



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-011-2019-00029-01
Demandante:	Orlando Antonio Ramírez Peláez
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 Once Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación pensionado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y Indemnización de perjuicios.

**Medellín, diciembre dos (2) 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 del Ley 2213 de 2022, a decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de la parte demandante, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, el 8 de marzo del año 2022, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor ORLANDO ANTONIO RAMÍREZ PELÁEZ 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 05001-31-05-011-2019-00029-01.

## **1.- ANTECEDENTES**

### **1.1.- DEMANDA**

El señor ORLANDO ANTONIO RAMÍREZ PELÁEZ, instauró demanda ordinaria laboral, en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., pretendiendo se declare la nulidad de su afiliación a Protección S.A. y que le asiste el derecho de percibir la pensión de vejez acorde al artículo 36 de la ley 100 de 1993 en concordancia con el decreto 758 de 1990; en consecuencia se condene a Protección S.A, al pago de perjuicios y a trasladar el total de los aportes en pensiones a Colpensiones, ordenándose a esta última recibir el valor de los aportes trasladados, asimismo se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez con el respectivo retroactivo pensional y los intereses moratorios del art 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación.

Los supuestos fácticos que apoyan las anteriores pretensiones, se sintetizan en que el demandante nació el 10 de septiembre de 1951, inicio su vida laboral en 1981, siendo así beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, fue abordado por una asesora comercial de Protección, quien únicamente le habló de los beneficios de dicho fondo y le aseguró que su prestación sería más alta en el RAIS que en el RPMPD; anotando que de saber las desventajas y la forma en la cual adquiriría la prestación económica, nunca hubiera aceptado el traslado de régimen.

Expone que el 18 de octubre de 2013, el fondo de pensiones y cesantías Protección S.A., le reconoció la pensión de vejez en la modalidad de RETIRO PROGRAMADO, con una mesada pensional de \$1.077.026, la cual iniciaría a disfrutar a partir del mes de octubre de 2013; asegura que el engaño de Protección ha sumido al pretensor en un estado de preocupación y desazón, de cara a las condiciones desfavorables de la mesada que percibe, pues de haber continuado en el RPMPD, su IBL sería de \$1.718.982, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 90% daría una mesada equivaldría a \$1.547.048, la cual percibiría desde el momento en que cumplió 60 años; asimismo se le han ocasionado perjuicios patrimoniales los cuales deben ser indemnizados como la pérdida del retroactivo causado entre el 10 de septiembre de 2011 hasta el cumplimiento de los requisitos mínimos, el 30 de septiembre de 2013, el mayor valor de su mesada entre el 1° de septiembre de 2013 y la actualidad, el tener que incurrir en gastos de asesoría profesional de abogado, conforme a contrato de prestación de servicios suscrito el 21 de septiembre de 2016, en el cual se pactó el 30% de las prestaciones reconocidas.

## **1.2.- CONTESTACIÓN**

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado, oportunamente **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, indicando que no es cierto que el demandante sea beneficiario del régimen de transición y que no le constan los demás hechos por ser ajenos a su representada.

A su vez, propuso las excepciones denominadas carga dinámica de la prueba – particularidades del caso; inexistencia de la obligación de traslado de régimen; prescripción; buena fe; no existe incumplimiento por parte de Colpensiones; improcedencia de la indexación de las condenas; improcedencia de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

La **NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, por intermedio de apoderado, replicó la demanda afirmando que

el accionante tenía derecho a que se emita un bono pensional tipo A modalidad 2, cuya fecha de redención normal fue el 10 de septiembre del 2016, cuando el actor cumplió los 62 años, el cual fue efectivamente pagado, sin que exista algún trámite pendiente, por parte de la entidad convocada a juicio.

Y como excepciones presentó las de falta de legitimación en la causa por pasiva; la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ya cumplió con la emisión y redención del bono pensional del señor Orlando Antonio Ramírez Peláez; imposibilidad jurídica del traslado de régimen por la condición de pensionado del actor; buena fe; prescripción; inaplicabilidad del precedente judicial para el caso concreto y violación al principio constitucional de la sostenibilidad financiera.

Por su parte, **PROTECCION S.A.** contestó el libelo inicial, exponiendo que es cierto que el demandante nació el 1º de septiembre de 1951, que inició cotizaciones en el ISS el 10 de junio de 1981, que el 18 de octubre de 2013 le fue reconocida la pensión de vejez en modalidad de retiro programado, de igual manera señaló que no es cierto que el actor sea beneficiario del régimen de transición, toda vez que ésta es una figura del RPM, afirma que no se causó un perjuicio moral, pues la prestación económica a la que accedió el demandante se encuentra acorde a los aportes realizados y la percepción de perjuicios es infundada toda vez que el actor no es beneficiario del régimen de transición, adicional se le brindó una asesoría de manera integral y completa, sobre el régimen general de pensiones, siendo decisión del afiliado la vinculación.

En oposición a las pretensiones formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa por pedir; buena fe; falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal; pago; compensación; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones e innominada.

### **1.3.- DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

**PROTECCIÓN S.A.**, presentó demanda de reconvención en contra del demandante, pretendiendo que en caso de prosperar la pretensión de ineficacia y/o nulidad de la afiliación, se condene al señor Orlando Antonio Ramírez Peláez, a reintegrar a Protección S.A., los valores pagados por concepto de mesadas pensionales de vejez desde la fecha de causación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, que se ordene a la parte demandada a pagar la rentabilidad que este dinero habría producido de haber permanecido bajo la administración de Protección S.A., o en forma subsidiaria, se condene al pago de la indexación hasta la fecha de su pago.

Lo anterior con apoyo en que el demandado presentó solicitud de pensión de vejez el 1º de octubre de 2013, que además autorizó a Protección a realizar los trámites para la obtención del bono pensional y aprobó su historia laboral y Protección reconoció la pensión de vejez, a partir de octubre de 2013, éste se encuentra en nómina de pensionados desde el día 15 de noviembre de 2013 y a la fecha, Protección S.A. se encuentra pagando las mesadas pensionales.

### **1.4.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO**

Mediante fallo proferido el 8 de marzo del año 2022, el Juzgado de conocimiento absolvió a las demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por el actor, dejando incólumes el estatus pensional del mismo, su afiliación y las actuaciones surtidas para la consolidación de su derecho pensional y condenando en costas al actor.

### **1.5.- RECURSO DE APELACIÓN**

#### **Demandante**

El apoderado del demandado interpuso recurso apelación en contra de la decisión proferida por el a quo, argumentando que el mismo paso por alto al momento de resolver el litigio, los postulados constitucionales y los principios legales, manifestando que no se puede convalidar la existencia de la ineficacia con una circunstancia posterior, y teniendo en cuenta que Protección S.A. no brindó al demandante, la suficiente información y documentación que dicho traslado demandaba, de lo contrario se estaría violando la libre escogencia del régimen pensional.

Afirma que la afiliación inicial al no cumplir los requisitos no puede configurar el consentimiento informado en la celebración de dicho acto, exponiendo que eventualmente podría existir un consentimiento, pero este no cumple con las características formales de acuerdo la ley, indicando que quien tenía la carga y el deber de acreditar que sí se había brindado esta información, era el fondo de pensiones.

Razones, entre otras, por las cuales sostiene que debió declararse la ineficacia del traslado del gestor del proceso.

Adicional a esto asevera que de acuerdo con la sentencia SL373 de 2020, es procedente ordenar la indemnización total de perjuicios, debido al mal actuar del asesor, ya que con su negligencia e impericia llevó al demandante a tomar una mala decisión, perjuicios que se alegaron en los hechos de la demanda y que quedaron acreditados dado que en el escrito de demanda se realizó una liquidación del ingreso base de liquidación del demandante en Colpensiones y la tasa de reemplazo acorde al número de semanas, acreditando así la gran diferencia existente entre las mesadas pensionales.

De otra parte, solicita al Tribunal aplicar la teoría de la tutela reintegradora asegurando el restablecimiento de los derechos fundamentales del actor a la seguridad social y al mínimo vital, que resultaron conculcados por la AFP, abandonando con ello el concepto de indemnización por responsabilidad civil,

pues el derecho laboral es un derecho social que demanda otro tipo de restitución como la reintegración por un derecho equivalente, el cual verdaderamente va a restituir y maximizar la protección constitucional de la seguridad social, estimando que, en ese asunto, no es necesario demostrar la existencia del daño ni los elementos de la responsabilidad civil por la característica social de la jurisdicción laboral y la solución que pretende buscar, es que la omisión e incumplimiento de los deberes contractuales del fondo privado de pensiones, que están acreditados, en tanto que la AFP era quien tenía la prueba para desvirtuarlo y no lo hizo, como se evidencia con las documentales que obran en el plenario y al encontrarse en presencia del status consolidado del pensionado, se ordene, entonces, la realización específica de la prestación en los términos agravados, sin que por ello se requiera la demostración de culpa ni la existencia de los daños, pues, precisamente, la pretensión reintegradora de la prestación por el equivalente resulta procedente cuando la prestación originaria es imposible cumplirla.

Finalmente expone que por tratarse de un derecho pensional no es susceptible de prescripción o en su defecto solo son prescriptibles las diferencias pensionales reclamadas.

## **1.6.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunció el apoderado de Colpensiones, solicitando se confirme la decisión de primera instancia, asegurando que Colpensiones siempre ha obrado de buena fe, de acuerdo a la normativa vigente. Agrega que, en este caso en particular, el demandante no ostenta el status de afiliado sino de pensionado en la AFP Protección no siendo procedente la declaratoria de ineficacia.

## **2. CONSIDERACIONES**

### **2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA**

## **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 Orlando Antonio Ramírez Peláez nació el 10 de septiembre de 1951, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el documento *001Expediente.pdf folio 64* del plenario.

- 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 20 de mayo de 1998, con fecha de efectividad el 1° de julio de 1998, ello conforme a los formularios de afiliación y el certificado de SIAFP, obrantes en el documento *001Expediente.pdf folios 190 al 194*. del plenario.

- Que el accionante acredita un total de 792,86 semanas cotizadas al RAIS conforme a la historia laboral expedida por Protección S.A. el 07 de julio del 2019, obrante en el documento *001Expediente.pdf folios 211 al 228* del plenario. Y cotizó 766.57 semanas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, *folios 198 ibidem*

- Que Protección reconoció la pensión de vejez al demandante, mediante modalidad de retiro programado el 1° de octubre de 2013, obrante en el documento *001Expediente.pdf folios 201 al 209* del plenario.

- Que mediante la resolución 11486 del 11 de septiembre de 2013, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ordenó el pago del bono pensional tipo A en favor del demandante, obrante en el documento *001Expediente.pdf folios 316 al 318* del plenario.

### **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?

¿Si puede imponerse a la AFP Protección S.A. el reconocimiento vitalicio de la diferencia pensional como derecho equivalente sin que sea necesario acreditar el daño, la culpa y nexo de causalidad?

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 1º de octubre del 2013, 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 de la Sala Especializada Laboral de esta Corporación y vertical de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ii) no es posible imponer una condena indemnizatoria sin que se acredite el daño, el dolo o la culpa y el nexo de causalidad iii) 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 acarrearle 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 requeriría 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 20 de mayo de 1998, con fecha de efectividad el 1º de julio de 1998 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 2013.

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.

### ***2.5.1. 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.”*

Debe señalarse, en primer lugar, que el señor ORLANDO ANTONIO RAMÍREZ PELÁEZ, pretendió en forma consecencial a la declaratoria de la ineficacia, la indemnización de los perjuicios representados en 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.

En el recurso de apelación el apoderado invoca el precedente jurisprudencial contenido en la citada sentencia SL373 de 2021, solicitando a esta Sala de Decisión el reconocimiento de la indemnización de perjuicios, correspondiente a la diferencia en el monto de la pensión en el Régimen de Ahorro Individual respecto a la que hubiera percibido en el Régimen de Prima Media y la aplicación de la teoría de la tutela reintegrada con la cual se procure el restablecimiento del derecho pensional del demandante.

Estudiado el planteamiento del actor encuentra la Sala que la tutela reintegradora no es aplicable en este caso, dado que, en primer lugar, el accionante no tiene comprometido el derecho pensional, el cual ha venido disfrutando desde el 01 de octubre de 2013, tampoco está establecido que la diferencia pensional signifique una afectación relevante a su mínimo vital, y, en segundo lugar, su aplicación, en la forma solicitada por el demandante, comporta una responsabilidad de carácter objetivo que no tiene previsión legal, recordando que también en materia laboral la pauta para el reconocimiento de los perjuicios, lo es que el trabajador o afiliado pretensor asumen la carga de probar el daño, la culpa y el nexo de causalidad existente entre la acción u omisión y el daño producido.

De otro lado, no hay duda para la Sala que la responsabilidad que se analiza es una responsabilidad de carácter civil de naturaleza contractual, 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 válido; (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 deudor en la causación de perjuicios. 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. ...*

*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 culposo, 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 20 de mayo de 1998, 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 fundamento 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 dirección, se itera, no resulta suficiente la declaratoria de imposibilidad de traslado para deducir 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 a su vez, la AFP desistió de la prueba testimonial.

En estos asuntos debe tenerse en cuenta, además, 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.

Asimismo, en el sublite, la AFP acreditó que el 21 de mayo de 2003, entregó al demandante una simulación pensional, en la cual se le indica que, a la edad de 60 años, su pensión en el RAIS, sería de \$550.434, inferior a la que le correspondería en el Régimen de Prima Media que se proyectó en \$703.656, para la misma fecha, sin que, tampoco, el demandante haga referencia a las razones que en ese momento lo llevaron a no retornar al Régimen de Prima Media con prestación definida.

Adicionalmente, en la solicitud pensional, glosada a folios 237 del expediente digital, el pretensor expresa *“Declaro que como consumidor financiero recibí la información suficiente y la asesoría requerida por parte de Protección para la toma de esta decisión y que, en consecuencia, entiendo y acepto los efectos legales, así como los potenciales riesgos, beneficios y demás consecuencias derivadas de mi decisión.”*

Los planteamientos anteriores, si bien, no son conclusivos, si explican la necesidad de un debate probatorio amplio en relación con la responsabilidad de la AFP.

De otra parte, 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 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 se 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.

### **Prescripción**

Tampoco puede pasarse por alto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisó en la sentencia fundadora de la línea jurisprudencial, que la

acción para la reparación económica derivada del incumplimiento del deber de información está sujeta a las reglas de prescripción. (CSJ SL373-2021),

En el caso sub examine si se arribara a la conclusión de que es procedente la condena a la indemnización de perjuicios, representada en el reconocimiento de la diferencia en las mesadas pensionales, el derecho estaría extinguido por los efectos del fenómeno prescriptivo, dado que el demandante ostenta el status de pensionado desde el 01 de octubre de 2013 documento 001Expediente.pdf folios 201 al 209 del plenario y la demanda fue radicada el 24 de enero de 2019.

Cabe mencionar que la postura de prescriptibilidad del derecho a la reparación de perjuicios derivados del incumplimiento del deber de información ha sido reiterada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL053-2022, en la cual se indicó:

*“No obstante, «En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento» (CSJ SL373-2021), lo que lleva a colegir que en el presente asunto aquel se superó con creces como lo sostuvieron las demandadas al proponer el correspondiente medio exceptivo, pues la pensión anticipada de vejez que se le reconoció a Roberto Cesáreo José Francisco Ceballos Restrepo lo fue a partir del 5 de abril de 2002 (f.º 31-32) y la presente acción judicial tan solo se ejerció el 24 de enero de 2018 como da cuenta el acta de reparto visible al anverso de la carátula final del expediente, esto es, superado ampliamente el término trienal contemplado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, razón por la cual no resulta procedente su imposición.”*

En otro orden de ideas, se precisa que la indemnización pretendida no tiene naturaleza pensional, como lo argumenta el recurrente para predicar la imprescriptibilidad de la acción, pues, se itera, que se trata de una acción resarcitoria enmarcada en la responsabilidad civil contractual y el demandante

tiene garantizado el derecho pensional en el RAIS, la cual percibe desde el 01 de octubre de 2013.

Corolario de lo expuesto debe CONFIRMARSE la sentencia de primera instancia, 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 Once Laboral de Circuito de Medellín, el 8 de marzo de 2022, en el proceso ordinario instaurado por el señor ORLANDO ANTONIO RAMÍREZ PELÁEZ 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**

  
**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**  
**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**  
*Se suscribe con firma esgrimada por salubridad pública*  
*(Art. 11 Decreto 491 de 2020)*

  
**VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**  
**Magistrado**

## **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

**CLASE: PROCESO ORDINARIO**

**RADICACIÓN N°05001-31-05-011-2019-00029-01**

**DEMANDANTE: ORLANDO ANTONIO RAMÍREZ PELÁEZ**

**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 VOTO PARCIALMENTE respecto de la ponencia puesta a consideración, en razón de haberse desestimado la pretensión indemnizatoria instada, atendiendo a las consideraciones de orden constitucional, legal, probatorio y procesal, que enseguida se exponen:

1. El señor ORLANDO ANTONIO RAMÍREZ PELÁEZ, pretende se declare la nulidad de la afiliación a Protección S.A.; que al demandante le asiste el derecho de percibir la pensión de vejez acorde al artículo 36 de la ley 100 de 1993 en concordancia con el decreto 758 de 1990; se condene a Protección S.A, **al pago de la indemnización de perjuicios** y a trasladar el total de los aportes en pensiones a Colpensiones, ordenándose a esta última recibir el valor de los aportes trasladados, asimismo se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez con el respectivo retroactivo pensional y los intereses moratorios del art 141 de la Ley 100 de 1993, o en subsidio, la indexación

2. El apoderado judicial de la parte actora, contra la sentencia desestimatoria y sobre la conducta omisa de la AFP accionada, asienta que “la afiliación inicial al no cumplir los requisitos no puede configurar el consentimiento informado en la celebración de dicho acto, exponiendo que eventualmente podría existir un consentimiento, pero este no cumple con las características formales de acuerdo la ley, indicando que quien tenía la carga y el deber de acreditar que sí se había brindado esta información, era el fondo de pensiones. de perjuicios, debido al mal actuar del asesor, ya que con su negligencia e impericia llevó al demandante a tomar una mala decisión, perjuicios que se alegaron en los hechos de la demanda y que quedaron acreditados dado que en el escrito de demanda se realizó una liquidación de ingreso base de liquidación del demandante en Colpensiones y la tasa de reemplazo acorde al número de semanas, acreditando así la gran diferencia

existente entre las mesadas pensionales, y en adición resalta que de acuerdo con la sentencia SL373 de 2020, es procedente ordenar la indemnización total.

Dentro del contexto anterior, 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 mí 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, debido a 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 inmediata 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.

#### **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**

No existe motivo de discusión frente a los supuestos fácticos de que el señor Orlando Antonio Ramírez Peláez nació el 10 de septiembre de 1951, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el documento 001Expediente.pdf folio 64 del plenario; 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 20 de mayo de 1998, con fecha de efectividad el 1° de julio de 1998, ello conforme a los formularios de afiliación y el certificado de SIAFP, obrantes en el documento 001Expediente.pdf folios 190 al 194. del plenario; el accionante acredita un total de 792,86 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por Protección S.A. el 07 de julio del 2019, obrante en el documento 001Expediente.pdf folios 211 al 228 del plenario; Protección reconoció la pensión de vejez al demandante, mediante modalidad de

retiro programado el 1º de octubre de 2013, obrante en el documento 001Expediente.pdf folios 201 al 209 del plenario, y que mediante la resolución 11486 del 11 de septiembre de 2013, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ordenó el pago del bono pensional tipo A en favor del demandante, obrante en el documento 001Expediente.pdf folios 316 al 318 del plenario.

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 (...).”*

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 adecuada 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, dentro del cual puede caber no solo un análisis extracontractual sino contractual de responsabilidad, como en el presente caso. 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.

6. 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 sin solución de continuidad 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)” (Negrillas intencionales).

8. 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.

9. 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)”*

10. 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 relación con la temática abordada, 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.

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).

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.

En el caso sub examine, ciertamente si se arribara a la conclusión de que es procedente la condena al reconocimiento de la diferencia en las mesadas pensionales el derecho, estaría extinguido por los efectos del fenómeno prescriptivo, dado que el demandante ostenta el status de pensionado desde el 01 de octubre de 2013 documento 001Expediente.pdf folios 201 al 209 del plenario y la demanda fue radicada el 24 de enero de 2019.

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.

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**