



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

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 05001-31-05-014-2021-00155-01  
Demandante: Ramiro de Jesús Marín Ruíz  
Demandadas: AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E.  
Litis Pasiva: La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público  
Asunto: Apelación y Consulta de Sentencia  
Procedencia: Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín  
M. Ponente: Sandra María Rojas Manrique  
Temas: Ineficacia afiliación pensionado - Indemnización perjuicios

**Medellín, octubre diecisiete (17) de dos mil veintitrés (2023)**

En la fecha anotada, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, VICTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, con salvamento de vota parcial y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE como magistrada ponente, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP Protección S.A. e impartir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., respecto de la sentencia proferida el 06 de septiembre de 2023 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por Carlos Arturo Ramírez Gómez contra la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., y en el que se integró el contradictorio con La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como litisconsorte necesaria por pasiva, conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-014-2021-00155-01.

## **1.- ANTECEDENTES**

### **1.1.- DEMANDA**

El señor Ramiro de Jesús Marín Ruíz convocó a juicio a la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual; se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar los aportes recibidos, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto; se ordene a Colpensiones E.I.C.E. recibirlo como afiliado del Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad, y actualizar el reporte de semanas cotizadas durante toda su vida laboral; y se condene en costas a las entidades demandadas.

En subsidio, pretende se declare que la AFP Protección S.A. faltó al deber de información objetiva, necesaria y transparente cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, causándole un perjuicio económico; y se disponga la indemnización de aquella afectación, con el reconocimiento y pago del mayor valor que habría obtenido sobre el monto de la pensión si ésta hubiese sido reconocida en el Régimen de Prima Media, con los intereses de mora, y las cosas del proceso.

Los supuestos fácticos que apoyan las pretensiones antes descritas se sintetizan en que el señor Carlos Arturo Ramírez Gómez laboró al servicio de La Nación – Ministerio de Defensa Nacional, sin cotizaciones al ISS, entre el 04 de enero de 1975 y el 30 de junio de 1982; se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 20 de julio de 1982; y se trasladó a la AFP Protección S.A. el 30 de noviembre de 1996.

Aseveró que la AFP Protección S.A. no cumplió con la obligación de suministrarle información profesional, objetiva, necesaria, transparente y adecuada; que no le explicaron las características de cada régimen pensional, ni los requisitos para acceder a la pensión de vejez en cada uno de ellos, ni calcularon el monto al que podría acceder la pensión en uno y otro régimen, ni le advirtieron que no podría retornar al régimen de prima media faltándole diez años o menos para cumplir la

edad mínima; que le dijeron que en el fondo privado podría pensionarse a cualquier edad, y que el ISS se iba a acabar y sus ahorros se podrían perder; y que por ello la decisión de trasladarse no fue espontánea, libre ni voluntaria.

Finalmente expuso que durante toda su vida cotizó 1.817 semanas; que el 23 de abril de 2018 la AFP Protección S.A. le reconoció pensión de vejez, a partir del 01 de junio de 2017, con una mesada inicial de \$1.080.735; que en el Régimen de Prima Media habría causado una mesada de \$1.541.000 para la misma fecha; y que el 18 de julio de 2019 le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. autorizar su retorno al Régimen de Prima Media, diligenciado el respectivo formulario, traslado que fue rechazado en la misma fecha (doc.03, carp.01).

## 1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada judicial legalmente constituida, **Colpensiones E.I.C.E.** admitió que el señor Carlos Arturo Ramírez Gómez afilió al Instituto de Seguros Sociales el 21 de julio de 1982; y que le solicitó retornar al Régimen de Prima Media el 18 de julio de 2018, traslado que fue rechazado en la misma fecha.

Se opuso la prosperidad de las pretensiones arguyendo que el actor no ha demostrado la existencia de vicios en el consentimiento, ni el menoscabo de sus derechos fundamentales; y en su defensa excepcionó carga dinámica de la prueba - particularidades del caso; inoponibilidad por ser tercero de buena fe; improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación; improcedencia de intereses moratorios; improcedencia de la indexación de las condenas; prescripción; devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados; buena fe; improcedencia de condena en costas; y compensación (doc.07, carp.01).

Por su parte, la **AFP Protección S.A.** admitió que el señor Carlos Arturo Ramírez Gómez se afilió a la entidad el 30 de noviembre de 1996, y fue pensionado por vejez, mediante comunicado del 23 de abril de 2018, con una mesada inicial de \$1.080.735, a partir del 01 de junio de 2017.

Aseveró que el demandante recibió de sus asesores información amplia, adecuada, suficiente, clara, comprensible, precisa, detallada, objetiva e integral respecto de las características propias de cada régimen pensional, para que de manera libre e informada seleccionara el más conveniente, según sus condiciones personales; y que el actor tuvo la oportunidad de regresar al Régimen de Prima Media pero dejó vencer el término establecido para ello, e incluso solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, ratificándose en su decisión de permanecer afiliado al Régimen de Ahorro Individual.

De consiguiente, resistió la prosperidad de las pretensiones principales y subsidiarias, excepcionando de mérito la inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; pago; compensación; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones; inexistencia de la obligación de devolver las primas del seguro previsional; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración; falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal; y la excepción genérica o innominada (págs., 02-47, doc.08, carp.01).

Por su parte, **La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, integrada al contradictorio como litisconsorte necesaria por pasiva (doc.12, carp.01), admitió que al señor Ramiro de Jesús Marín Ruíz le asiste el derecho a la emisión de un bono pensional tipo A modalidad 2 por haberse trasladado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual en el que participan como contribuyentes La Nación – Ministerio de Defensa, La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y Colpensiones E.I.C.E., con fecha de redención 30 de abril de 2017; que el 20 de octubre de 2017 la AFP Protección S.A. le solicitó la emisión y redención del bono pensional del actor, petición que fue atendida

favorablemente a través de la Resolución 710 del 16 de febrero de 2018, respecto de la cuota parte a cargo de La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y mediante la Resolución 17796 del 21 de marzo de 2018, respecto de la cuota parte a cargo de La Nación – Ministerio de Defensa, y Colpensiones E.I.C.E.; y que el demandante fue pensionado por la AFP Protección S.A., por el riesgo de la vejez en abril de 2018.

Dijo que no le constaban los hechos de la demanda; adujo que la Oficina de Bonos Pensionales de la entidad únicamente responde por la liquidación, emisión, expedición, redención, pago o anulación de bonos pensionales o sus cupones a cargo de La Nación; y se opuso a la prosperidad de las pretensiones excepcionado inexistencia de la obligación; imposibilidad de traslado por parte de pensionados; restitución del valor de bono; el traslado de aportes no se realiza mediante bono pensional; buena fe; y la excepción genérica (doc.15, carp.01)

### **1.3.- DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

Adicionalmente se advierte que la AFP Protección S.A. incoó demanda de reconvención contra el señor Ramiro de Jesús Marín Ruíz, pretendiendo que en caso de que las pretensiones por éste formuladas alcancen prosperidad, el mismo sea condenado al reintegro de las sumas que ha recibido por concepto de mesadas pensionales, con la rentabilidad que habrían producido de haber permanecido bajo la administración de la entidad, o en subsidio, con la respectiva indexación.

Lo anterior bajo el sustento de que el señor Ramiro de Jesús Marín Ruíz solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez el 25 de mayo de 2017, y autorizó a la entidad para gestionar la emisión y redención del bono pensional; que la prestación fue reconocida a partir del 01 de julio de 2017, en los términos previstos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, bajo la modalidad de retiro programado; y que el demandante lleva más de cuatro años recibiendo el pago de trece mesadas anuales (págs.122-125, doc.08, carp.01).

#### **1.4.- CONTESTACIÓN DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

El señor Ramiro de Jesús Marín Ruíz admitió que el 25 de mayo de 2017 le solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez a la AFP Protección S.A, autorizándola para la gestionar la emisión y redención del bono pensional; y que fue pensionado por vejez, partir del 01 de julio de 2017, bajo la modalidad de retiro programado.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones arguyendo que su afiliación a la AFP Protección S.A., y el reconocimiento de la prestación a su cargo, se produjo por el incumplimiento de la obligación de información de la entidad, esto es, por culpa de aquella, razón por la cual no hay lugar al reintegro de ninguna suma de dinero en beneficio del fondo privado (doc.24, carp.01).

#### **1.5.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 06 de septiembre de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación del señor Carlos Arturo Ramírez Gómez al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A.; declaró la improcedencia del retorno a la situación anterior al traslado de régimen, o efectos *ex tunc*, atendiendo el precedente jurisprudencial sentado en por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL373-2021; condenó a la AFP Protección S.A. a reconocer en favor del actor la suma de \$65.798.352, indexada, a título de indemnización plena de perjuicios; absolvió a la AFP Protección S.A. de las demás pretensiones incoadas; absolvió a Colpensiones E.I.C.E. y La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de todas las pretensiones formuladas en su contra; y condenó en costas a las AFP Protección S.A., en favor del demandante (doc.28, carp.01).

#### **1.6.- RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado judicial de la **AFP Protección S.A.** interpuso el recurso de alzada, en procura de que se revoque el fallo de primer grado, y en su lugar, se absuelva a

su prohijada de todas las pretensiones incoadas, sustentando que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional es improcedente cuando se trata de afiliados ya pensionados; que no existe precedente judicial que motive la inversión de la carga de prueba respecto de los perjuicios ocasionados con el reconocimiento de la pensión bajo uno u otro régimen, ni existe sustento legal alguno para dichos efectos; que de las pruebas recabadas, incluido el interrogatorio de parte del demandante, no se logra colegir la existencia de ningún perjuicio, ni de ninguno de los elementos necesarios para endilgarle responsabilidad a su representada, en la medida en que no está probado el daño, el hecho intencional o culposo, y la relación de causalidad entre la conducta y el perjuicio; que la diferencia que pueda existir entre el monto de la pensión reconocido en uno u otro régimen no es suficiente para que se ordene la indemnización de perjuicios; que en la demanda no se tasó razonadamente y bajo juramento el monto de los perjuicios, pretermitiéndole la oportunidad de oponerse a los mismos; y que la indexación solo es procedente cuando existe retardo en el reconocimiento y/o pago de una prestación, sin que éste sea el caso (desde el minuto 01:46:35, link audiencia, doc.28, carp.01).

Por su parte, la apoderada judicial de **Colpensiones E.I.C.E.** interpuso el recurso de alzada solicitando que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, arguyendo que la entidad que representa es un tercero de buena fe respecto del acto jurídico de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual, y por ello, no le son oponibles los efectos de su ineficacia; adicionalmente solicitó se ordene al fondo privado, además del traslado de los aportes y rendimientos, la devolución de los gastos de administración, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, primas del seguro previsional, y en general, todas aquellas sumas que hubieren sido descontadas la cotización, debidamente indexadas (desde el minuto 01:56:20, link audiencia, doc.28, carp.01).

## 1.7.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión, la poderhabiente judicial de **Colpensiones E.I.C.E.** solicitó que se revoque la sentencia de primer grado, arguyendo que su representada no tuvo incidencia en el traslado de régimen pensional del actor, y por ser un tercero ajeno a ese negocio jurídico no puede verse perjudicado por el error que se hubiere producido entre las partes; subsidiariamente solicitó el traslado indexado de los gastos de administración, aportes al Fondo de Pensión de Garantía Mínima, cuotas de seguro provisional, y en general, todas aquellas sumas que hayan sido descontadas de lo aportado por el demandante (doc.03, carp.02).

Por su parte, la **AFP Protección S.A.**, reiteró los argumentos esbozados con la sustentación del recurso de apelación, arguyendo, en síntesis, que para la fecha en la que se produjo el traslado de régimen pensional no era previsible establecer en cual régimen obtendría una mesada más favorable; y que la parte actora incumplió la carga procesal que le asistía de probar y tasar el monto de los perjuicios que pretende sean indemnizados (doc.04, carp.01).

## 2. CONSIDERACIONES

### 2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

La competencia de esta Corporación está dada por los puntos que fueron objeto de apelación por **Colpensiones E.I.C.E.** y la **AFP Protección S.A.**, entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, y los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad social, respectivamente.

De igual forma procede la consulta en favor de **Colpensiones E.I.C.E.**, en los puntos que no fueron objeto de alzada, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que dispone “*También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren totalmente*

*adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante”.*

## **2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN LA PRIMERA INSTANCIA**

Los siguientes supuestos fácticos no son objeto de controversia:

- Que el señor Carlos Arturo Ramírez Gómez nació el 30 de abril de 1955 (pág.20, doc.03, carp.01); y laboró al servicio de La Nación – Ministerio de Defensa, entre el 09 de enero de 1975 y el 01 de agosto de 1982, sin cotizaciones al ISS (págs.58-61, doc.08, carp.01)
- Que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 21 de julio de 1982 (págs.31-34, doc.03, carp.01; págs.51-56, doc.07; págs.62-65, doc.08, carp.01); se trasladó a la AFP Protección S.A. el 30 de noviembre de 1996 (pág.30, doc.03, carp.01; pág.56, doc.08, carp.01), y se trasladó a la AFP Davivir S.A., hoy AFP Protección S.A., el 01 de enero de 1998 (pág.57, doc.08, carp.01).
- Que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez el 25 de mayo de 2017 (págs.65-68, doc.08, carp.01), prestación que fue concedida por la AFP Protección S.A. el 23 de abril de 2018, con una mesada inicial de \$1.080.735, a partir del 01 de junio de 2017, bajo la modalidad de retiro programado (págs.21-19, doc.03, carp.01; págs.69-77, doc.08, carp.01).
- Que el 18 de julio de 2019 diligenció un formulario de afiliación a Colpensiones E.I.C.E., traslado de régimen pensional que fue rechazado en la misma fecha, porque “... *ya se encuentra pensionado o en trámite de pensión en el régimen de ahorro individual*” (pág.57, doc.03, carp.01).
- Que cotizó 1.792 semanas en toda su vida laboral, de las cuales, 1.028,71 semanas se cotizaron ante la AFP Protección S.A., y 763,29 corresponden al bono pensional (págs.94-110, doc.08, carp.01).

### 2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si la AFP Protección S.A. cumplió el deber que le asistía de brindar información completa, comprensible y veraz al señor Carlos Arturo Ramírez Gómez respecto de las características que diferenciaban el Régimen de Prima Media del Régimen de Ahorro Individual, o si por el incumplimiento de aquel deber, realmente le vulneró el derecho de libre escogencia de régimen pensional?

¿Si es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen del actor, aunque el mismo ostenta la calidad de pensionado, bajo la modalidad de retiro programado, desde el 23 de abril de 2018, con efectos retroactivos desde el 01 de junio de 2017? O en subsidio ¿Si al señor Carlos Arturo Ramírez Gómez le asiste el derecho a la indemnización plena de perjuicios, efecto para el que habrá que esclarecer que si en el *sub juice* se estructuraron los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual?

### 2.4.- TESIS DE LA SALA

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, aunque la AFP Protección S.A. no acreditó el cumplimiento del deber de información, no es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, por encontrarse el actor en una situación jurídica consolidada, en razón del reconocimiento de la pensión, la cual no puede retrotraerse.

Adicionalmente, se sostendrá que en el plenario no quedó acreditada la existencia del daño en cabeza del actor, el hecho intencional o culposo del fondo privado, y la relación de causalidad entre ésta conducta y el perjuicio presuntamente ocasionado, siendo éstos requisitos *sine qua non* para que proceda la indemnización plena de perjuicios.

En glosa de lo anterior, la sentencia de primera instancia será revocada en su integridad, y en su lugar, se declarará probada la excepción de inexistencia de la obligación, y se absolverá a las entidades demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas.

## **2.5.- PREMISAS NORMATIVAS**

### **2.5.1.- De los regímenes que integran el Sistema General de Pensiones**

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la Ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el Régimen de Prima Media, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público, y el Régimen de Ahorro Individual administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado (artículo 12).

El Régimen de Prima Media está caracterizado en los artículos 31 y 32 de la Ley 100 de 1993, como un régimen en el cual las prestaciones que obtienen los afiliados o sus beneficiarios están previamente definidas por el legislador, donde los aportes de todos los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, con el cual se financia las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia y en el cual el Estado es quien tiene a su cargo la garantía de las pensiones a que se hacen acreedores los afiliados en este régimen, que se concreta a través del subsidio estatal.

Por su parte, el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo define el artículo 59 del estatuto general de pensiones, está fundamentado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, el reconocimiento de la pensión y el monto de la misma está determinado por el capital acumulado, que debe ser el necesario para financiar una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente para 1994 y reajustado anualmente según la variación porcentual de IPC. La solidaridad opera en relación con la garantía de la

pensión mínima legal, que da derecho a que el Estado complete la parte que haga falta para financiar una pensión mínima de vejez.

En este contexto de dualidad, cumple memorar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece:

*“ARTICULO. 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El sistema general de pensiones tendrá las siguientes características:*

*(...)*

*b) La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”*

Al respecto, se tiene que el artículo 271 ibídem dispone:

*“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”.*

En el caso concreto, se encuentra establecido que el señor Carlos Arturo Ramírez Gómez se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., en la fecha 30 de noviembre de 1996, y que posteriormente se trasladó a la AFP Davivir S.A., hoy AFP Protección S.A., en la fecha 01 de enero de 1998, según se extrae de los formularios de afiliación y del certificado SIAFP incorporados al plenario.

No obstante, los referidos documentos no dan cuenta de la información brindada al accionante previo a que se surtiera el acto jurídico del traslado, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se supe con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia SL3871 de 2021); y es por ello que del simple formulario de afiliación no puede inferirse la voluntariedad o consentimiento informado del demandante para asentir el traslado de régimen pensional, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Además, del interrogatorio practicado al demandante no se deriva prueba de confesión, en tanto que el mismo indicó que inicialmente estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales, y posteriormente se trasladó a la AFP Protección S.A., porque sus asesores le informaron que aquel iba a desaparecer, y que en el fondo privado podría pensionarse más rápido; que suscribió el formulario de afiliación voluntariamente, convencido de la veracidad de la información que le habían brindado; y que nunca le explicaron las diferencias que existían entre el fondo público y los fondos privados respecto de los requisitos que debía acreditar para acceder a la pensión de vejez, o la forma en que se liquidaba el monto de la prestación (desde el minuto 00:29:25, link audiencia, doc.28, carp.01).

Corolario de lo anterior, es claro para la Sala que, si bien el gestor del proceso se trasladó de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información clara, completa y comprensible al respecto, esto es, sin conocer las características que diferenciaba al Régimen de Ahorro Individual del Régimen de Prima Media, en la medida en que no existe medio de convicción partir del cual pueda establecerse que la AFP Protección S.A. cumpliera con el deber profesional de información para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada del afiliado.

### **2.5.2.- De la ineficacia de la afiliación de los pensionados en el RAIS**

Ahora bien, teniendo en cuenta que el señor Ramiro de Jesús Marín Ruíz fue pensionado por la AFP Protección S.A. el 23 de abril de 2018, con efectos retroactivos a partir del 01 de junio de 2017, cumple memorar que respecto de quienes tienen consolidada la calidad de pensionados, la jurisprudencia tiene adoctrinado:

*“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.*

*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 anterior), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.*

*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 revertir 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” (CSJ SL373-2021, reiterada, entre muchas otras, en las Sentencias SL3535-2021, SL5169-2021, SL655-2022, SL2480-2022, SL1577-2022, SL2160-2022, SL591-2023, SL1242-2023, SL1513-2023 y SL1803-2023).*

Bajo el contexto normativo y jurisprudencial planteado, resulta palmario que pese de no haberse acreditado el cumplimiento del deber de información a cargo del fondo privado, no es posible declarar la ineficacia del traslado del señor Ramiro de Jesús Marín Ruíz del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., en la fecha 30 de noviembre de 1996, ni de su pretérita afiliación a la AFP Davivir S.A., hoy AFP Protección S.A., en la fecha 01 de enero de 1988, dado su status de pensionado, debiéndose revocar en este aspecto la sentencia confutada.

## **2.5.2.- Del régimen de responsabilidad y la indemnización de perjuicios**

Pese a lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia también ha explicado que la improcedencia de la declaratoria de ineficacia de quienes ostentan la calidad de pensionados conlleva una eventual conculcación a

los derechos pensionales de los ciudadanos, y que quienes se sienta afectados pueden demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora de pensiones que incumplió su deber de información:

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

*El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados” (CSJ SL373-2021, reiterada, entre muchas otras, en las Sentencias SL5169-2021, SL655-2022, SL2480-2022, SL1577-2022, SL2160-2022, SL591-2023, SL1242-2023, SL1513-2023 y SL1803-2023).*

No existe duda para la Sala que la responsabilidad a cargo de los fondos privados que incurren el incumplimiento del deber de información es de carácter civil y de naturaleza contractual, de manera que, aunque la competencia se extienda a la justicia laboral, por tener como causa originaria un asunto de la seguridad social, los elementos bajo los cuales debe analizarse la misma, corresponden a los que tiene adocotrados la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, a saber:

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

Ahora bien, como la indemnización de perjuicios pretendida por el señor Ramiro de Jesús Marín Ruíz proviene del incumplimiento al deber de información por parte de la AFP Protección S.A., y que nace del contrato de afiliación celebrado

entre las partes, debió acreditarse el dolo por parte del fondo privado como “... *la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*” (artículo 63 del CC), esto es, el incumplimiento consiente y voluntario, revestido de mala fe, con la intención de causarle daño al afiliado.

Pero como no se acreditó el dolo de la AFP Protección S.A., aspecto que ni siquiera fue discutido, el referido fondo privado solo tendría que responder por los daños que eran previsibles al momento de la suscripción del contrato, conforme a lo previsto en artículo 1616 del Código Civil, sin embargo, tampoco fue acreditado que el reconocimiento de una mesada pensional deficitaria respecto del monto que le habría correspondido en el Régimen de Prima Media, fuera previsible para el 30 de noviembre de 1996, cuando se suscribió el contrato de afiliación.

Para ilustrar la controversia en torno a este último aspecto, resulta pertinente recordar lo indicado por el Dr. Jorge Quiroz Alemán, magistrado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el salvamento de voto a la Sentencia SL3871-2021, quien sostuvo:

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

*Entonces, cualquier cálculo o aproximación a ese valor de mesada pensional, constituiría simple especulación, en cualquiera de los regímenes, máxime si se tiene en cuenta que para la fecha del traslado, a la demandante le faltaban más de 28 años para arribar a la edad mínima pensional en el régimen de prima media, tan solo contaba con 445 semanas cotizadas, esto es, menos de la mitad del tiempo requerido en ese momento para la causación de la pensión en el mismo sistema, que se incrementó con la reforma introducida por la Ley 797 de 2003, requiriendo un mínimo de 1300 semanas en el régimen de prima media a partir del año 2015; y, no tenía ningún tipo de expectativa frente al régimen de transición pensional previsto en la Ley 100 de 1993.*

*Lo anterior corrobora que, para la fecha de traslado de régimen, en verdad la demandante no tenía ninguna garantía consolidada ni una expectativa legítima de alguna, le sobrevino al acto jurídico de afiliación por primera vez al RAIS, una reforma legal y una constitucional, y no era posible determinar con probabilidad de certeza la verdadera incidencia o las consecuencias de ese acto, en su caso particular.”*

Adicionalmente, cumple relieves que la regla jurisprudencial que determina la inversión de la carga de prueba en virtud de la cual se declara la ineficacia de la selección o traslado de régimen pensional, no puede extrapolarse a la responsabilidad civil analizada en este caso puntual, porque la misma lo que permite es imponer al fondo privado las consecuencias jurídicas adversas ante la ausencia de prueba de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado de régimen pensional, y de la información brindada por el fondo privado al potencial afiliado, mientras que la indemnización plena de perjuicios, exige inexorablemente que el promotor del proceso asuma la carga probatoria de demostrar los elementos que configuran la citada responsabilidad, esto es, la conducta dolosa o culposa de la AFP, el daño ocasionado, y su nexo causal.

De otro lado, y en lo que tiene que ver con el daño o perjuicio ocasionado, si bien podría afirmarse que el mismo está representado en la diferencia de la mesada pensional, como lo explicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3535-2021, no puede olvidarse que el monto de la mesada pensional en el Régimen de Prima Media, es consecuencia del aporte estatal, tratándose de una pensión en la cual el Estado subsidia las prestaciones legalmente definidas, para cuyo reconocimiento, resultan insuficientes los aportes pensionales, subsidio que no existe en el régimen de ahorro individual, no por la actuación de los fondos privados, sino por disposición legal.

Adicionalmente, el monto de la pensión de vejez que ofrece uno y otro régimen, no vulnera los derechos fundamentales del demandante, siendo que el mismo tiene garantizada la cobertura de la contingencia, tal como lo señaló la Corte Constitucional:

*“El sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión. De ahí que los afiliados a la seguridad social no ostenten un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa” (Sentencia C-086 de 2002)*

En glosa de todo lo anterior, la Sala colige que la ausencia de prueba de la responsabilidad contractual en cabeza de la AFP Protección S.A., impide que pueda imponerse una condena, a título de indemnización de perjuicios, insistiendo en que, si bien, para obtener la declaratoria de ineficacia al pretensor le es suficiente afirmar el incumplimiento al deber de información, trasladándose a la AFP la responsabilidad de demostrar que cumplió con el deber de información, para obtener una indemnización de perjuicios por responsabilidad civil derivada del contrato de afiliación, sí se requiere que el promotor del proceso asuma la carga probatoria de demostrar los elementos que configuran la citada responsabilidad, y en virtud de ello, la sentencia de primera instancia también será revocada en este aspecto.

Costas en ambas instancias a cargo del señor Ramiro de Jesús Marín Ruíz, conforme a lo previsto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP, siendo que la sentencia de segunda instancia revoca totalmente la del inferior, resultando vencido en juicio.

Las agencias en derecho para la segunda instancia se fijan en la suma de \$1.160.000, que corresponde a un (1) SMLMV, conforme a lo reglamentado por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, en favor de las entidades demandadas, a prorrata.

### **3.- DECISIÓN**

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

**FALLA:**

**1.-** Se **REVOCA** la sentencia proferida el 06 de septiembre de 2023 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por Ramiro de Jesús Marín Ruíz contra la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., y en el que se integró el contradictorio con La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como litisconsorte necesaria por pasiva, y en su lugar:


- a) Se **DECLARA** probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la AFP Protección S.A., Colpensiones E.I.C.E. y La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público,
- b) Se **ABSUELVE** a la AFP Protección S.A., Colpensiones E.I.C.E. y La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de las pretensiones incoadas por el señor Ramiro de Jesús Marín Ruíz.
- c) Se **CONDENA** en costas al señor Ramiro de Jesús Marín Ruíz por haber resultado vencido en juicio, las cuales serán tasadas por el cognoscente de primera instancia.


**2.-** Costas en esta instancia a cargo Ramiro de Jesús Marín Ruíz; se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000, en favor de las entidades demandadas, a prorrata.


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

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3º literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,

  
**SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE**

  
**CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES**

  
**VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**

SALVAMENTO PARCIAL

## **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

**CLASE: PROCESO ORDINARIO**

**RADICACIÓN N° 05001-31-05-014-2021-00155-01**

**DEMANDANTE: RAMIRO DE JESÚS MARÍN RUIZ**

**DEMANDADA: AFP PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES E.I.C.E.**

**LITISCONSORTE NECESARIO POR PASIVA: NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.**

De la manera respetuosa acostumbrada con las demás integrantes de la Sala, manifiesto que SALVO VOTO PARCIALMENTE respecto de la posición mayoritaria y fallo emitido puesto a consideración, en razón de haberse desestimado la pretensión indemnizatoria instada y no haberse declarado la prescripción de la acción indemnizatoria de perjuicios en sede de las apelaciones propuestas, atendiendo a las consideraciones de orden constitucional, legal, probatorio y procesal, que enseguida se exponen:

1. Es petitum de la demanda que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual; se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar los aportes recibidos, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto; se ordene a Colpensiones E.I.C.E. recibir al actor como afiliado del Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad, y actualizar el reporte de semanas cotizadas durante toda su vida laboral; y se condene en costas a las entidades demandadas.

Y como pretensión subsidiaria, se declare que la AFP Protección S.A. faltó al deber de información objetiva, necesaria y transparente cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, causándole un perjuicio económico; y se disponga la indemnización de aquel perjuicio, con el reconocimiento y pago del mayor valor que habría obtenido sobre el monto de la pensión si ésta hubiese sido reconocida en el Régimen de Prima Media, con los intereses de mora, y las cosas del proceso.

2. 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, se puede establecer que el thema decidendi y de prueba se circunscribe, en establecer si es procedente declarar la NULIDAD o INEFICACIA de la afiliación del actor a la AFP PROTECCIÓN S.A., con fundamento en la falta de consentimiento informado y, de consiguiente, el traslado de régimen pensional; si se debe condenar a la AFP PROTECCIÓN S.A a trasladar a

COLPENSIONES todos los aportes recibidos, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto; correlativamente, ordenar a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, **y de manera subsidiaria**, que se declare también por falta de consentimiento informado que se le irrogó al actor un perjuicio económico, consistente en el mayor valor del monto pensional reconocido como pensionado en la AFP accionada y lo que iría a recibir de haber permanecido en el RPMPD.

2. En consonancia con lo anterior, itero, me aparto de la apreciación mayoritaria de considerar que la pretensión indemnizatoria subsidiaria, dejando de lado que la AFP accionada no cumplió con su carga de probar de manera adecuada, suficiente y fehaciente de que se garantizó el consentimiento informado del actor para su afiliación y traslado de régimen pensional. Simple y llanamente se circunscribió a afirmar que el demandante recibió de sus asesores información amplia, adecuada, suficiente, clara, comprensible, precisa, detallada, objetiva e integral respecto de las características propias de cada régimen pensional, para que de manera libre e informada seleccionara el más conveniente, según sus condiciones personales; y trivializa sus obligaciones legales en el hecho de que el actor tuvo la oportunidad de regresar al Régimen de Prima Media pero dejó vencer el término establecido para ello, y que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, ratificándose en su decisión de permanecer afiliado al Régimen de Ahorro Individual. Con el fallo mayoritario, infortunadamente se está cerrando toda posibilidad de que en sede de la acción principal de ineficacia o nulidad de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad de un pensionado, la pretensión subsidiaria de indemnización integral de perjuicios no tenga visos de prosperidad, exigiéndose una actividad probatoria aparte e independiente al debate en torno de la ineficacia del traslado de régimen pensional del pensionado, y se olvida que ante la inviabilidad jurídica y jurisprudencial del retorno

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

4. Por todo ello, con todo respecto con la posición mayoritaria, 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, lo cual en mi modesto sentir debe resolver 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 PORVENIR S.A., pese a ostentar la calidad de pensionado bajo la modalidad de renta vitalicia?, 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.

5. Por manera que, comparto el criterio de la denegación de la ineficacia del traslado de régimen pensional, única y exclusivamente porque el actor adquirió 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, *a fortiori*, por haber sido materia de apelación; pero no así, respecto del pronunciamiento de fondo de la pretensión indemnizatoria, en tanto que, PROTECCIÓN 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 sólo 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.

6. Por otra parte, la ponencia mayoritaria sugiere que no podría ventilarse en sede de instancia la pretensión indemnizatoria, por cuanto los fundamentos de la responsabilidad contractual caen bajo la égida de responsabilidad civil, susceptible

entonces, de ser conocida por la jurisdicción civil. Con esa misma lógica entonces, no podría, por ejemplo, analizarse ningún tipo de responsabilidad contractual en la justicia contenciosa administrativa trayendo como basamento el desarrollo de la jurisprudencia civil.

#### **7. Inviabilidad jurídica de declarar la Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS cuando se ha adquirido el estatus 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 (...).”*

7. Lo que sí debe emerger claro en el debate, es 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 consolidada el estatus 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.

## **8. 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 y en su desarrollo jurisprudencia, postula que 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.

9. 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 demandado 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 en este particular escenario 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.

10. 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 PORVENIR 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.

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

*“El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las*

*medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.”.*

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

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

*“El daño, como el elemento nuclear de la responsabilidad, consiste en el menoscabo que la conducta dañosa del victimario irroga al patrimonio, sentimientos, vida de relación o bienes de especial protección constitucional de la víctima.*

*Se trata de «una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio» (CSJ, SC10297, 5 ag. 2014, rad. n.º 2003-00660-01; reiterada SC2758, 16 jul. 2018, rad. n.º 1999-00227-01).*

*En otras palabras, «es ‘todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad’» (SC16690, 17 nov. 2016, rad. n.º 2000-00196-01).*

2.1.2. Para que el daño sea susceptible de ser reparado se requiere que sea «‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’ (Sentencias de 26 de enero de 1967 (CXIX, 11-16) y 10 de mayo de 1997, entre otras)» (SC, 27 mar. 2003, exp. n.º C-6879); asimismo, debe afectar un interés protegido por el orden jurídico (SC13925, 30 sep. 2016, rad. n.º 2005-00174-01).

(...) El principio de reparación integral propugna porque la víctima de un daño sea restablecida a la situación en que se encontraría de no haber sufrido el agravio, de suerte que se mantenga indemne de las consecuencias negativas del hecho culposo. Por tanto, «[e]l resarcimiento no puede superar la pérdida efectiva, ni generar una ventaja para el damnificado».

La Corte, refiriéndose a este principio, ha ordenado «que al afectado por daños en su persona o en sus bienes, se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior..., **y por eso, acreditada la responsabilidad civil, el juez ‘tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio’** (SC, 18 dic. 2012, rad. n.º 2004-00172-01, reiterada en SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-0014-01)” (Negrillas intencionales).

11. 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.

12. 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)”*

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

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

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

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

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

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

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

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.

14. Se sostiene en la posición mayoritaria que la previsibilidad del daño (diferencia en el monto pensional) cuando se suscribió el formulario de afiliación no quedó demostrada en este proceso. No obstante ello, se sabe que el actor se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la PROTECCIÓN S.A., prestación que fue concedida por la AFP Protección S.A. el 23 de abril de 2018, lo cual implica que al actor le bastaba afirmar no habersele suministrado la información cualificada, integral y detallada para que surgiera la carga de probar al fondo privado accionado que sí cumplió cabalmente con esa obligación, carga probatoria que no cumplió el mentado fondo.

En el mismo sentido, debe precisarse que, la diferencia entre la mesada que se pague actualmente al demandante, y la mesada que deba eventualmente de pagarse a título de perjuicios materiales por lucro cesante consolidado, debería ser pagada con cargo exclusivo a los recursos propios de PORVERNIR 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 debería continuar siendo pagada a los posibles derechohabientes ante una eventual sustitución pensional por sobrevivencia.

En conclusión, contrario a lo expuesto en la ponencia presentada, a mi criterio, con todo respeto, si se encontrarían 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.

No obstante todo lo anteriormente expuesto, a la fecha estaría prescrita la acción indemnizatoria de perjuicios bajo este cauce judicial, y aun en sede judicial ordinaria civil, con arreglo a lo previsto en el art. 2561 del Código Civil, el que en su parte pertinente estipula que “El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años”.

Por tanto, con todo respeto, salvo parcialmente mi voto respecto de la decisión adoptada mayoritaria, NO en cuanto a que se declara probada la excepción de fondo de inexistencia de la obligación frente a la pretensión principal, sino por no haberse pronunciado sobre la procedencia o no de la acción subsidiaria de indemnización integral de perjuicios, la que no podía tener visos de prosperidad en sede de apelación propuesta por PROTECCION S.A. y COLPENSIONES E.C.I.E., por cuanto que se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

Con mi acostumbrada consideración y respeto,

Cordialmente,

  
**VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**  
**MAGISTRADO**