

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ÁNGEL JOSÉ LONDOÑO TREJOS
DEMANDADO	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
LITISCONSORTES	NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
PROCEDENCIA	JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CTO. DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-002-2018-00035-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado Pensionado RAIS – Improcedente al tratarse de una situación consolidada y consumada. - Indemnización de Perjuicios – Carga de la prueba respecto de la causalidad y cuantificación del daño, artículo 1.616 CC.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 032

Medellín, veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

En atención a lo previsto en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 006 de 2023, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado judicial del **DEMANDANTE** contra la Sentencia del 15 de junio de 2023, proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

Se reconoce personería a la abogada **ADRIANA MARÍA CORREA CARRASCAL**, identificada con T.P. No. 197.178 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES., en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folio 1 Archivo 04 ED Tribunal.

Se reconoce personería al abogado **FRANKY STEVAN PINILLA CÓRDOBA**, identificada con T.P. No. 335.764 del C.S. de la J. para que actúe como apoderado sustituto de COLPENSIONES., en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folio 1 Archivo 06 ED Tribunal.

ANTECEDENTES

El señor **ÁNGEL JOSÉ LONDOÑO TREJOS** promovió demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, a fin de que: **1)** Se declare la violación de su derecho a la libre escogencia del régimen pensional por parte de **PORVENIR S.A.** al momento del traslado. **2)** Se declare la obligación a cargo de **COLFONDOS S.A.** de efectuar la tutela reintegradora del derecho subjetivo fundamental a la pensión de vejez, resarciéndola

in natura, en el equivalente a los términos en que le hubiere sido otorgada la prestación en el RPMPD. 3) En consecuencia, solicitó condenar a **PORVENIR S.A.** a reparar el derecho a la pensión de vejez, otorgándola en los términos de los artículos 21, 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, disponiendo el pago del retroactivo de la diferencia entre la mesada pensional otorgada inicialmente y la liquidada con base en los parámetros descritos, junto al pago de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En subsidio de lo anterior: 4) Pidió declarar como actor del hecho imputable del traslado del RPMPD al RAIS y su permanencia en este último a **PORVENIR S.A.**, el cual transgredió el derecho a la libre escogencia de régimen pensional por culpa atribuible a dicha entidad, y por tanto tiene la responsabilidad de repararla integralmente. 5) En consecuencia, peticionó condenar a **PORVENIR S.A.** al reconocimiento y pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, debidamente indexada.

Que en el evento de no salir adelante lo anterior: 6) Se declare la ineficacia de la afiliación al régimen pensional que realizó al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**, extendiéndose los efectos al reconocimiento pensional efectuado por esta entidad. 7) Consecuencialmente, solicitó condenar a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes realizados al RAIS, los rendimientos financieros y el bono pensional. 8) Que además, se ordene a **COLPENSIONES** recibir los recursos provenientes de la AFP, y proceda a reconocer y pagar la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, aplicable a su caso por virtud de lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pagando las diferencias resultantes entre la mesada pagada por **PORVENIR S.A.** y la que correspondería en el RPMPD, hasta el momento en que se suspenda el pago de la mesada por parte del fondo privado, y a partir de allí, efectúe el pago de la prestación completa, sumas que deberá cancelar indexadas.

Como sustento de su reclamación, adujo el accionante que nació el 4 de enero de 1954, por lo que es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. En ese sentido, señaló que se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad en la que permaneció hasta 1999, año en el que se trasladó con destino al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**, acto en el que dijo, solo le fue informado lo relativo a los beneficios de vincularse a dicho fondo, sin indicársele nada acerca de la forma en que obtendría la pensión en este régimen, en el que de entrada le fue asegurado una prestación más alta en comparación con el RPMPD. Así mismo, insistió en que no recibió ilustración sobre las desventajas de su traslado, como lo relativo al régimen de transición del que se beneficiaba.

A partir de lo anterior, expresó que su voluntad estuvo viciada, ello conforme los móviles a los que fue inducido por el fondo, quien a través de su personal tergiversó la información pensional, situación por la que considera que debe ser restituido al estado anterior.

Más adelante manifestó que su situación era tan preciaría, que en el RAIS le había sido reconocida pensión de vejez en la modalidad de garantía de pensión mínima; no obstante, de haber continuado en el RPMPD habría podido acceder a una pensión conforma los lineamientos del Decreto 758 de 1990, con una mesada de \$1.417.674, superior a la reconocida en el RAIS.

Este escenario, explicó, lo ha sumido en un estado de preocupación constante, sustentado en la prestación reconocida en condiciones desfavorables, en comparación con lo regulado en el RPMPD, evidenciándose el perjuicio moral generado con todo lo ocurrido, a los que se suman los perjuicios materiales (retroactivo, intereses moratorios y gastos del profesional en derecho), los cuales exigen ser reparados.

Por último, anotó que convive en unión libre con la señora María Del Carmen Cano, quien depende económicamente de aquel, sin presentar ingresos de ninguna índole (f. 1 a 18 Archivo 02 ED y Reforma a la Demanda Archivo 19 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a lo pretendido por el actor, formulando las excepciones de mérito denominadas: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LA AFILIACIÓN AL RPM POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADO DE RÉGIMEN; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER INTERESES MORATORIOS DEL ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LOS INCREMENTOS PENSIONALES POR PERSONA A CARGO; BUENA FE; IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 1 a 12 Archivo 05 ED).

En respuesta a la reforma a la demanda presentada por la parte actora, esta entidad invocó las excepciones de: “(...) *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; INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO; DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN- SEGUROS PREVISIONALES- COMISIONES – INDEXADOS; PRESCRIPCIÓN y COMPENSACIÓN* (...)”. (f. 2 a 24 Archivo 39 ED).

Por su parte, **PORVENIR S.A.** argumentó que la afiliación del accionante al RAIS cumplió con el rigorismo legal establecido en las disposiciones normativas de la época. Propuso como excepciones las de: “(...) *PRESCRIPCIÓN; FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES LABORALES DE TRACTO SUCESIVO; AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD ATRIBUIBLE A LA DEMANDADA y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 103 a 146 Archivo 02 ED).

Así mismo, al responder la reforma a la demanda reiteró la validez del traslado del accionante, en tanto no fue privado de su derecho a la libertad de escogencia de régimen pensional, y por tanto no existe daño reparable. Formuló como excepciones las de: “(...) *PRESCRIPCIÓN; INEXISTENCIA DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS; COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; BUENA FE; PAGO y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 2 a 37 Archivo 33 ED).

Por Auto dictado en audiencia del 28 de junio de 2019, el Juzgado de primer grado vinculó al presente trámite como *litisconsorte necesario* en el extremo pasivo al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL** (Archivo 07 ED). No obstante, mediante Auto del 9 de septiembre de 2022 se tuvo por no contestada la demanda de parte de estas vinculadas (Archivo 35 ED).

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Al término del traslado, **PORVENIR S.A.** formuló demanda de reconvencción en contra del señor **ÁNGEL JOSÉ LONDOÑO TREJOS**, solicitando: **1)** Ordenar al pensionado reintegrar los dineros recibidos por concepto de la mesada pensional, generadas desde la fecha de reconocimiento hasta que se realice el último pago. **2)** No obstante, peticionó que, en el evento de declarar la nulidad y/o ineficacia, se disponga que los recursos pagados por concepto de la pensión puedan ser compensados con los dineros a trasladar del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual (f. 162 a 167 Archivo 33 ED).

RESPUESTA DEL DEMANDADO EN RECONVENCIÓN

A lo propuesto por la AFP respondió la defensa del señor **ÁNGEL JOSÉ LONDOÑO TREJOS**, insistiendo en que el acto del traslado de régimen realizado por él fue producto del engaño provocado por el fondo privado, al paso que mostró resistencia frente a las sumas peticionadas en reintegro por la AFP. Propuso las excepciones de: “(...) **BUENA FE E IMPOSIBILIDAD DE RESTITUIR LAS MESADAS PENSIONALES LEGÍTIMAMENTE RECIBIDAS; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE RESTITUIR MESADAS; CADUCIDAD y PRESCRIPCIÓN** (...)” (Archivo 37 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, mediante Sentencia del 15 de junio de 2023, decidió:

“(...) PRIMERO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y en consecuencia, ABSOLVER a Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por ANGEL JOSÉ LONDOÑO TREJOS identificado con CC No 10.191.839 conforme lo manifestado en precedencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante y en favor de PORVENIR S.A., agencias en derecho que se tasaran en el momento procesal oportuno, de conformidad con los arts. 365, 366 del CGP y el acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del CSJ (...).”

Para arribar a esta conclusión, abordó en primer lugar los elementos requeridos para acceder a la indemnización de perjuicios, conforme los artículos 2341 Código Civil y 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, al igual que lo considerado en la Sentencia SL373-2021, decisión esta última en la que se dejó sentada la imposibilidad de declarar la ineficacia del traslado de un pensionado en el RAIS y su posibilidad de reclamar una indemnización, cuestión que, indicó, dejaba resuelta la falta de viabilidad de declarar la ineficacia del traslado.

Acto seguido, memoró las condiciones de información en cabeza de las AFP a la hora de tramitar traslados de régimen pensional, escenario en el que el derecho a la información se torna fundamental, mismo que debía materializarse en los términos del Decreto 663 de 1993. En cuanto a la indemnización de perjuicios, a más de precisar que no operó la prescripción, recordó lo consagrado en la Ley 446 de 1998, agregando que en decisiones del Tribunal Superior de Medellín – Sala Laboral se han establecido una serie de parámetros para que tenga cabida la reparación en comento. Para el efecto, reseñó que el daño no solo se advierte en la diferencia económica de la mesada pensional, sino que debían tenerse en consideración otros aspectos, partiendo de los beneficios que podría traer cada uno de los regímenes según las condiciones particulares de cada afiliado, para lo cual resaltó del RAIS el hecho de tener que acreditar menos semanas para pensión, devolución de saldos más cuantiosos, transmisibilidad de los aportes por causa de muerte, y saldos en la modalidad de retiro programado.

Más adelante, señaló que, para el momento del traslado, el demandante no estaba cerca de la edad y semanas exigidas para la pensión, sumado a que tampoco advertía daño en lo relativo al ingreso base de liquidación para el cómputo pensional. Que respecto a la responsabilidad de **PORVENIR S.A.**, pese a no haber acreditado en el proceso el cumplimiento del deber de información, al momento de afiliación del actor en realidad no le era más beneficioso estar en el RPMPD o en el RAIS, salvo por el tema del régimen de transición, que le hubiere permitido acceder a la pensión con 1000 semanas, en comparación con las 1150 semanas establecidas en el régimen privado.

En igual sentido, afirmó que en el expediente quedó acreditado que era del conocimiento del accionante la posibilidad de beneficiarse del régimen de transición, no desprendiéndose culpa en este aspecto.

Con base en lo anterior, expuso que más allá de acreditarse la diferencia pensional que reflejaría el daño predicado en la demanda, no aparecen demostrados los elementos para predicar la responsabilidad en cabeza del fondo privado que dé lugar a condenarla al pago de la reparación reclamada.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial del **DEMANDANTE** presentó apelación en contra de la anterior decisión, argumentando que, conforme la pretensión principal, atinente a la reintegración de la pensión de vejez en los términos del RPMPD, alternativa que el ordenamiento dispone en múltiples circunstancias cuando se reclama el resarcimiento de un de un daño, lo que se hace más consistente por tratarse de un derecho social fundamental, análisis que debió surtir el Juez sin necesidad de estudiar la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil. Lo anterior, como quiera que, ante situaciones como la analizada, surge imperioso la adecuación a la calidad del daño, abandonando en concepto de indemnización por el de restitución, que no cosa distinta a la reintegración por un derecho equivalente, pues de esa forma maximiza la protección constitucional.

En ese orden de ideas, insistió en que, sin mostrar los elementos de la responsabilidad de cara a la reparación de perjuicios, el código civil busca que la omisión en el cumplimiento de los deberes contractuales del fondo de pensiones, lo cual está acreditado, en contraste con el estatus jurídico de pensionado, encuentre la realización específica de la prestación en los términos agravados, por imputación del riesgo en el traslado efectuado de forma irregular por la **AFP PORVENIR S.A.**, lo cual resulta viable ante la imposibilidad de acceder a la prestación original o el retorno al RPMPD, tal como lo fijó la Jurisprudencia.

Que pese a la falta de construcción fundamentada en torno a que se entiende por reparación de perjuicios, al tenor del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 los Jueces deben buscar una solución y reparar integralmente cuando se constate la causación de un perjuicio, se han elaborado varias teorías para la reparación, para lo cual hizo cita de pronunciamientos que en la temática han realizado otros Tribunales del país. A continuación, expresó que conforme lo esbozado en los hechos de la demanda, era clara la afectación al derecho pensional de su representado, la cual debe ser sujeto de reparación, conforme lo aludido en la citada normativa y el artículo 2341 Código Civil.

Arguyó no compartir lo aducido por el Juez en punto a que el accionante tenía una edad considerable, y como beneficiario del régimen de transición contaba con más de la mitad de las semanas exigidas para pensionarse (508 semanas), sin que sea de recibo el baremo establecido por el Despacho de cara a verificar la afectación del afiliado. Que durante su vida laboral el demandante cotizó por sumas superiores al SMLMV, y tenía beneficiarios, todo lo cual, sumado al incumplimiento del deber de información por parte del fondo de pensiones, era palpable un eventual daño, máxime que el formulario de afiliación era una simple proforma sin respaldo en otro medio de prueba que mostrara en realidad cual fue la información y análisis agotado al momento del traslado, e igualmente que se hubieren informado las implicaciones de la decisión de trasladarse en el caso del reclamante, es decir, no cumplió con los mandatos legales que le imponían la obligación del buen consejo que, de haberse cumplido, no habría generado la afectación aludida.

De ahí que, anotó, en su criterio de constata el nexo causal entre el daño generado y el incumplimiento del deber de información, acreditándose los perjuicios reclamados, los cuales deben estudiarse no solo desde el ámbito civil, sino también desde una órbita constitucional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término otorgado, el apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó alegatos solicitando la revocatoria de la decisión, por cuanto quedó demostrado en el proceso que la AFP accionada vulneró el derecho a la libre elección de régimen pensional, lo cual generó perjuicios susceptibles de reparar a través de la reintegración del derecho a la pensión, restaurándola en los términos en que hubiere sido otorgada en el RPMPD, de manera vitalicia y transferible a sus beneficiarios.

Sustentó dicho planteamiento en la condición resolutoria tácita implícita en todo contrato (Art. 1546 Código Civil), reiterando lo argüido en la alzada en cuanto a la procedencia de la reparación. Así mismo, citó como refuerzo de sus argumentos providencias emitidas por las Salas Laborales de los Tribunales de Cali y Medellín (Archivo 03 ED Tribunal).

A su turno, la mandataria de **COLPENSIONES** apuntó que, además de la prohibición de traslado contemplada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, la posición de este Tribunal y la Sala de Casación Laboral – CSJ está en dirección a no permitir vía ineficacia el retorno al RPMPD de aquellos pensionados en el RAIS (Archivo 04 ED Tribunal).

De igual forma, la apoderada de **PORVENIR S.A.** arrió alegatos en los que reiteró que el demandante cuenta con una situación consolidada en el marco de la Sentencia SL373-2021. Luego, en lo referente a los perjuicios, arguyó que le correspondía al actor probar su existencia, los cuales no se pueden derivar de la existencia de diferencia entre mesadas (Archivo 05 ED Tribunal).

Por último, el mandatario del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** apuntó que esta cartera no tiene competencia para decidir sobre las solicitudes elevadas por el demandante. Así mismo, expresó haber cumplido con sus obligaciones en cuanto a la emisión y redención del bono pensional tramitado por **PORVENIR S.A.** en nombre del reclamante, sin que a la fecha esté pendiente de cumplir compromiso alguno (Archivo 06 ED Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en establecer si hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS realizada por el señor **ÁNGEL JOSÉ LONDOÑO TREJOS** por la omisión en que se dice, incurrió **PORVENIR S.A.** respecto del deber legal de brindarle información relevante al momento de su vinculación al fondo, ello a pesar ostentar en la actualidad la calidad de pensionado del RAIS, por la AFP demandada.

De ser así, se establecerá si hay lugar a ordenar a **PORVENIR S.A.**, la devolución a **COLPENSIONES** de todos los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante. Seguidamente, deberá verificarse si hay lugar a disponer que la última entidad proceda con el reconocimiento y pago en favor del actor de la pensión de vejez, de conformidad con el régimen aplicable.

Así mismo, se analizará la procedencia de lo peticionado en la demanda de reconvencción incoada por **PORVENIR S.A.** en torno a la viabilidad de ordenar al demandante el reintegro de las mesadas que ha venido percibiendo en el RAIS.

En el evento de no salir avante lo anterior, entrará la Sala a resolver si el señor **LONDOÑO TREJOS** tiene derecho a que **PORVENIR S.A.** le reconozca y pague indemnización de perjuicios, como consecuencia del incumplimiento del deber de información a la hora de realizar su traslado al RAIS, calculada en los términos instados en la demanda.

Se procede entonces a resolver los planteamientos, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

A esta altura de la Litis no se discuten los siguientes supuestos:

- (i) Que el señor **ÁNGEL JOSÉ LONDOÑO TREJOS** nació el 4 de enero de 1954 (f. 69 Archivo 02 ED).
- (ii) Que el demandante se afilió en pensiones al ISS, entidad para la que efectuó aportes entre 1976 y 1990. Así mismo, el accionante reportó un tiempo servido ante el **MINISTERIO DE DEFENSA** de 1972 a 1974 (f. 13 a 18 Archivo 05 ED y f. 169 Archivo 33 ED).
- (iii) Que el 28 de agosto de 1999 el actor decidió trasladarse al RAIS administrado por la **AFP PORVENIR S.A.** (f. 82 Archivo 33 ED).
- (iv) Que previa solicitud de pensión elevada por el señor **LONDOÑO TREJOS**, la **AFP PORVENIR S.A.** accedió a reconocerle la citada prestación, efectiva desde el mes de febrero de 2017, como beneficiario de la garantía de pensión mínima (f. 89 a 92 Archivo 33 ED).
- (v) Que el 2 de octubre de 2017 el accionante solicitó a **COLPENSIONES**, que previa declaratoria de nulidad de su vinculación al RAIS, permitiera su retorno al RPMPD, con el consecuente reconocimiento pensional, petición de la que no obra respuesta en el expediente (f. 71 a 74 Archivo 02 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para resolver el problema jurídico planteado, lo primero a recordar por la Sala es que, en procesos en los cuales se discute la ineficacia del traslado de régimen, con ocasión del incumplimiento por parte de las administradoras del RAIS del deber de información, se trae a colación, acorde a la jurisprudencia vigente sobre el tema que, en primer lugar, tal deber surge del tenor del literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, conforme al cual los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses; condición cuyo alcance, según el Órgano de Cierre en sede laboral ordinaria, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ SL 3719-2021).

En hilo con lo anterior, ha discernido la Corte que no se puede alegar «*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL 1442-2021, CSJ SL40161-2021 que rememoran la CSJ SL12136-2014).

Se desprende de lo expuesto, que fue desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones que se impuso el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, otorgando la información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ SL 1688-2019).

Sin embargo, más allá del planteamiento de la parte en cuanto al incumplimiento del

deber de información a cargo de la AFP, y que, en efecto, de la probanza arrojada, especialmente, el formulario que muestra la afiliación del demandante a **PORVENIR S.A.** (f. 82 Archivo 33 ED), no se observe el cumplimiento de tal obligación legal, es menester precisar que, pese a que el criterio que traía la Corte Suprema de Justicia en punto al tema, a saber, la invalidación del traslado de un régimen pensional a otro cuando quien demanda es un **PENSIONADO**, era en el sentido de que ello era viable, según lo venía sosteniendo desde la sentencia proferida dentro del Rad. 31989 del 9 de septiembre de 2008, la **Sala Especializada Laboral del Tribunal de Medellín**, en Sentencia Unificación proferida del 14 de mayo de 2019 dentro del proceso con Rad. 007-2015-001295, llegó a una conclusión contraria, es decir en el sentido de la improcedencia de aquella posibilidad, en razón a las ostensibles diferencias que se evidencian respecto de la posición del afiliado, y los efectos nocivos que su aceptación desencadenarían, explicando a este respecto:

“(…) 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 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 serían 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 puede declararse la ineficacia ni la nulidad de su afiliación. (…)”.

A tono con lo expuesto, el Órgano de Cierre de lo laboral también abandonó dicha postura, a través de la Sentencia **SL373-2021 del 10 de febrero 2021**. En la decisión en comento precisó la Corte, que no resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación en los eventos en los que, como el presente caso, nos encontramos frente a un **PENSIONADO**, esto es, ante quien ya se encuentra en disfrute de la prestación que ofrece el régimen de ahorro individual, toda vez que en tal supuesto estamos de cara a una ***“(…) situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer (…)*”**.

En ese sentido, adujo que no es posible borrar la calidad de pensionado sin más, **porque tal situación daría lugar a múltiples disfuncionalidades que terminarían afectando a una pluralidad de personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, derechos y obligaciones de terceros, y del sistema**. Así los expuso, explicando lo siguiente:

*“(…) 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), **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** (…)*” (Negrilla y Subraya de la Sala).

Frente a ello, en la misma providencia, el Alto Tribunal enunció varias de las situaciones problemáticas y las afectaciones que conllevaría la decisión de retrotraer los efectos de la afiliación de una persona ya pensionada en el RAIS, entre estos:

“

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 revertir 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 defiendan 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.”

Concluyendo, que sin pretender agotar todas las situaciones problemáticas que el asunto conlleva, los aspectos citados son suficientemente demostrativos de la tesis planteada en punto a que se da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado con la adquisición de la calidad de PENSIONADO del RAIS, con independencia del hecho de que el solicitante en su momento hubiese estado beneficiado con el régimen de transición en el RPMPD, en virtud de la configuración de su derecho prestacional en el nuevo régimen privado, **cuyos efectos en caso de revertirse tal condición, podrían afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.**

Tal postura, ha sido reiterada, por citar ejemplos, en Sentencias como la SL954-2023, SL679-2023, SL4264-2022, SL2432-2021, SL2388-2021, SL1789-2021 y SL1692-2021, entre otras decisiones.

Lo anterior sirve para denotar que, luego de efectuar el análisis de cara a las circunstancias devenidas de aceptar también la posibilidad de tener como ineficaz el acto de

afiliación de alguien que ya ostenta la condición de pensionado en el RAIS, el precedente del órgano de cierre de esta jurisdicción laboral, e incluso el horizontal, son coherentes al concluir en su improcedencia, criterio que hoy por hoy se mantiene férreo en ambos escenarios, y muestra de ello son los sucesivos y reiterados pronunciamientos emitidos con posterioridad a la SL373-2021, citados en precedencia, lo cual, a juicio de esta Sala, debe acogerse en virtud de lo que representa para la seguridad jurídica el precedente de las Altas Cortes, que lleva implícito la función de **unificar jurisprudencia**.

En esos términos lo dejó sentado la Corte Constitucional en Sentencia C-335 de 2008 en la que reiteró la fuerza vinculante del precedente de los Órganos de Cierre, resaltando además la garantía del derecho a la igualdad que se desprende de tal circunstancia:

*“(…) Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunda en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. **De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares (...)**”.* (Negrilla y Subraya de la Sala).

Más adelante, en Sentencia SU-053 de 2015 predicó: *“(…) En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el derecho es dado a los operadores jurídicos a través de normas y reglas jurídicas que no tiene contenidos semánticos únicos. Por tanto, el derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados que incluso, en ocasiones deriva de la propia ambigüedad del lenguaje. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto y, en segundo lugar, de que haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad (...)*”.

Con base en lo anterior, concluye la Colegiatura que no es dable declarar la ineficacia de las afiliaciones, cuando nos encontramos ante una situación de esta índole, más aún si se tiene en cuenta que la reclamante viene recibiendo regularmente el pago de su mesada pensional desde **febrero de 2017** (f. 92 Archivo 33 ED), situación que muestra la desfinanciación del capital inicialmente ahorrado.

Atendidas las consideraciones expuestas en precedencia, en virtud de lo anterior, la Sala mantiene la postura asumida por este Tribunal, que como se dijo, es concordante con la tesis actual de la Corte Suprema frente al tema, en punto a la **improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de un PENSIONADO en el RAIS**, además que no se encuentran razones que ameriten apartarse del citado precedente, que se comparte a cabalidad.

Así las cosas, en el caso concreto emerge con evidencia que al señor **ÁNGEL JOSÉ LONDOÑO TREJOS** le fue aprobado el reconocimiento de la prestación pensional en aplicación de la garantía de pensión mínima, por parte de **PORVENIR S.A.**, bajo la modalidad de retiro programado, pagadera desde febrero de 2017, prestación que se observa, viene siendo cancelada regularmente, según lo certifica la propia entidad pagadora (f. 92 a 98 Archivo 33 ED), financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual, entre los cuales se cuenta, de acuerdo con los aportes efectuados al RPMPD (f. 92 a 97 Archivo 33 ED), el bono pensional emitido y pagado por el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (f. 74 a 80 Archivo 33 ED), dependencia que también le otorgó el beneficio de la garantía de pensión mínima a través de *Resolución N° 16259 del 27 de enero de 2017* (f. 22 a 27 Archivo 25 ED), trámites que dependieron de la gestión adelantada por la AFP ante la entidad emisora, y que

contó con la aprobación de la liquidación provisional efectuada por la OBP, y la autorización de su emisión por parte del demandante (f. 83 a 84 Archivo 33 ED).

De ahí que, habiendo adquirido el estatus jurídico de PENSIONADO durante su vinculación al RAIS, al tenor de lo adocinado por este Tribunal y la postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es dable retrotraer tales situaciones como se pretende, juzgándose entonces como acertada la decisión de primer grado.

La anterior conclusión excluye cualquier pedimento que pendiera de la ineficacia del traslado estudiada, a saber, el retorno al RPMPD junto al consecuencial reconocimiento pensional.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

En lo que respecta a los demás puntos objeto de las pretensiones, recuerda esta Corporación que las súplicas de la parte demandante apuntan a la existencia de condiciones económicas más favorables en el RPMPD respecto de las que goza en el RAIS en su condición de pensionado de este último régimen, planteamiento a partir del cual impetra la reparación, ya sea ordenando a **PORVENIR S.A.** que lo resarza mediante el pago de la pensión en los términos previstos para el RPMPD, o que le reconozca la indemnización de perjuicios (patrimoniales y extrapatrimoniales).

Frente a este asunto, denota la Sala que en efecto fue un aspecto considerado en la jurisprudencia del Alto Tribunal de esta especialidad, aquel conforme al cual el pensionado que se considere lesionado en su derecho por razón del traslado al RAIS, y ante la imposibilidad de retornar al RPMPD, tiene la posibilidad de obtener su reparación, debiendo acudir para ello a la vía de la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora, en atención al principio general del derecho consagrado en el artículo 2341 del Código Civil, según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo. De esa manera lo trazó la decisión comentada al mencionar que:

“(…) 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. (…)”.

No obstante, también ha sido enfática la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral – CSJ, en el sentido de precisar que **esta indemnización no opera automáticamente**, y que la misma tiene como punto de partida la invocación de tal solicitud por parte del interesado, la prueba de los mismos, y la oportunidad en su reclamación, esto es, que no se hubiere afectado por la prescripción extintiva del derecho. Así lo dejó sentado en Sentencia SL591-2023 en la cual citó lo dicho en Sentencia SL1637-2022, a saber:

“(…) Ahora bien, aunque la doctrina vertida en las sentencias CSJ SL373-2021, CSJ SL3871-2021 y CSJ SL1637-2022, señala que, ante la imposibilidad de declarar la ineficacia del traslado de régimen de los pensionados del RAIS, es viable la indemnización de perjuicios, de

manera clara y explícita la Sala ha dicho que ello es viable, siempre y cuando «se hayan reclamado, probado y no estén prescritos».

Es decir, la condena por perjuicios no procede de manera automática, oficiosa e inmediata.

(...)

Lo que se ha dicho (por la Corte) es que no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de quienes ya tienen la calidad de pensionados, porque frente a ese grupo, en particular, no es posible retrotraer el estado de las cosas al punto en que se encontraban antes del dicho cambio, puesto que, entre otras razones, ya hay situaciones consolidadas y podría afectarse a terceros de buena fe y sólo procedería el resarcimiento de perjuicios, siempre y cuando, se insiste, se hayan reclamado, probado y no estén prescritos (CSJ SL373-2021) (...)” (Subraya y Negrilla de la Sala).

A partir de lo anterior, lo primero a denotar por la Sala es que la responsabilidad predicada, y por la cual se requiere la imposición de condena en contra de **PORVENIR S.A.**, no empece a lo argüido por el apelante en la sustentación de su recurso, es de orden civil y de naturaleza contractual, en la medida que dicho resarcimiento se estudia en el plano del contrato de afiliación y en el incumplimiento de las obligaciones principales a cargo de la AFP, como es el deber profesional de información.

En relación con este tema, la Sala de Casación Civil – CSJ en Sentencia SC397-2021, dilucidó como elementos requeridos para estructurar la citada responsabilidad: “*la existencia de un contrato válidamente celebrado, la lesión o menoscabo que ha sufrido el demandante en su patrimonio y la relación de causalidad entre el incumplimiento imputado al demandado y el daño causado*”, postura reiterada en Sentencia SC1962-2022. Para el efecto, consideró:

“(…) La responsabilidad, en general, dimana del artículo 95, numeral 1º de la Constitución Política. Impone como deberes de la persona y del ciudadano «[r]espeter los derechos ajenos y no abusar de los propios».

El precepto recoge la máxima *qui iure suo utitur, neminem laedere debet*, según el cual, quien vulnere o incumpla sus obligaciones de conducta contractuales o extracontractuales, impuestas en interés de otro o de varios sujetos de derecho, debe reparar el daño producido.

La extracontractual, fundada en el artículo 2341 del Código Civil, establece la obligación civil de indemnizar los perjuicios provenientes de los delitos y las culpas. Exige para su estructura, al decir de la Corte:

«una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; un daño o perjuicio, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, finalmente, un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva (v.gr. riesgo)» (...).

De igual manera, para la temática analizada, el artículo 1.616 del Código Civil, dispone:

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

La responsabilidad que se deriva del incumplimiento contractual contiene, acorde con el precepto en cita, una extensión diversa en razón del tipo de conducta imputable al contratante incumplido, esto es, sea por dolo o culpa, siendo mas amplia la responsabilidad que se desprende del actuar doloso, de aquella que devendría del evento de estarse ante un conducta

culposa, pues en este último caso, solo se hace responsable al deudor incumplido de los perjuicios previstos o previsibles para el momento de suscribir el contrato.

Ahora, sobre la exequibilidad de esta distinción, la Corte Constitucional en Sentencia C-1008 de 2010, expresó:

“(…) Como lo ha señalado de manera consistente y reiterada la jurisprudencia de esta corporación, corresponde al Congreso de la República, en desarrollo de su libertad de configuración política, regular el régimen de la responsabilidad, las modalidades del daño y todo lo relacionado con los medios para cuantificarlo. La norma acusada no despoja al contratante cumplido de la tutela resarcitoria en la medida que de acuerdo con ella, todo deudor incumplido, doloso o culposo, responde de los daños que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, aunque limite los daños por los que responde el no doloso a aquellos que podían preverse al momento de contratar. Esta limitación, no resultan irrazonable ni caprichosa, toda vez que se fundamenta en criterios de justicia y equidad contractual, en la tradición culpabilista en que fundamenta la responsabilidad civil contractual, y encuentra respaldo en referentes internacionales como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías y los Principios Unidroit, lo que reafirma su razonabilidad. (…)” (Subraya y Negrilla de la Sala).

De ese modo, respecto del dolo contractual que habilita el resarcimiento de todos los perjuicios que sean consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, con independencia de que pudieran preverse o no al momento del convenio, se anota en términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema Sala de Casación Civil lo siguiente:

*“(…) Las voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca **en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa, al paso que la culpa, según el mismo precepto y la concepción universal acerca de ella, se configura sobre la falta de diligencia o de cuidado, la imprevisión, la negligencia, la imprudencia.***

*De esas características sustanciales surgen, como es obvio, las consecuencias legales respectivas; el dolo generalmente no se presume (artículo 1516 C.C.) ni su tratamiento legal puede ser modificado por la voluntad individual (...) **acarrea en todos los casos sanciones civiles de igual intensidad y agrava la posición del deudor aún en frente de eventos imprevisibles** (artículo 1616 C.C.); **la culpa, por el contrario, se presume en el incumplimiento contractual** (...) las partes pueden alterar libremente las regulaciones legales respecto de ella, y su intensidad se gradúa para asignar diferentes efectos a sus diversos grados (artículo 1604), y **por último no agrava la posición del deudor sino ante los que se previó o pudo preverse al tiempo del contrato** (artículo 1616 C.C.)”¹.*

Ahora, también se ha precisado el Alto Tribunal en su Especialidad Civil, aquellos aspectos que debe acreditar precisamente quien persigue la reparación de los perjuicios, señalando en Sentencia SC282-2021 frente a este tópico:

*“(…) Dicho en forma detallada, el acreedor debe arrimar los medios suasorios que sirvan para establecer **(1) los réditos de los cuales fue privado y que fundadamente esperaba recibir, (2) que «entre la utilidad que deja de ingresar al patrimonio de la víctima y el hecho que se considera generador del daño exist[e una] relación estrecha» (SC338, 5 sep. 1988), (3) que «atendiendo al curso normal de las cosas y vistas las circunstancias del caso concreto se habrían producido de no haber ocurrido el hecho generador de responsabilidad» (SC, 4 mar. 1998, exp. n.° 4921), (4) que se afectó «un interés lícito del damnificado a percibir una ganancia» (SC, 28 feb. 2013, rad. n.° 2002-01011-01) y (5) que el deudor pudo anticipar la ocurrencia del demérito reclamado, por relucir del contrato o existir elementos objetivos que permitieran su previsión.***

¹ Corte Suprema de Justicia, T. LXVI, pag.356.

(...)

“La previsibilidad, como ya se anticipó, «consiste en identificar lo que pudo razonablemente prever una persona normalmente diligente como consecuencias del incumplimiento en el curso ordinario de las cosas y conforme a las circunstancias peculiares del contrato, tales como la información revelada por las partes (...)”. (Subraya y Negrilla de la Sala).

Bajo el panorama descrito, para responder a lo dicho por el apelante, debe indicar la Sala que, si la fuente de responsabilidad es el incumplimiento al deber de información, del que surgió la suscripción de la afiliación, y siendo **el dolo la intención manifiesta y maliciosa de querer transgredir un interés jurídico ajeno, de contrariar conscientemente una obligación, lo que además debe comprobarse efectivamente, pues no es objeto de presunción**, es evidente que en el particular no aparece acreditado el dolo devenido del actuar de **PORVENIR S.A.**, ciñéndose en tal caso, el régimen de responsabilidad al de la *culpa* representada en la falta de diligencia o cuidado, imprevisión o negligencia, frente a la que solo cabe atribuir **las consecuencias o daños previstos, o que pudieren preverse para el momento de la suscripción del formulario de afiliación.**

En ese orden de ideas, la carga probatoria en el supuesto de la afiliación al RAIS y el cumplimiento del débito obligacional en cabeza de las AFP respecto de aquel acto – afiliación –, es diversa a la que corresponde probar al momento de reclamarse por el afiliado el resarcimiento del perjuicio por el incumplimiento de aquella; ello por cuanto, respecto del primer evento, se ofrece de manera pacífica la jurisprudencia, imponiendo una inversión de la carga de la prueba en razón del punto específico que corresponde demostrar, esto es, las actuaciones positivas en cabeza de la administradora de fondos de pensiones, encaminadas a asesorar e ilustrar de manera precisa al afiliado sobre las incidencias del cambio de régimen, para denotar que sí cumplió con sus obligaciones respecto del deber de información; **mientras que respecto del perjuicio ocasionado con tal omisión, allí sí queda radicada en cabeza de la parte interesada, la carga demostrativa de todos los supuestos que imponen el resarcimiento a cargo del deudor incumplido, que devenidos del actuar culposo del fondo privado (que no doloso para el asunto de marras), se circunscriben a aquellos que se previeron o que pudieron preverse para el momento del contrato.**

Y es en este punto donde se desvanece la pretensión resarcitoria del accionante, pues no cumplió con la carga que le era imponible, respecto de traer a la Litis las probanzas que dilucidaran de qué manera su situación o mejores posibilidades pensionales en el RPMPD eran previsibles para el momento de su vinculación al fondo del RAIS, **puesto que solo se ubica en el culmen de su vida laboral, para establecer allí la diferencia pensional concreta, en relación con lo que le hubiere podido corresponder en el RPMPD,** pero se itera, no acredita de qué manera ello pudo haber sido previsto al momento de celebrar el contrato de afiliación con el fondo privado.

En conclusión, la resarcibilidad del daño como aparece planteada desde la demanda - diferencia en el monto pensional que se dice hubiere obtenido en el RPMPD respecto de lo recibido en el RAIS – no se identifica con aquella situación que se exige para imponer la indemnización reclamada, y es aquella que debió preverse para el 28 de septiembre de 1999 (f. 82 Archivo 33 ED), cuando se suscribió el formulario de afiliación que perfeccionó la vinculación del actor al RAIS, situación que no quedó demostrada en este proceso, como tampoco, se itera, quedó establecido que la actitud de la AFP estuviere movida por una intención dolosa al momento del traslado, único modo de imponerle a la AFP el resarcimiento del perjuicio por el daño, fuese este previsible o no para aquel momento, siempre que sea en todo caso, consecuencia directa e inmediata de su obrar, aspectos que insiste la Sala, no fueron alegados, ni probados en el particular.

De otro parte, y haciendo abstracción del supuesto referido a la previsibilidad del daño para el momento del contrato, exigido para entrar a analizar si resulta procedente la indemnización de perjuicios a cargo de la AFP enjuiciada, en el *sub-exámene* tampoco podría predicarse que el presunto daño reclamado por el actor fuese consecuencia directa e inmediata del obrar de la enjuiciada, en tanto cabe recordar que la diferencia pensional respecto del régimen de prima media deviene del aporte estatal, pues nos encontramos en dicho régimen ante una pensión que recibe la garantía del Estado, ello por cuanto los aportes pensionales resultan, por regla general, insuficientes para financiar la prestación, lo que en el régimen de ahorro individual solo se circunscribe a la garantía de pensión mínima, y no por la actuación de la AFP, sino por disposición legal (SL3535-2021).

Una idea contraria, como lo propone la parte actora al pedir que se imponga a **PORVENIR S.A.** el reconocimiento *in natura* de la pensión en los términos del RPMPD, equivaldría a **desconocer la constitucionalidad y legalidad de ambos regímenes**, exponiéndose por la Corte Constitucional en Sentencia C-401 de 2016 que:

“(…) Aunque, como se vio, se trata de dos regímenes distintos, con características propias, no se puede dejar de lado que existen elementos en común entre ambos. Hay que destacar que los dos son desarrollo del artículo 48 de la Carta y que su razón de ser es, en últimas, garantizar el mínimo vital de la persona que ha llegado al final de su vida laboral y se encuentra en una edad en la que aumenta su vulnerabilidad, ya que se acerca a la tercera edad y, por consiguiente, a la condición de sujeto de especial protección constitucional (…).”

En esa misma dirección, consideró el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia C-956 de 2001. Reiterada en Sentencia C-789 de 2002 que:

“(…) En varias oportunidades, esta Corporación ha precisado que, teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social son complejos e incluyen diversos tipos de prestaciones, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, por lo cual, en principio no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen. Por ello, las personas vinculadas a los regímenes excepcionales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general (…).”

Así entonces, no resulta factible unificar las fórmulas para liquidar las prestaciones que se generan en ambos, además el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 es claro en indicar que el Sistema General de Pensiones está compuesto por regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten a saber, el RPMPD y el RAIS, los cuales tienen sus reglamentos que claramente permite distinguirlos.

Recapitulando, con lo planteado en esta Litis, no resulta admisible que la diferencia pensional entre uno y otro régimen, pueda constituir simple y llanamente una cuantificación del perjuicio derivado del incumplimiento contractual por parte de la AFP del RAIS, al tenerse que devenido el referido incumplimiento del actuar *culposo* de la deudora, el alcance de su responsabilidad atiende a aquel perjuicio *que se hubiere previsto, o pudiere preverse para el momento de la celebración del contrato* (artículo 1616 CC), y en ese orden, la cuantificación que propone el demandante, ubicada en la época que satisface los supuestos exigidos en el RPMPD para causar la pensión de vejez, implica su traslado a un momento posterior y tardío al del perfeccionamiento contractual, sin que de otra parte demuestre de qué manera ello pudo preverse en aquella época, soslayando así el supuesto legal requerido para asignar la pretendida responsabilidad del ente accionado.

De ahí que no sea viable acceder a la reparación del daño expuesto en la demanda, en las condiciones solicitadas.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, habrá de confirmarse la decisión estudiada, por las razones aquí expuestas. Las costas de esta instancia están a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$100.000.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la **SALA TERCERA 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,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 15 de junio de 2023, proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Las **COSTAS** de primera instancia están a cargo del demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a \$100.000.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL