

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Medellín, dieciocho (18) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los Magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES (ponente), VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, procede a dictar la decisión correspondiente en este proceso ordinario de doble instancia instaurado por **JOSÉ NELSON GIRALDO VÁSQUEZ** en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, y al que fue vinculada la NACIÓN -MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- (Rad. No. 05001-31-05-007-2021-00068-01).

Se RECONOCE PERSONERIA para actuar a favor de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, al abogado Jhon Walter Buitrago Peralta, con tarjeta profesional No. 267511 del C.S. de la J., conforme al poder que le fue conferido.

ANTECEDENTES

En lo esencial, pretende el demandante, previa la ineficacia o nulidad del traslado que realizó al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos S.A., que se declare válida y sin solución de continuidad la afiliación a Colpensiones; que tiene derecho al régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 del 93; que se le reconozca y pague la pensión de vejez por parte de esta última entidad, con los correspondientes intereses moratorios o la indexación; en subsidio de la anterior prestación, a título de

perjuicios ocasionados por Colfondos S.A., las mesadas pensionales dejadas de percibir a partir de febrero de 2011; que se condene a Colfondos a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes que efectuó a ese fondo, con sus respectivos rendimientos y sin ningún tipo de descuento por cuota de administración, comisiones ni por las mesadas pensionales canceladas hasta la fecha; por último, solicita que se condene a las demandadas a las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones manifestó sucintamente lo siguiente: nació el 31 de enero de 1948; se afilió al ISS, hoy Colpensiones, el 1 de junio de 1967 y permaneció allí hasta el 31 de enero de 1993; en total cotizó al régimen de prima media 1.175.86 semanas; por lo anterior cumple con los requisitos de la transición pensional consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; suscribió formulario de afiliación con Colfondos el día 27 de mayo de 1994; para tal traslado no recibió por parte de los motivadores de esta AFP una adecuada asesoría, en tanto la información brindada no fue completa, clara, precisa y comprensible, a más de que fue engañosa, en tanto no se le hizo saber de los requisitos de la pensión de vejez en tal régimen, no se le explicó la manera como podría llegar a tener una pensión de vejez de manera anticipada, lo relativo a los costos de administración, modalidades de pensión, etc.; nunca realizó cotización alguna al fondo demandado; elevó reclamaciones a las entidades demandadas, pero las respuestas brindadas para el traslado de régimen fueron negativas; el 3 de mayo de 2011 le reconoció una pensión de vejez en cuantía de \$1.386.631; tal traslado de régimen le ha generado grandes perjuicios, porque el monto de la pensión en el régimen de prima media sería sustancialmente superior.

La Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, atendió de manera oportuna el libelo oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una las pretensiones que se dirigen a ella, aduciendo que no existió ningún vicio en el consentimiento, ni menos violación a los derechos fundamentales, ya que el interés del afiliado era pensionarse antes de lo que permite el RPM. Dijo que eran ciertos los hechos que tienen soporte documental, entre ellos la edad, el traslado de régimen y la reclamación que se le hizo. De los demás, manifestó que no le constaban. Como excepciones de mérito propuso las que denominó:

prescripción, inexistencia de vicio en el consentimiento, devolución de cuotas de administración e imposibilidad de condena en costas, entre otras.

Colfondos S.A. se opuso igualmente a todas y cada una las pretensiones, sosteniendo que la afiliación del actor se realizó de manera libre y voluntaria, y que este tenía un verdadero ánimo de vincularse al RAIS. Frente a los hechos, dijo que eran ciertos los que refieren el traslado a Colfondos, el reconocimiento de la pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado el 3 de mayo de 2011 y la reclamación que se le hizo; de los demás, ofreciendo la sustentación respectiva, manifestó que no le constaban o que no eran ciertos. Como excepciones de mérito propuso las que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, entre otras.

Colfondos S.A. presentó demanda de reconvención en contra del señor Giraldo Vásquez pretendiendo que se declare no procedente la pretensión de ineficacia y/o nulidad del traslado que este realizó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual; que en el evento de declararse la nulidad, se le condene a reintegrar a Colfondos las sumas de dinero que esa entidad le haya cancelado por concepto de mesadas pensionales de manera retroactiva desde la fecha del reconocimiento, mayo de 2011, hasta la ejecutoria de la sentencia, debidamente indexadas y las costas del proceso. El actor, en la oportunidad correspondiente, dio contestación a esta demanda. Se opuso a lo pedido, y aceptó algunos de los hechos afirmados, en especial su calidad de pensionado por vejez desde el mes de mayo de 2011. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, compensación y pago, entre otras.

Al proceso, en calidad de litisconsorte necesario por pasiva, fue vinculada la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público -Oficina de Bonos Pensionales-, quien contestó la demanda en forma oportuna. Se opuso a la

prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, y frente a los hechos manifestó, en términos generales, que no eran ciertos o que no le constaban. Propuso la excepción de buena fe.

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 10 de noviembre de 2022, decidió la controversia así:

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de Inexistencia de la obligación demandada propuesta por COLPENSIONES, la de inexistencia de perjuicios en favor de Colfondos y de oficio la de Inexistencia de la obligación y falta de causa en favor del MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO y de la AFP COLFONDOS y la de inexistencia de la obligación propuesta por el demandante respecto de la demandada de reconvención presentada por COLFONDOS por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, se absuelve a la AFP COLFONDOS, a COLPENSIONES y a la vinculada MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO de la totalidad de pretensiones incoadas en su contra por el señor JOSÉ NELSON GIRALDO VÁSQUEZ fallecido.

TERCERO: Se CONDENA en costas al demandante. fijando el despacho como agencias en derecho la suma de \$300.000; 100.000 a favor de cada una de las codemandadas y vinculada.

CUARTO: Si el presente fallo no fuere apelado, por haber resultado adverso a los intereses del afiliado - pensionado en virtud de lo que dispone el artículo 69 del CPTSS, se remitirá el expediente y la grabación a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Medellín, para que allí se surta el grado jurisdiccional de consulta

La Sala conoce del asunto por el grado de la consulta.

En el término pertinente, las partes presentaron sus alegaciones de segunda instancia, con argumentos semejantes a los expuestos en las etapas procesales transcurridas en primer grado.

CONSIDERACIONES

Fuera de toda discusión, por existir plena prueba de ello, está que el demandante nació el 31 de enero de 1948 (Exp. Digital, archivo 04 pág. 7); que estuvo afiliado al I.S.S., hoy Colpensiones, a partir del 1 de diciembre

de 1967 y hasta el 31 de enero de 1993 (ibídem pág. 8); y que se trasladó al RAIS, AFP Colfondos S.A., el 27 de mayo de 1994 (ibídem pág. 13) Tampoco se discute que mediante comunicación de mayo de 2011 se le reconoció una pensión de vejez, en la modalidad de retiro programado (Exp. Digital, archivo 8 páginas 41 y ss.); y que falleció el 31 de mayo de 2022 (Exp. Digital, archivo 25).

Atendiendo a estos hechos, el problema jurídico a esclarecer en esta instancia, partiendo de lo que debe estudiarse por el grado jurisdiccional de la consulta, se circunscribe a darle respuesta a estos dos interrogantes: 1. Procede o no la declaratoria de ineficacia en los traslados que realizan los afiliados del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, cuando éste ya disfruta de una pensión de vejez? Y 2. Determinar si es o no procedente la condena por concepto de indemnización plena de perjuicios.

En cuanto a la primera pregunta, la respuesta de la Sala es clara: la ineficacia no procede, bastando al respecto recordar no solo el precedente de unificación que estableció la Sala Laboral de esta Corporación en sentencia del 14 de agosto de 2019, criterio que fue debidamente ratificado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL373-2021. En los apartes correspondientes, en forma respectiva, en estas decisiones se dijo:

“Al incoar esta acción, el demandante solicitó la declaratoria de INEFICACIA de su traslado al régimen de ahorro individual, aduciendo, en síntesis, que al momento de la afiliación no le suministraron la información que juiciosamente reseña en los numerales décimo cuarto a décimo octavo del acápite de los hechos, relativa a las reales características de ambos regímenes para acceder a la pensión y las implicaciones o alcances de tal cambio, entre otros, en la mesada que percibiría.

Refiere que es un pensionado de COLFONDOS desde el 5 de mayo de 2009, con una mesada inicial de \$ 1.213.859 y expone cómo sería su pensión en el régimen de prima media, detallando los ingresos base de cotización y las tasas a aplicar, concluyendo la clara superioridad de lo que podría percibir de COLPENSIONES.

Es importante referenciar el contexto de la situación del reclamante, dado que la Corte Suprema de Justicia forjó una tesis en torno al tema del traslado, ocupando su atención en múltiples ocasiones, donde en sentencias como la de radicación 31.989, 33.083 y 31.314, ha señalado que es atribuible a la entidad privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde de esos requerimientos, la consecuencia de considerar que ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” se estaría frente a la ineficacia de esos traslados.

También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En sentencia con radicado 68.838 de 2019 lo explícita así:

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

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

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

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la a quo consideró que al no haber asistido injustificadamente el demandante a la audiencia de conciliación y a la diligencia en que debería absolver el interrogatorio de parte, operó la confesión ficta respecto a aquellos hechos susceptibles de ser confesados y que fueron esgrimidos en la contestación de COLFONDOS y de SEGUROS BOLÍVAR. Concretamente derivó esa consecuencia procesal respecto a la respuesta al hecho octavo, en el cual el demandante refiere que se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, donde ambas entidades hicieron hincapié en el carácter libre y voluntario de esa decisión; también lo declaró confeso en los mismos términos respecto a haberse pensionado bajo la modalidad de renta vitalicia, por la cual también optó libremente.

La juez encuentra que debe prevalecer la consecuencia procesal de ser declarado confeso el actor frente a la inversión de la carga de la prueba que pregonan la Corte en estos casos. Frente a lo cual esta magistratura discrepa, pues tal como lo señala el abogado apelante, esas dos circunstancias fácticas no pueden aislarse de todo el relato que se refiere en los más de treinta numerales que comprende ese acápite de la demanda, donde se refieren los detalles de cómo operó la “asesoría” para el cambio de régimen, pormenorizando las falencias en que la misma se dio.

Ese relato puntual construye las circunstancias en que operó ese traslado, por lo que sigue incólume la inversión de la carga de la prueba que la Corte ha construido. Y persiste para COLFONDOS el gravamen procesal de dar al traste con ella demostrando que se dio una cabal asesoría al afiliado al momento de tomar tan trascendental decisión.

Encuentra la juez un argumento adicional para negar las súplicas de la demanda cuando se refiere a ese tercero convocado al proceso, SEGUROS BOLÍVAR S.A., que tras recibir la suma que el demandante tenía en su cuenta de ahorro individual y suscribir el contrato respectivo de renta vitalicia con él, viene pagando la pensión.

Concluye que no se corresponde con los precedentes de la Corte Suprema de Justicia y que la presencia de ese tercero supuso también la celebración de un nuevo acto jurídico, precisamente el contrato de renta vitalicia, del que la demanda nada dijo, pues allí simplemente se afirmó que COLFONDOS S.A. reconoció la pensión. Enfatiza la irrevocabilidad de esta clase de pensiones, asunto que la corte constitucional encontró ajustado a derecho en la sentencia C-841 de 2003.

Arguye finalmente que este nuevo acto valida el inicial de afiliación al RAIS.

El apoderado del actor, al apelar, corrobora que las afirmaciones contenidas en la demanda no fueron desvirtuadas por el fondo accionado y que en cumplimiento de la línea establecida por la Corte, debían atenderse favorablemente las pretensiones, lo que no puede considerarse saneado por haberse pensionado, sobre todo si se tiene en cuenta que al cumplir los requisitos, tampoco se les da otra opción que firmar en señal de aceptación para que se les reconozca la pensión.

Considera esta Sala que el corpus argumentativo que ha construido la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto de la ineficacia de los traslados se ha ido ampliando con el paso de los años. Es así como en la sentencia con radicado 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias de radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008 y 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la Corte abordó el estudio del asunto bajo el enfoque de la nulidad del acto, acontecida como consecuencia de un vicio en el consentimiento al suscribir los formularios de afiliación con los cuales se materializaba su traslado al RAIS, señalando que dicho consentimiento se afectó determinadamente por el engaño al que fueron sometidos por parte de los asesores de los Fondos de Pensiones demandados y que los llevó a tomar una decisión que iba contra sus intereses.

*Posición que mudó posteriormente, para adscribirse a lo que ha denominado la ineficacia, cuando adujo que solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de **determinar si hubo eficacia en el traslado.** (Sentencia con radicado 46.292 de 2014)*

Al desecharse la vía de la nulidad, ya no se hizo preciso acudir a lo normado en el art. 1750 del Código Civil, que contempla el plazo de

cuatro años para interponer la acción de rescisión por nulidad relativa, ni tampoco resultó posible con que la reasoría que los Fondos privados brindaban en muchas ocasiones se pudiera convalidar ese traslado original.

El panorama se amplió claramente frente a los asuntos planteados desde la perspectiva de la ineficacia, que al comienzo tuvo su principal apoyo en dos disposiciones normativas contenidas en la Ley 100 de 1993: el literal b) del artículo 13, que señala el carácter libre y voluntario de la elección del respectivo régimen y las posibles sanciones para quien atente contra ese derecho; y el artículo 271, donde se establecen las respectivas sanciones para quienes coarten esa libre selección al afiliarse y se indica que la misma quedará sin efecto.

Valga decir que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia, como si lo ha hecho la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes.

Por las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al RAIS, resulta claro que ha optado por la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

*Punto en que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un **consentimiento informado**, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).*

Se está pues en presencia de un escenario donde las pretensiones se deslizan por una suerte de tobogán jurídico. Se exige una índole de consentimiento tan específico por parte del afiliado, que una mínima variación en el proceso de asesoría comporta la declaración de que hubo ausencia total de consentimiento y, por lo mismo, ineficacia por inexistencia del acto jurídico. Pero, además, al

invertirse la carga de la prueba, le basta al actor afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. Y ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna reasesoría puede sanear lo que feneció al nacer.

Un párrafo de la pluricitada sentencia 68.838 de 2019 es elocuente:

“De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL 12136-2014, CSJ SL 19447-2017, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018 y SL 1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado”.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las AFP se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados. Este último fallo lo reafirma:

“Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

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.

El proceso que nos convoca es precisamente el de un pensionado y ante la realidad irrefutable de que los casos de ineficacia avasallan los despachos judiciales, proyectándose en el entorno social y económico del país, resulta menester para la judicatura

recordar que los jueces no operamos en laboratorios cerrados al mundo, buscando la perfección del silogismo normativo, sino que, por el contrario, modificamos con cada providencia una realidad. Estamos en un escenario como el descrito por Neil MacCormick, parafraseado por Mario Ruiz Sanz:

“En este sentido, si un juez dispone de dos o más razones consistentes y coherentes dentro de un sistema normativo, desde el punto de vista justificatorio todas ellas son igualmente correctas. Así, pues, para optar racionalmente en un caso controvertido, el juez debe recurrir en última instancia a argumentos consecuencialistas.¹”

La concepción consecuencialista de MacCormick, sostiene Manuel Atienza, citado por Ruiz Sanz:

“...puede resultar compatible con la idea de que para justificar las decisiones judiciales se utilizan dos tipos de razones sustantivas: razones de corrección (una decisión se considera correcta en sí misma) y razones finalistas (una decisión se justifica porque promueve un cierto estado de cosas que se considera valioso). Si las razones de corrección no son suficientes para justificar una decisión, hay que recurrir a razones finalistas o consecuencialistas que contemplen el sentido último de la norma de acuerdo con los principios y valores básicos de cada ordenamiento”.

Viene a colación la referencia al consecuencialismo, porque resultaría posible darle continuidad a lo razonado por la Sala Laboral de la Corte para declarar la ineficacia de los traslados al RAIS en el caso de los afiliados y hacerlo extensivo a quienes ya se han pensionado en los fondos privados. Probablemente necesitaría un menor esfuerzo argumentativo plegarse a las razones de nuestro tribunal de cierre y seguir fallando en cascada idénticamente los casos de afiliados y de pensionados.

*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*

¹ [file:///D:/Usuarios/Downloads/Dialnet-ArgumentacionRacionalYConsecuencialismoEnLaDecisio-174639%20\(1\).pdf](file:///D:/Usuarios/Downloads/Dialnet-ArgumentacionRacionalYConsecuencialismoEnLaDecisio-174639%20(1).pdf)

“Art. 107. CAMBIO DE PLAN DE CAPITALIZACIÓN O DE PENSIONES Y DE ENTIDADES ADMINISTRADORAS. Todo afiliado al régimen y que no haya adquirido la calidad de pensionado, podrá transferir voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado, o trasladarse a otra entidad administradora.”

El Tribunal constitucional profirió la sentencia C-841 de 2003, en la cual abordó dos problemas jurídicos, a saber:

- 1. ¿Es contrario al principio de igualdad que se permita a los afiliados, pero no a los pensionados, trasladarse entre administradoras de pensiones?*
- 2. ¿Vulnera el derecho a la seguridad social de los pensionados que se les impida escoger la entidad administradora de pensiones o plan de capitalización que les resulte mejor administrativa o financieramente, siendo ya pensionados?*

La Corte, ante la acusación de que la norma contenía un trato discriminatorio, realizó el correspondiente test de igualdad, entendiendo que:

“...la Constitución atribuyó al legislador la función de configurar el sistema de pensiones, y le otorgó un margen amplio para hacerlo, a fin de garantizar que el sistema cuente con los “medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante,” y su prestación se haga de conformidad con los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, conforme al artículo 48 de la Carta.”

Encontró además la Corte Constitucional que los fines perseguidos por el legislador eran legítimos e importantes, en tanto

“Tal como se señaló anteriormente, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 busca alcanzar al menos dos fines claramente identificables: (i) garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente de los recursos del régimen de pensiones de ahorro individual con solidaridad; y (ii) asegurar la estabilidad financiera y la rentabilidad de las inversiones de la entidad administradora o aseguradora.

Estos dos fines están estrechamente ligados a los fines constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad que orientan la prestación y ampliación de la cobertura de la seguridad social, en general, y del sistema general de pensiones, en

particular. Por ello, garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente y asegurar la estabilidad y la sostenibilidad del sistema, constituyen fines legítimos y constitucionalmente importantes en un Estado Social de Derecho como el colombiano.”

Halló también que el medio elegido por el legislador resultaba idóneo para el logro de los fines perseguidos, pues

“Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado.”

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 prohijó, 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:

“Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en: “obtener la mejor utilización económica de

los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar ‘el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior”

Ahora bien, esta última cita no propugna porque se siga el tenor de la norma demandada, pues claramente los fallos sobre ineficacia de los traslados realizados al RAIS por los afiliados en los que resulta pacífica la posición de este Tribunal riñen con su contenido. Tan solo se trae a cuento para reafirmar la mirada claramente finalista de la Corporación de cierre en materia constitucional.

Nada nos impide, pues todos somos al fin de cuentas 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 un 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 :

“Cuando se trata de la modalidad de renta vitalicia inmediata, la naturaleza misma del contrato no permitiría el traslado en ningún caso, dado que el afiliado adquiere la condición de pensionado desde el momento mismo en que contrata la renta vitalicia. Este tipo de plan pensional es, por expresa definición legal,² un contrato irrevocable entre el afiliado y una aseguradora, mediante el cual el afiliado adquiere un seguro que le otorga al beneficiario y sus descendientes el derecho a recibir una renta vitalicia mensual. Por su naturaleza, como contrato de seguro que es, los riesgos financieros y de contingencias propias de este tipo de contrato se trasladan a la compañía aseguradora, quien a partir de la celebración del mismo debe hacer las reservas necesarias, adquirir reaseguros y adoptar otras medidas para garantizar la rentabilidad y estabilidad del contrato. Por ello, resulta efectivamente conducente para garantizar la sostenibilidad del sistema y servicios administrativos y financieros adecuados, restringir la posibilidad de

² Ley 100 de 1993, Artículo 80.

traslado en esta modalidad de pensión. De no establecerse esta restricción, ninguna aseguradora aceptaría asumir los costos de una renta vitalicia, si la continuidad de la relación con el beneficiario quedara sometida a su mera voluntad”.

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”

Y en la segunda providencia referida, es decir, la de la Corte Suprema de Justicia, se dijo:

“Ahora bien, aunque el cargo es fundado en cuanto a la inobservancia del deber de información, la Corte no casará la sentencia del Tribunal porque en sede de instancia llegaría a la misma conclusión absolutoria, pero por otras razones.

Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si 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 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)³, 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,

³ SL1688-2019, SL3464-2019

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 Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones”

Como consecuencia de lo anterior, sin más consideraciones al respecto, la ineficacia o la nulidad pedida en la demanda, se torna improcedente. Como así lo dispuso la falladora de primer grado, el punto habrá de confirmarse.

En lo que hace al segundo interrogante, para el cual se anticipa una decisión confirmatoria a la que llegó la *a quo*, la Sala es del criterio que los perjuicios en la forma como se solicitan no resultan procedentes, y en el plenario no obra prueba alguna que acredite otros diferentes.

Para este fin, lo primero por señalar es que la Ley 100 de 1993 creó dos sistemas de pensiones completamente independientes y autónomos pero que coexisten, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tal como se señala en su artículo 12, los cuales les brindan a sus afiliados una serie de beneficios conforme a que se encuentren en uno u otro sistema.

El artículo 32 de la referida Ley 100 define las características del Régimen de Prima Media, encontrando que es un régimen solidario de prestación definida y que los aportes de los afiliados junto con sus rendimientos constituyen un

fondo común de naturaleza pública y, por último, que *“El Estado garantiza el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados”*.

Ahora, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y de sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad mediante la garantía de pensión mínima y aportes al Fondo de Solidaridad, teniendo claro que cada afiliado a este régimen cuenta con su propia cuenta de ahorro individual, y las características de este se encuentran contenidas en el artículo 60 de la Ley 100, dentro de las que se destacan que el reconocimiento y pago de las prestaciones dependerá de los aportes de los afiliados y sus empleadores, sus rendimientos financieros y de los subsidios del Estado cuando haya lugar; que los afiliados podrán libremente trasladarse entre administradores y entre Fondos de Pensiones gestionadas por ellas según regulación aplicable; que el conjunto de las cuentas de ahorro individual constituyen un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados y que, en el caso de que las entidades administradoras o aseguradoras incumplan con sus obligaciones, el Estado garantiza los ahorros de los afiliados y el pago de las pensiones a que éste tenga derecho.

En cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez, las condiciones para acceder a esta prestación varía ostensiblemente de un régimen pensional a otro, por cuanto en el de Prima Media con Prestación Definida, sus requisitos se encuentran consagrados en el artículo 33 de la pluralizada Ley 100, destacándose que cualquier afiliado que los cumpla accede de manera inmediata al reconocimiento de esta prestación, requisitos que se pueden resumir en que se alcancen los 62 años en el caso de los hombres y 57 años para las mujeres y un total de 1300 semanas cotizadas o servidas, mientras en el Régimen de Ahorro Individual tal prestación está condicionada de un lado, al capital con sus rendimientos que tenga el afiliado en su cuenta de ahorro pensional que *“...les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley”* con los reajuste anuales según la variación del IPC certificado por el DANE y, del otro, una densidad mínima de semanas, la manifestación de la imposibilidad de seguir cotizando más el cumplimiento de cierta edad

dependiendo si es hombre o mujer para acceder al subsidio de la garantía de pensión mínima.

El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tiene establecido en el Capítulo V de la Ley 100 las diferentes modalidades de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, encontrando que son: renta vitalicia inmediata, retiro programado, retiro programado con renta vitalicia o las demás que autorice la Superintendencia Financiera (Circular 013 de 2012, Superfinanciera), modalidades que para su aplicación van a depender exclusivamente del monto que tenga el afiliado en su cuenta de ahorro pensional, destacándose que el disfrute de la prestación puede ser a cualquier edad, por lo que es una elección que a voluntad puede elegir el afiliado en cualquier etapa de su afiliación con dicho régimen, con la condición, como se dijo, de que el monto de la cuenta de ahorro individual cumpla con las exigencias de la modalidad a la cual pretende acceder.

Como beneficio adicional al disfrute de la pensión a cualquier edad, este sistema ofrece igualmente la posibilidad de que en el caso de escogerse el retiro programado y el afiliado fallece sin dejar beneficiarios, los saldos que queden en la cuenta de ahorro individual acrecerán la masa sucesoral, igual beneficio en el caso de morir un afiliado o un pensionado sin dejar beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, y en el caso de no poder acceder a ninguna prestación del sistema, habrá lugar a la devolución del saldo abonado en la cuenta individual de ahorro pensional, a más de las prestaciones y beneficios adicionales contenidos en el artículo 85.

Debe indicarse que en el Régimen de Prima Media tales beneficios no existen, pues el modelo está diseñado para conceder las prestaciones bien al afiliado ora a sus beneficiarios, sin que ningún capital pueda hacer parte de la masa sucesoral en caso de muerte, pues no puede perderse de vista que dentro de las características de este sistema es que es un fondo común, se maneja como una unidad y no de manera particular y, en el caso de que el afiliado o sus beneficiarios no cumplan con los requisitos para acceder a las prestaciones que brinda el sistema, en sustitución recibirán una indemnización sustitutiva en la forma descrita por la ley.

Bajo estas condiciones, no resultaría dable considerar que los perjuicios que pueda tener un afiliado de un sistema o de otro solo se puedan determinar al momento en que éste cumple con los requisitos para adquirir la pensión de vejez, y a esa data liquidar el monto de la prestación que le correspondería en cada sistema, por cuanto mientras estuvo vigente la relación que los afiliados mantuvieron con las administradoras del Régimen de Ahorro Individual, gozaban de unos privilegios con los cuales no contaban los del Régimen de Prima Media como se señaló anteriormente, y que si bien tales beneficios no se generan al poder el afiliado acceder a la pensión de vejez, resulta completamente inapropiado dejar solo la medición de los efectos del traslado de régimen en el comparativo del valor de la mesada pensional que le ofrece uno u otro sistema.

No está por lo demás rememorar que distintas Salas de Decisión de esta Corporación, frente a casos que guardan similitud al presente, han arribado a una conclusión semejante. Al respecto puede verse las siguientes: Gloria Patricia Idárraga Torres contra Porvenir (radicado 05001310501720210025902); Mario Alberto Gómez Rojas contra Porvenir, S.A., Colpensiones y La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público (radicado 05001310500120190009301), y Carlos Humberto Pineda Montoya contra Colpensiones y Protección S.A., al que fue vinculado la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público (radicado 05001310501520190057101).

En esta última, de esta misma Sala Quinta, se anotó:

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

régimen de prima media, mientras Colpensiones le paga la pensión, más los honorarios del mandatario judicial”

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

Siendo lo anterior así, la decisión que se revisa por vía de consulta, se habrá de confirmar en su integridad.

Sin costas en la instancia, dada la manera como se conoce del asunto.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia venida en consulta, por las razones de que da cuenta la parte motiva de esta providencia.

Sin costas en la instancia.

Notifíquese la presente decisión por EDICTO.

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL**



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

| | |
|------------------------|--------------------------------------|
| Radicación: | 05001310500720210006801 |
| Proceso: | ORDINARIO LABORAL |
| Demandante: | JOSE NELSON GIRALDO VASQUEZ |
| Demandado: | A.F.P. COLFONDOS S.A |
| M. P. | CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES |
| Fecha de fallo: | 18/05/2023 |
| Decisión: | CONFIRMA |

El presente edicto se fija por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibídem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 19/05/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

CLASE: PROCESO ORDINARIO

RADICACIÓN Nº05001-31-05-007-2021-00068-01

DEMANDANTE: JOSÉ NELSÓN GIRALDO VÁSQUEZ

DEMANDADA: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS

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. Que aunque es evidente la falta de técnica en la elaboración de la demanda, en desarrollo de las facultades interpretativas del juzgador en controversias en donde se discuten derechos sociales, tanto más cuanto qué, se surte el grado jurisdicción de consulta en favor del demandante, se puede establecer que el petitum de la demanda gira en torno de que se declare la INEFICACIA de la afiliación del actor al fondo de PENSIONES COLFONDOS S.A, y de consiguiente, el traslado de régimen pensional, y que subsidiariamente, en caso de no proceder lo anterior, se declare la NULIDAD ABSOLUTA de la afiliación; que se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación del señor JOSE NELSON GIRALDO VASQUEZ al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; que se declare que el señor JOSE NELSON GIRALDO VASQUEZ, tiene derecho a que le sea reconocido y pagada la PENSIÓN VEJEZ por el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA, conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 de 1990, desde el 01 de febrero de 2011,

hasta la fecha efectiva de pago debidamente indexada; y en subsidio que se declare que el señor JOSE NELSON GIRALDO VASQUEZ, tiene derecho a que le sea reconocido y pagada a TÍTULO DE PERJUICIOS la PENSIÓN VEJEZ por COLFONDOS S.A, conforme a la normatividad del régimen de prima media con prestación definida desde el 01 de febrero de 2011, debidamente indexada, con lo cual se puede establecer que la máxima aspiración del actor es que se le reconozca y pague una mesada pensional bajo el régimen pensional de prima media con prestación definida, en la cual habría una diferencia importante a su favor, con respecto de la que viene devengando en el régimen pensional de ahorro individual con solidaridad, en la forma como quedó planteado en la fijación del litigio.

2. 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 la medida en que, 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.

3. En esa medida, se itera, 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), que no simplemente delineados en la fijación oficiosa del litigio definida por la *cognoscente* de instancia, muy a pesar de que pueda excluirse algún punto axial del litigio, como en el presente caso, lo cual en mi modesto sentir debe sortear 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 COLFONDOS 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, para lo cual previamente habrá de dilucidarse si no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción, o más bien, la caducidad de la acción indemnizatoria.

4. 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 del pronunciamiento de fondo de la pretensión subsidiaria indemnizatoria, en tanto que, COLFONDOS S.A., pues en principio sería responsable por los perjuicios materiales por lucro cesante consolidado 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, visibles desde el reconocimiento y disfrute pensional en el RAIS, y los que solo pueden mensurarse, 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

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 (...).”

5. 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 consolida el statu quo de pensionado con el disfrute pensional.

Es por todo lo anterior que, 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.

6. 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.

7. 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 una 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 de responsabilidad 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 del 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 de cómo lo hubiera hecho en el RPMPD, la cual también se le debe atribuir 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.

8. 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 COLFONDOS 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 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, 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), circunstancia determinante 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, las consecuencias del daño sin solución de continuidad ocasionadas (perjuicios materiales o patrimoniales), se materializaron o exteriorizaron, 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 culposos. 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).

9. 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.

10.. 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, lo cual es consonante con el hecho de 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)”

11. Así las cosas, al margen del estudio previo de la configuración o no de la caducidad de la acción indemnizatoria subsidiaria, a contrario sensu de lo expuesto en la ponencia, en mi sentir, con todo respeto, brota palmar la concurrencia en el caso sub litium de la tríada de elementos que estructuran 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, se itera, la excepción de prescripción genérica propuesta por COLPENSIONES, 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 adoctrinó 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 1175 semanas de cotización sólo al RPMPD con COLPENSIONES antes de su traslado al RAIS en 1994, 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 03 de mayo de 2011 y la demanda fue radicada el 12 de febrero de 2021.

En el mismo sentido, debe precisarse que, a modo explicativo, 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, debería ser pagada con cargo exclusivo a los recursos propios de COLFONDOS 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, COLFONDOS 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 meridiano 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, eventualmente habría sido 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 encontrarían plenamente acreditados todos los elementos estructurantes de la responsabilidad subjetiva contractual no solo por los daños/perjuicios previstos en el ordenamiento legal atrás descritos, al incumplir la AFP accionada con su deber garantizar el consentimiento informado del pretensor, sino también por los daños/perjuicios previsibles, puesto que al momento de producirse su afiliación y traslado al RAIS, dada la densidad de semanas cotizadas, el régimen de subsidios del Estado a la mesada pensional en el RPMPD, entre otros aspectos igualmente relevantes; el nivel del IBC del actor, su proyección, el tiempo de cotizaciones faltante para cumplir con todos los requisitos a fin de acceder a la pensión, ciertamente la prestación económica obtenida en el RAIS sería ostensiblemente menor a la que le correspondería en el RPMPD.

Adicionalmente a lo expuesto, conviene señalar que la cognoscente de instancia, en lugar de declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por COLPENSIONES, debió entrar a pronunciarse de fondo sobre la procedencia o no de declarar la ineficacia y/o nulidad de la afiliación y traslado del actor del RPMPD al RAIS, puesto que esta pretensión

condenatoria no es de contenido económico sino simplemente declarativa de un derecho.

Con mi acostumbrada consideración y respeto,

Cordialmente,



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

MAGISTRADO

SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL