octubre de 1999, al afiliarse a la AFP PROTECCIÓN S.A., sin haber recibido información oportuna, suficiente, clara y completa, sin que se le informara los requisitos y las condiciones para pensionarse o las ventajas y desventajas de cada régimen; que cuenta con un total de 1.622 semanas de cotización al sistema general de pensiones; que PROTECCIÓN S.A. le reconoció la pensión de vejez desde el 11 de octubre de 2016 en cuantía inicial de \$1.169.439, muy inferior a la que hubiera recibido en el RPMPD; y que dicha situación le ha hecho pasar angustias y aflicciones.

2. El apoderado judicial de la parte actora, contra la sentencia desestimatoria asuntó en la sustentación de la alzada que su poderdante solicitó la pensión de vejez en el año 2016 porque pensaba que no tenía otra opción, pero al momento de solicitar la pensión tampoco le dieron una asesoría suficientemente clara al respecto, y apenas supo de la posibilidad de traslado cuando posteriormente se asesoró de un profesional del derecho. Subraya que el deber de suficiente información debe ser cumplido al momento del traslado, y no posteriormente, por lo que el hecho de

ostentar la calidad de pensionado, no suple el cumplimiento de tal deber, tanto más cuanto que dicho aspecto era carga probatoria de la AFP; que el precedente constitucional no prohíbe el cambio de régimen a los pensionados, **sino que apenas establece que debe protegerse los aspectos patrimoniales de los regímenes pensionales. Finalmente, arguye que la afiliación y el reconocimiento pensional son actos jurídicos estrechamente vinculados, de forma que, la ineficacia de la afiliación necesariamente afecta el reconocimiento pensional, y que es la AFP quien debe ser sancionada asumiendo los perjuicios ocasionados**, con lo cual el demandante deja planteada la irrogación en su contra de perjuicios económicos y morales por la pérdida de la oportunidad de pensionarse en el RPMPD con mejores condiciones para la obtención de una mesada pensional significativamente mayor, como consecuencia de haberse trasladado de régimen pensional al RAIS por el ostensible incumplimiento de las obligaciones legales de la AFP aseguradora para garantizar su consentimiento informado, situación que se prolongó en el tiempo hasta el reconocimiento y goce del derecho pensional en el RAIS en condiciones desfavorables.

Así, de manera respetuosa, diverjo de la apreciación mayoritaria de considerar que la pretensión indemnizatoria es “consecuencial” de la pretensión de ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando el éxito de la primera no depende de la suerte de la segunda, en tanto en cuanto, la ineficacia se predica de una controversia que tiene como fuente generatriz el sistema general en pensiones, y el pedimento indemnizatorio está cimentado sobre el régimen de responsabilidad subjetiva contractual de claro jaez civilista, lo que deriva en que ambas pretensiones pueden formularse como principales autónomas, o una como principal y otra como accesoria, y aun, en cuerda procesal diferente. Sin embargo, no se puede desconocer que la indemnización de perjuicios pretendida tiene íntima relación con el monto de la mesada pensional por el riesgo de vejez, y por ese sendero, caería también bajo la égida de la protección de los derechos mínimos del trabajador frente al sistema general en pensiones.

En esa medida, es dable al operador judicial hacer una interpretación más amplia del petitum y causa petendi, superando los tecnicismos jurídicos en la formulación de las pretensiones, en orden a auscultar la verdadera intención del laborante. Es así que, tras la pretensión de ineficacia del traslado de régimen pensional, se vislumbra una pretensión económica que va más allá, evitar un perjuicio económico con el pago deficitario de la mesada pensional en el RAIS, y que no puede estar atada al supuesto de que se declare primero la ineficacia para que se reconozca la diferencia entre el monto pensional en el RAIS y el del RPMPD, si no a la finalidad

de buscar un verdadero equilibrio y beneficio económico entre todas las opciones que le ofrece el sistema general de pensiones para mejor pensionarse.

3. Por todo ello, con todo respecto con la posición mayoritaria, a mi modesto criterio, el thema decidendi en la presente litis, en aplicación de los principios de congruencia (Art. 281 CGP) y consonancia (Art. 66 A CPTYSS), y no simplemente delineados en la fijación oficiosa del litigio definida por el cognoscente de instancia, muy a pesar de que pueda excluirse algún punto axial del litigio, como en el presente caso, y que a mi juicio pasa por el siguiente cuestionamiento: ¿Si procede la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., pese a ostentar la calidad de pensionado bajo la modalidad de retiro programado?, y en caso afirmativo ¿Cuáles son los efectos jurídicos que devienen de la ineficacia del traslado? O en caso contrario, si se estructuran los elementos constitutivos de la responsabilidad subjetiva por culpa presunta de la AFP accionada para imputarle la obligación de indemnizar los perjuicios morales y/o materiales producidos.

Por manera que, comparto el criterio de la denegación de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en razón a que la asunción del actor de la calidad de pensionado en el régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que constituye un nuevo estatus jurídico que hace inviable la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, y de la desestimación de la demanda de reconvención, por no haber sido materia de apelación; pero no así, respecto de la absolución del reconocimiento y pago de perjuicios, en la medida en que PROTECCIÓN S.A. es responsable por los perjuicios materiales por lucro cesante y futuro irrogados al demandante por estar suficientemente acreditada en el plenario su omisión del deber de brindar la información integral, completa, veraz y adecuada previa a la afiliación y traslado al RAIS, determinante en su permanencia en el RAIS y en la adquisición del estatus jurídico de pensionado bajo condiciones desfavorables en cuanto a la liquidación y monto de la mesada pensional que le hubiera correspondido en el RPMPD, de lo cual emerge una inescindible comunidad probatoria entre el meridiano incumplimiento del consentimiento informado, como causa mediata y efectiva de los perjuicios patrimoniales o económicos irrogados, los que solo pueden concretarse, como lo ha sostenido la reciente jurisprudencia laboral, en la diferencia en favor del actor entre el monto de la pensión que le fue reconocida y venía devengado en el RAIS y el que le iría a corresponder de no haberse surtido su traslado al RAIS, de acuerdo con los planteamientos que pasan a exponerse:

4. Inviabilidad jurídica de declarar la Ineficacia del traslado del RPM al RAIS cuando se ha adquirido el status quo de pensionado y entrado a disfrutar de la pensión

En lo que interesa a la Litis, no es objeto de discusión que el actor venía afiliado al régimen de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 31 de agosto de 1984 (archivo: Proyecto de auto abre a pruebas en recusación 2021-00012 pág. 301); que no es beneficiario del régimen de transición, por contar con menos de 40 años de edad al 1º de abril de 1994 (ibíd. pág. 74), ni los 15 años de servicios cotizados (ibíd. pág. 301-302); que para el 1º de diciembre de 1999 se trasladó a PROTECCIÓN S.A. (ibíd. 203); que el 11 de octubre de 2016 solicitó la prestación económica de vejez ante PROTECCIÓN S.A. (ibíd. pág. 239); que esta última entidad mediante oficio del 15 de diciembre de 2016 le comunica el reconocimiento de la pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado, en un monto de \$ 1.169.439, sobre 13 mesadas anuales, y efectiva a partir del 11 de octubre de 2016 (ibíd. pág. 245), y que el 29 de mayo de 2019 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen y el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, mismo que le fuera denegado (ibíd. págs. 44-46).

Para resolver de fondo la Litis, ciertamente deben seguirse los lineamientos trazados en la sentencia de unificación proferida por esta Sala Especializada Laboral el 14 de agosto de 2019, en estricta observancia a lo dispuesto por el último inciso del artículo 35 del Código General del Proceso, concordante con el también último inciso del artículo 10 del Acuerdo PCSJA17-10715 del 25 de julio de 2017 del Consejo Superior de la Judicatura, providencia unificadora con la que se estableció precedente judicial sobre la materia, del cual se extractan los apartados siguientes:

“(…) las calidades de afiliado y pensionado ya han sido deslindadas por la Corte Constitucional, precisamente en un fallo con un claro enfoque consecuencialista. Al examinar la exequibilidad del artículo 107 de la Ley 100 de 1993, que limitaba la posibilidad de los pensionados de trasladarse entre administradoras, (...)

Es plausible que la diferenciación de las calidades de afiliado y pensionado a partir de (...) la legislación que claramente los diferencia, verbi gratia, los artículos 13, literales b), e) y d), 87, 115 y 117 de la Ley 100 de 1993, permita apartarse del precedente de la Sala Laboral de la Corte sobre ineficacia de la afiliación, entendiendo que se está ante universo fáctico diverso cuando se trata de ciudadanos que ya se han pensionado.

Este Tribunal, a través de su Sala Primera de Decisión Laboral, con ponencia del Magistrado Hugo Alexander Bedoya Díaz, realizó una fértil distinción entre el momento de la afiliación y aquel en que se empieza a disfrutar la pensión, que

refuerza la razonabilidad del enfoque que en el caso que nos ocupa. Dice así la providencia, con radicado 00873, proferida el 18 de septiembre de 2018, que constituye un comienzo de precedente horizontal:

Ahora, retrotrayéndonos al estudio de la improcedencia de que se declare la inexistencia del traslado en este caso en particular, la sala se remite a la sentencia SL17595-2017 con radicado 46.292 MP Dr. Fernando Castillo Cadena en donde en forma concreta se dijo “... Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (...)”, entendiéndose con este último aparte de la providencia que si la información exigida data desde antes de la afiliación y hasta las condiciones del disfrute de la pensión, ello implica, que una vez reconocida la pensión de vejez esa falta de información se entiende superada con la celebración del nuevo acto jurídico adelantado por la afiliada y que corresponde a la solicitud de la pensión de vejez a la sociedad Porvenir S.A y al reconocimiento y pago de la prestación económica, pues solo tenía la posibilidad de alegar la falta de información previo al disfrute de la prestación económica y no con posterioridad a ella, como ocurre en este evento.

Por último, ha de reiterarse por esta Sala que sostener la tesis de la ineficacia de la afiliación para pensionados del régimen de ahorro individual es un camino que puede conducir a situaciones del todo insostenibles, por cuanto la consolidación de ese nuevo estatus supone en muchos casos la participación de terceros de buena fe, como cuando se ha optado por pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia y se ha contratado con una aseguradora su pago. Las palabras de la Corte Constitucional, en la mentada sentencia C-841 de 2003, acuden con autoridad para esclarecer ese reductio ad absurdum. (...)

Valga también mencionar además las situaciones de quienes se han pensionado anticipadamente y han negociado su bono pensional antes de la fecha de redención normal. Ese tercero inversionista que se ha beneficiado en el mercado de valores, mediante un negocio totalmente legítimo, querrá una respuesta cuando la justicia laboral disponga la anulación de esa transacción.

Estos sería solo dos ejemplos del impacto que en el mundo real tendría declarar la ineficacia de la afiliación de quienes ya se han pensionado en el régimen de ahorro individual. Impacto que responsablemente esta Sala quiere evitar, decidiendo mediante esta sentencia de unificación que no podrá declararse la ineficacia ni la nulidad de su afiliación”.

Con posterioridad a la providencia unificadora en cita, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL373-2021, abandonó el criterio que venía sosteniendo desde la sentencia de radicado n.º 31989 del 9 de septiembre de 2008, y dejó dicho:

“(...) [¿] es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD[?]”.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que (...) 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. (...)

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como la Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia (...).”

Descendiendo al sub examine, es un hecho asentido por las partes procesales el reconocimiento de la pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado, en un monto de \$ 1.169.439, sobre 13 mesadas anuales, y efectiva a partir del 11 de octubre de 2016 (ibíd. pág. 245), razón por la cual, una vez entró el actor al disfrute pensional a partir del 11 de octubre de 2016, consolidó su calidad de pensionado como su derecho pensional, y por ende, siguiendo los criterios jurisprudenciales atrás delineados, no tiene vocación de prosperidad la declaratoria de ineficacia instada.

De otra parte, cabe anotar que, el acogimiento del precedente en cita, no determina que las falencias en la información al momento de la afiliación con fines de traslado de régimen pensional sean objeto de saneamiento o convalidación con el transcurso del tiempo, sino que precisa que la calidad de afiliado en pensiones en uno de los dos regímenes, es un antecedente independiente del estatus jurídico de pensionado por el riesgo de vejez, en la misma forma como se prohíbe el traslado entre AFP al interior del RAIS para quien detente la condición de pensionado, lo que sucede, se itera, cuando el reclamante adquiere y afianza el statu quo de pensionado con el disfrute pensional.

Igualmente, el máximo tribunal de esta jurisdicción, exalta que el pensionado 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, bien a través de la acción única y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional como pretensión principal, con la 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, en la forma como quedó plasmado a continuación:

“(…) 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. (...) 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” (SL373-2021) - negrilla fuera de texto-, que no es el caso que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad.

5. Fundamento jurídico del régimen subjetivo de responsabilidad contractual por culpa presunta de las AFP del RAIS - Elementos estructurantes

Ab initio, ha de señalarse que en el régimen subjetivo de responsabilidad contractual que rige en el país, celebrado un contrato, todas las vicisitudes que ocurran durante su ejecución, son atraídas por éste. El art. 1616 del Código Civil limita los tipos de daños indemnizables en materia contractual, en los siguientes términos:

“Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.”

Se hace una distinción de los tipos de daños 1. **previstos y previsibles** (tiene la capacidad de ser previsto ese daño, pero puede que no se haya previsto). 2. **Imprevistos e imprevisibles**. En el caso de que el incumplimiento sea: a. Doloso, el acreedor podrá demandar por todos estos tipos de perjuicios, es decir, previstos y previsibles, imprevistos e imprevisibles. b. Culposo: el acreedor únicamente podrá demandar la indemnización de **los daños previstos y previsibles**.

Tradicionalmente, en materia de responsabilidad contractual no se admitía la indemnización del daño moral o extrapatrimonial, únicamente se admitía su indemnización en materia extracontractual, de allí que quien fungiera como demandante prefiriera ésta última, **pero esto obedecía a que la responsabilidad contractual tutela derechos de crédito o débito.**

Pero esta discusión la zanjó con el C. Co de 1971, porque en el artículo 1006, expresamente se dice que el demandante puede exigir la indemnización del daño moral.

6. En cuanto a la carga de la prueba, el artículo 1604 CC es la norma que regula la Responsabilidad contractual en Colombia. En el régimen común o general, la mayoría de la doctrina colombiana, encuentra en esta norma presunción de culpa contractual, es decir, que si ello es así, le correspondería al demandando probar que actuó con diligencia y cuidado, es decir, le corresponde destruir esa presunción con la prueba de la existencia de la diligencia y cuidado o con la prueba de una causa extraña no imputable, vale decir, caso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero y culpa exclusiva de la víctima.

Reza el artículo 1604 citado: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.” De aquí concluye la doctrina que este es un principio general de responsabilidad contractual, porque quien es el que lo alega y ha debido emplearlo es el demandado, por eso es que la doctrina ha dicho que el demandante no tiene que probar la culpa y se le traslada la carga de la prueba, concepto que está ligado únicamente a la culpa.

En suma, todo régimen subjetivo tiene lugar cuando el fundamento para declarar la responsabilidad plantea una valoración de la conducta que causa el daño para encontrar en esa conducta una culpa.

Con todo lo anterior, y más allá de reducir el debate a que la responsabilidad subjetiva contractual encuentre estribo en una culpa probada o culpa presunta, lo cierto es que debemos ocuparnos en el esquema clásico de los elementos que integran la responsabilidad civil subjetiva. Ello así, los elementos estructurantes de la responsabilidad en los regímenes subjetivos son el daño, primer elemento estructural de responsabilidad de cualquier régimen; la culpa y la relación de causalidad entre el daño y la culpa. En el régimen de culpa probada, es el demandante el que tiene que demostrar los tres elementos configuradores de la responsabilidad, en tanto que el demandado se exonerará rompiendo el nexo causal con la prueba del hecho exclusivo de un tercero, fuerza mayor o caso fortuito y hecho exclusivo de la víctima, lo cual connota que la prueba de la tríada de

elementos antelados está a cargo siempre del demandante, a través de todos los medios probatorios contemplados en la Ley y recabados en el proceso.

Ahora bien, la teoría de la causalidad adecuada plantea una reflexión que debe realizar el juzgador, en relación con lo que era previsible como resultado, que pudiera producirse como consecuencia de los antecedentes del daño. Cuando se dice que debe haber una relación de previsibilidad entre el antecedente y el resultado que finalmente se produce, o una relación de cercanía, no se trata de una cercanía estrictamente temporal o espacial. Una evidencia de que entre nosotros se aplica la teoría de la causalidad adecuada es el hecho de que con fundamento en cualquiera de los regímenes que se apliquen, siempre el demandado puede exonerarse, demostrando que existió una causa extraña, lo que le permite romper el nexo de causalidad, esto es, que lo que se estaría demostrando es que la conducta del demandado no era la causa adecuada del daño sino una causa extraña como la fuerza mayor o caso fortuito, un hecho exclusivo de un tercero o un hecho exclusivo de la víctima.

En el contexto anterior, el antecedente dañino al accionante se presenta cuando el afiliado se traslada de régimen pensional desinformado y la materialización y mensura del daño se presenta cuando adquiere el estatus jurídico de pensionado y entra en el disfrute pensional en condiciones desfavorables a como lo hubiera hecho en el RPMPD, la cual también se le atribuiría al AFP accionada; el hecho dañino coincidiría con la causa inmediata y también le sería imputable a la AFP, además de no avizorarse ni probarse por la demandada ninguna de las llamadas causas extrañas atrás enunciadas.

A efectos de deslindar el quid del asunto debatido, debe señalar la Sala que **en el libelo genitor se deprecó: “se condene a PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar perjuicios morales y materiales**, los cuales se tasan en las mesadas que le corresponderían en el régimen de prima media con prestación definida, mientras COLPENSIONES reconoce y paga la mesada pensional, así mismo, al pago de los honorarios del mandatario judicial.”; pretensión que fue incluida por la a quo en la fijación del litigio (min. 1:31:00), y denegada en la parte motiva de la sentencia de primera instancia (min. 1:59:00), la que a la vez fue materia de la alzada, en la que se enrostró que es la AFP la que debe ser gravada con el pago de la diferencia del monto de la mesada pensional a título de perjuicios ocasionados probados.

De cara a la pretensión indemnizatoria, preliminarmente ha de desestimarse que el pago de honorarios al mandatario judicial constituya un perjuicio indemnizable por esta vía, en tanto que, con arreglo al Código General del Proceso aplicable al

proceso laboral por remisión analógica, la condena en costas procesales incluye no solo los gastos del proceso sino las agencias en derecho en que incurrió la parte que resultó triunfante en la litis.

De igual forma, no se probó en el plenario la generación de perjuicios morales, en tanto los hechos relacionados con la demanda, iterados al absolver el actor interrogatorio de parte, únicamente constituye prueba en tanto sea desfavorable para el declarante o favorable para su contraparte, tal y como dispone la regla de valoración probatoria establecida en el numeral 2 del artículo 191 del CGP, y en consonancia con la regla de la experiencia consistente en que las personas no mienten en lo que les desfavorece, pero sí podrían hacerlo en lo que les beneficia, aparejado con que las partes no pueden fabricar o construir sus propias pruebas; y siendo que ninguna probanza se aportó a tal efecto, habrá de no accederse a tal pretensión.

7. Entre tanto, de cara al reconocimiento y condena de los perjuicios materiales deprecados tenemos que, la fuente formal de la responsabilidad de las AFP la encontramos en el Decreto Reglamentario 720 del 6 de abril de 1994 “por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993”, CAPITULO IV. RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACION DE LOS PROMOTORES, específicamente en el artículo 10, al señalar que: ***“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”*** (Negrilla fuera de texto).

Al igual que la Ley 446 de 1998, *“por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”*, Título I, NORMAS GENERALES, Parte II DE LA EFICIENCIA DE LA JUSTICIA, artículo 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", fuente normativa sobre la que se edifica la responsabilidad subjetiva contractual de las AFP por las infracciones, errores y omisiones en que hayan incurrido dentro del ámbito de sus deberes y funciones, como es justamente haberse sustraído a brindar información integral, detallada y completa al afiliado demandante, sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes y, por sobre todo, de las consecuencias adversas que le acarrearía el traslado al RAIS, específicamente sobre la liquidación del IBL, las tasas de reemplazo y el monto de la mesada pensional más alta con el RPMPD, conducta dañina que se prolongó en el tiempo y que se concretó o materializó con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez mediante la modalidad de retiro programado con PROTECCIÓN S.A., pero cuyos perjuicios materiales se empiezan a producir a partir del día en que entró a percibir la primera mesada pensional deficitaria, generándose desde luego una afectación real a sus intereses y derechos pensionales.

En concordancia con lo expuesto, es del caso acotar por la Sala que el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, establece que la obligación del consentimiento informado de la AFP no solo se debe atender en la antesala del traslado, sino también: ***"durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"***, regulación que permite inferir que una vez solicitada y obtenida la prestación económica de vejez ante la AFP y entrada en el pleno disfrute pensional, solamente frente a la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional y no respecto de la pretensión indemnizatoria, la falta de información integral en el traslado entre regímenes pensionales deja de ser relevante, en tanto se trata de una persona con un nuevo estatus jurídico, el de pensionado, acto jurídico en el que la AFP le pone a disposición las diferentes modalidades pensionales del RAIS, tal como se detalla en la documental, y a consecuencia de ello, el actor escoge la modalidad de retiro programado (ibíd. pág. 239-245), de donde se concluye a las claras que es incontestable que la AFP accionada omitió su deber de brindar la información integral, adecuada, oportuna y veraz exigida (culpa), causa eficiente para que se hubiera producido la afiliación y traslado de régimen pensional a la AFP accionada en condiciones ostensiblemente desfavorables (daño), elementos entre los cuales campea una evidente relación de causalidad (nexo causal). Ahora, el resultado o las consecuencias del daño continuo ocasionado (perjuicios materiales o patrimoniales), se materializó o exteriorizó, con el reconocimiento y adquisición del derecho pensional y el estatus de pensionado, y por ende, con la inviabilidad jurídica de retornar al RPMPD, cuantificable o mensurable al entrar a percibir el actor una mesada pensional, cuyo monto es

abiertamente desfavorable, generándose una diferencia a su favor a título de lucro cesante consolidado y futuro.

Conviene traer a colación el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL373-2021, que en relación con el principio de reparación integral en la valoración judicial de los daños memoró:

“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 ese orden, y habida cuenta que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado y se entra a disfrutar de la prestación económica pensional, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.

En vista de que nos encontramos frente a un régimen de responsabilidad subjetiva por culpa presunta, al que se llega por vía de aplicación supletoria prevista en el artículo 19 del C.S.T., principio basilar del mismo compendio normativo, y como desde pretérita oportunidad tuvo la oportunidad de pronunciarse esta misma Sala en sentencia del 19 de marzo de la presente anualidad, dentro del radicado 05001-31-05-012-2019-00042-01 (20-135), promovido por Jorge Hernán Vallejo Gómez contra Colpensiones y otros, viene a propósito colacionar los predicamentos que en torno del daño ha esbozado con solvencia la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (SC282-2021/2008-00234-01), en cuyos apartados pertinentes expresa:

“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, *«[e]l 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)» (Negritas intencionales).

7. Dicho todo lo anterior, al verificarse si la multireferenciada falta de información holística y cualificada por parte de la AFP convidada al juicio, que determinó la afiliación, traslado y permanencia del actor en el RAIS, como conducta omisa e incuriosa generante del daño, y su consecuente reconocimiento jurídico del estatus de pensionado con el pleno y satisfactorio disfrute pensional, momento en el cual se exterioriza, visibiliza, o materializa aquel, causó un daño directo, cierto, real y efectivo por la afiliación y traslado al RAIS, y sus consecuencias perjudiciales al actor por la liquidación del ingreso base y del monto de la mesada pensional, se logran extraer dichos elementos del plenario, dado que el actor antes de trasladarse

a PROTECCIÓN S.A., para el 1º de diciembre de 1999 (ibíd. 203), ya contaba con 748 semanas de cotización en el RPMPD (ibíd. pág. 209), lo que al no haberse ponderado para la fecha en que solicitó la prestación económica ante PROTECCIÓN S.A., el 11 de octubre de 2016 (ibíd. pág. 239), le significó la pérdida de la oportunidad de conservar el RPMPD y de acceder a un mayor valor en su mesada pensional, en tanto que de haber continuado en el régimen de prima media con prestación definida, le hubiera correspondido una mesada superior, situación que evidentemente le representaría un mayor monto de la mesada pensional de la que le fuera otorgada por PROTECCIÓN S.A. a partir del 11 de octubre de 2016 (ibíd. pág. 245).

8. En este punto, vale la pena memorar 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 sub examine, pues la falta del deber de información detallada e íntegra por parte de la AFP en la antesala del traslado de régimen pensional, determinante de su consentimiento, su permanencia y pleno y satisfactorio disfrute de la pensión, privó al actor de la oportunidad de pensionarse con mejores condiciones en el RPMPD, visto que en el ámbito de la responsabilidad subjetiva se denomina la “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)”

9. Así las cosas, a contrario sensu de lo expuesto en la ponencia brota palmar la presencia en el caso sub litium de la tríada de elementos de la responsabilidad subjetiva, esto es, la culpa presunta contractual por la AFP accionada, un daño directo y cierto, y un nexo causal entre los dos primeros elementos. En paralelo,

debe revisarse la excepción de prescripción propuesta por PROTECCIÓN S.A., debido a que tal medio defensivo resulta determinante para entrar a definir si procede o no la reparación.

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL373-2021) delineó que el término de prescripción de la acción debe contarse desde el momento en que se adquiere el estatus jurídico de pensionado, esto es, desde el momento en que el daño es perceptible en toda su magnitud, se entra en el disfrute pleno y satisfactorio de la prestación, y por ende, el afiliado tiene el conocimiento exacto y cierto de que el monto de la pensión no corresponde con el ofrecimiento realizado con ocasión de la afiliación y traslado de régimen pensional, teniendo en cuenta las demás circunstancias que pudiera haber advertido al afiliado, como que su mesada pensional iba a ser menor a la que le hubiere correspondido de haber continuado o retornado dentro de los parámetros legales al régimen de prima media con prestación definida.

En el contexto anterior, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha puntualizado que “la finalización de la circunstancia fáctica generante del daño, marca a la vez el momento a partir del cual la víctima está habilitada para accionar judicialmente su reparación” (SC016-2018), luego de precisar aspectos medulares del daño, pues dependiendo de su caracterización empezará a correr el término de prescripción, a saber: el instantáneo, el diferido y el continuado; según sea su inmediatez con la circunstancia que lo determina, o se produzca tiempo después de que se realiza o cesa la conducta dañosa (el factor que lo identifica es la tardanza en aparecer), o se materializa a través del tiempo, es decir, no se configura en un solo momento, sino que se exterioriza durante cierto lapso de tiempo (el criterio tipificante es la demora en su consolidación).

De los anteriores lineamientos expuestos por la jurisprudencia, debe decirse que en efecto, tal como lo adocrinó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el daño producto de la falta al deber de información se exterioriza o concreta al consumarse la circunstancia fáctica generante del daño, una vez se adquiere la calidad de pensionado y se entra en el pleno disfrute pensional; es decir, que podríamos estar ante un daño de carácter continuado, dado que los efectos o consecuencias de la omisión al deber de información solo vienen a materializarse a través del tiempo y advertirse al momento en que se adquiere la calidad de pensionado y se entra en ejercicio pleno del disfrute pensional, es decir, desde la perpetración del acto o hecho, fuente generatriz del daño, como lo tiene dicho la jurisprudencia civil (STC8885-2016), y en consecuencia, es a partir de allí que se

debe contar el término de prescripción para incoar la acción de reparación del daño o indemnizatoria plena de perjuicios.

En lo concerniente a la extinción de las acciones y derechos laborales y de la seguridad social por el transcurso del tiempo, establecen los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que el término de prescripción de las acciones laborales es de tres años contados a partir de que la obligación se hizo exigible, término que resulta aplicable al presente proceso, pues debe tenerse en cuenta, tal como ya se expresó, que la acción de reparación del daño o indemnización plena de perjuicios no es novedosa ni ajena al derecho laboral, *verbi gratia*, en materia sustantiva y procesal laboral se contempla la acción para reclamar la indemnización plena de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST erigida sobre la culpa patronal, la que se encuentra sujeta al término prescriptivo de que tratan los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, aspectos que permiten a la Sala educir que el término de prescripción para reclamar la reparación del daño o indemnización plena e integral de perjuicios por un pensionado del RAIS deberá correr por tres (3) años desde el momento en que adquiere el estatus jurídico de pensionado consolidado con el pleno y efectivo disfrute pensional.

Del mismo modo, en sentencia SL9373-2017, con respecto de la aplicación supletoria de la legislación civil acerca del término de prescripción de las acciones del trabajo, el máximo tribunal de casación laboral aclara que “resulta entonces improcedente la remisión a los preceptos civiles que plantea la censura, pues, recuérdese, la analogía en asuntos del trabajo se encuentra autorizada siempre que no exista una norma aplicable al caso”, de donde se sigue que, no es necesario acudir al artículo 2.358 del Código Civil Colombiano para definir el término de prescripción de la acción de reparación del daño, aunque finalmente contemple el mismo término de 3 años, por no haber vacío normativo al existir norma especial y expresamente aplicable en materia de prescripción de las acciones y derechos laborales, no así respecto del momento en que empieza a correr el término de prescripción, puesto, se itera, por tratarse de la causación de un daño, debe contarse a partir de la perpetración del acto con el que se concreta.

En este orden de ideas, no cabe duda que en el sub lite se cierne sobre la AFP encausada la imputación del daño a título de culpa en razón de su negligencia al haber omitido suministrar la información suficiente, clara, precisa, completa y cualificada previo al traslado del régimen pensional del pretensor, circunstancias plenamente demostradas en el plenario, las que se prolongaron en el tiempo, al

igual de ser determinantes para permanecer en el RAIS y obtener el reconocimiento pensional en condiciones desfavorables, pero que al empezar a percibir una mesada pensional deficitaria, se generan en su favor las diferencias entre el monto de la pensión que la parte actora hubiese recibido en el RPMPD y el monto de la pensión que recibe en el RAIS. estando demostrado igualmente el nexo causal, porque de haber mediado la información y asesoría debidas, la causa inmediata, adecuada y eficiente, el daño ni perjuicios materiales se hubieran producido; de suerte que, para determinar los perjuicios materiales ocasionados, en atención a los principios de reparación integral y equidad, se debe proceder a liquidar la pensión de vejez que le hubiere correspondido al demandante en el RPMPD y establecer la diferencia en su favor frente a la mesada pensional que viene recibiendo en el RAIS.

Es así que, atendiendo a las previsiones del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, modificadorio del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se concluye que el actor satisface los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez, dado que acreditó los 62 años de edad el 24 de julio de 2016 (ibíd. pág. 74) y para la misma calenda superaba las 1.300 semanas, al contar con 748 semanas de cotización en el RPM (ibíd. pág. 209), y 860,42 semanas cotizadas al RAIS (ibíd. pág. 48-64), que totalizan 1.608,42 semanas de cotización hasta tal calenda.

Respecto del ingreso base de liquidación (IBL), debe observarse el procedimiento contemplado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, calcularlo con el promedio de los ingresos base de cotización (IBC) de los últimos 10 años o de toda la vida laboral, el que le resulte más favorable, por tener el actor más de 1250 semanas de cotización, al que luego debe aplicársele la fórmula de que trata el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, para establecer la tasa de reemplazo (sentencia SL3785-2019).

Es de anotar que las historias laborales disponibles en el legajo (ibíd. págs. 56-64 y 301-305), no cuentan con la información del IBC del demandante por algunos periodos, por manera que se debe tener en cuenta para determinar el IBL únicamente los periodos o ciclos con IBC reportado en la historia laboral. Una vez efectuado los cálculos matemáticos de rigor, encuentra la Sala que el IBL del demandante por los últimos 10 años de cotización corresponde a \$ 3.187.673, en tanto que el de toda la vida laboral es de \$ 2.772.961, por contera, siéndole más favorable el de los últimos 10 años.

Ello así, debe aplicarse la fórmula establecida en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, con la que se obtiene una tasa de reemplazo del 63,09 %, y teniendo en cuenta que tiene 308,42 semanas de cotización adicionales a las 1.300 mínimas requeridas para causar la pensión, se obtienen 9 puntos que incrementan el

porcentaje de partida, para una tasa de reemplazo total del 72,09 %, cálculos que arrojan una mesada pensional por valor de \$2.297.993 para el año 2016, suma superior a la que le reconoció PROTECCIÓN S.A. (ibíd. pág. 245), debiéndose entonces condenar a dicha entidad el pago de la diferencia a título de perjuicios materiales irrogados por el incumplimiento del deber de información y asesoría debidos, causa eficiente del daño de perder la afiliación y condiciones más favorables que ofrecía el RPMPD.

Entre tanto, no podría sostenerse que nos encontramos frente a un derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, dado que no estamos frente a una reliquidación de la pensión de vejez, sino frente a la reparación patrimonial y extrapatrimonial de un daño y los perjuicios que este ha ocasionado, lo cual, al igual que la indemnización plena de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST, le es aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción. En este ítem, ha de precisarse que si bien en materia de reparación del daño puede tenerse como parámetro, para la cuantificación de los perjuicios ocasionados, la mesada pensional que pudo haber sido otorgada en el RPMPD y su diferencia o mayor valor con el otorgado en el RAIS, tal parámetro únicamente se aplica a efectos de determinar la reparación del daño.

Así las cosas, tenemos que la AFP accionada definió como fecha del disfrute de la pensión el 11 de octubre de 2016, según comunicado del 15 de diciembre de 2016 (ibíd. pág. 34), al tiempo que se verifica con la relación de pagos por nómina de pensionados que al demandante se le ha venido pagando efectivamente la mesada pensional desde el 27 de enero de 2017 (ibíd. pág. 261), por lo que hay lugar a declarar como no probada la excepción de prescripción propuesta, en tanto la demanda fue incoada el 27 de agosto de 2019 (ibíd. pág. 19), es decir, sin que se llegare a superar el término de prescripción trienal dispuesto por los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS.

De conformidad con el artículo 283 del CGP la condena debe extenderse hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, por lo cual una vez realizadas las operaciones matemáticas por concepto del retroactivo pensional y a partir del 1º de diciembre de 2022 PROTECCIÓN S.A. deberá cancelar una mesada pensional de \$ 2.907.459, la cual se incrementará anualmente conforme lo establece el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y sobre 13 mesadas pensionales, según lo dispone el Acto Legislativo 1 de 2005 por haberse causado la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011.

En el mismo sentido, debe precisarse que la diferencia entre la mesada que se pague actualmente al demandante, y la mesada que deba de pagarse a título de

perjuicios materiales por lucro cesante consolidado, debe ser pagada con cargo exclusivo a los recursos propios de PROTECCIÓN S.A., sin afectar de ninguna forma los recursos provenientes de la cuenta de ahorro individual o del bono pensional del accionante, al igual que dicha diferencia deberá continuar siendo pagada a los posibles derechohabientes ante una eventual sustitución pensional por sobrevivencia.

En esa medida, PROTECCIÓN S.A. debe descontar del valor retroactivo, las cotizaciones que por mandato legal deben hacerse con destino al sistema de seguridad social en salud (SL2376-2018), por tratarse de recursos que en todo caso no ingresarían al patrimonio del demandante.

En cuanto al derecho consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y que se causa a partir del plazo máximo de 4 meses contados desde el momento en que se impetra el reconocimiento pensional en sede administrativa, y que: “de forma excepcionalísima y particular, esta Corporación ha estimado que la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o cambio de criterio jurisprudencial o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley” (CSJ SL787-2013), excepción que se presenta en el sub lite, en la medida en que antes del proferimiento de la sentencia SL373-2021, la jurisprudencia nacional no permitía la posibilidad de reclamar la reparación de perjuicios a las AFP por la diferencia entre las pensiones reconocidas por éstas y las que hubieren correspondido en el RPMPD, de lo que refulge que una negativa al reconocimiento pensional en los términos establecidos en esta providencia, estaría fundamentada en el precedente judicial vigente para aquella época.

En adición, no puede perderse de vista, que las sumas materia de la litis corresponden a una indemnización de los perjuicios materiales consolidados y futuros irrogados ante el incumplimiento al deber de suficiente información y asesoría, por manera que por no tratarse de mesadas pensionales ni reliquidaciones pensionales, no causarían los intereses moratorios reservados exclusivamente para las prestaciones económicas periódicas y su reliquidación.

Sin embargo, sería del caso ordenar la indexación de las sumas objeto de condena, como quiera que la devaluación de la moneda constituye un hecho notorio en el mercado monetario colombiano, siendo que las sumas que se reconozcan no han ingresado al patrimonio del demandante, y cuando lo hagan se habrán visto menguadas por el paso del tiempo.

10. En conclusión, contrario a lo expuesto en la ponencia presentada, sí se encuentran plenamente acreditados todos los elementos estructurantes de la responsabilidad subjetiva contractual no solo por los daños previstos en la

preceptiva atrás descrita, al incumplir la AFP accionada con su deber a respetar el consentimiento informado del pretensor, sino también previsibles, puesto que al momento de producirse su afiliación y traslado al RAIS, la densidad de semanas cotizadas, el régimen de subsidios del Estado a la mesada pensional en el RPMPD, entre otros aspectos igualmente relevantes, era previsible que según el nivel del IBC del actor, su proyección y el tiempo de cotizaciones faltante para cumplir con todos los requisitos para acceder a la pensión, la prestación económica obtenida en el RAIS sería ostensiblemente menor a la que le correspondería en el RPMPD.

Con mi acostumbrada consideración y respeto,

Cordialmente,



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

MAGISTRADO

SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL