

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Joel de Jesús Arboleda Arboleda
DEMANDADO	Porvenir S.A. y Colpensiones
PROCEDENCIA	Juzgado 016 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 016 2022 00193 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	Sentencia Nro. 080 de 2024
TEMAS Y SUBTEMAS	Indemnización de perjuicios por falta de información traslado al RAIS - pensionado
DECISIÓN	Revoca y absuelve

En la fecha, **veintiséis (26) de abril de dos mil veinticuatro (2024)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados: **Orlando Antonio Gallo Isaza, María Nancy García García** y como ponente **Luz Amparo Gómez Aristizábal**, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Porvenir S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Joel de Jesús Arboleda Arboleda**, en contra de esta entidad y de **Colpensiones**. Código de radicado único nacional 05001 3105 **016 2022 00193** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes de la Sala el proyecto discutido y aprobado mediante acta N°. **007**, que se plasma a continuación:

Antecedentes

De acuerdo con la orden impartida por el juzgado de conocimiento, el recurso de apelación interpuesto y aplicando el principio de consonancia, el demandante solicita que se declare patrimonialmente responsable a Porvenir S.A. de los perjuicios ocasionados por su omisión, error y falta al buen consejo. En consecuencia, pide que se le reconozca, a título de lucro cesante, la diferencia entre la mesada que habría recibido en el régimen de prima media con prestación definida y la que está percibiendo en el RAIS. Asimismo, reclama compensación por perjuicios morales debido al menor valor de la pensión y el detrimento en su calidad de vida, además de las costas.

Argumentando que cumplió 60 años el 02 de abril de 2016, se afilió al sistema pensional, extinto ISS en 1985, trasladándose al RAIS en el 2000, sin ser informado sobre las consecuencias de este cambio. Alega que empezó a recibir pensión por vejez de Porvenir S.A. en diciembre de 2018, bajo la modalidad de retiro programado, con monto inferior a la que habría obtenido en el RPMPD. Sostiene que, al descubrir el engaño del fondo privado y el impacto en sus derechos, solicitó a Porvenir S.A. y Colpensiones permitirle el retorno, pero ambos fondos rechazaron su solicitud. Además, menciona que cuenta con más de 1.700 semanas de cotización y que cumplió 62 años el 02 de abril de 2018. Que la negligencia de Porvenir S.A. le ha causado perjuicios en cuanto al valor de la mesada que está recibiendo mensualmente y la que percibiría en Colpensiones.

En auto del 27 de mayo de 2022 **se admitió** y ordenó dar trámite a la acción. Dentro del término para ello las sociedades convocadas allegaron escritos de contestación así:

Colpensiones admite la edad del actor, su afiliación al extinto ISS, su traslado al fondo privado, donde se le reconoció pensión de vejez. También es cierto el número de semanas aportadas. Los restantes supuestos o no son hechos o no le constan. **Resistió las pretensiones** y propuso como excepción previa la de falta de integración del litisconsorte necesario por pasiva con la OBP del Ministerio de Hacienda, de mérito las de: imposibilidad jurídica de declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad en caso de pensionado, inexistencia de la obligación de reconocer intereses moratorios, prescripción, compensación, buena fe, innominada o genérica e imposibilidad de condena en costas.

Porvenir S.A. reconoce la edad del señor Joel, su vinculación a esa sociedad el 17 de noviembre de 2000, y el otorgamiento de la pensión desde el 01 de diciembre de 2018, en la modalidad de retiro programado, supuesto que constituye un hecho claro e inequívoco de su voluntad de permanecer en esa administradora, y que generó una situación jurídica consolidada, un hecho consumado que no es razonable revertir o retrotraer, tal como lo señala la sentencia SL373-2021. Los demás hechos no son ciertos. **Se opuso a la prosperidad de las pretensiones** formulando excepciones tendientes a enervarlas, tales como: prescripción, enriquecimiento sin causa, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, pago, desconocimiento del propio acto, ratificación de los actos jurídicos y la genérica.

En proveído del 1 de marzo de 2023 se ordenó la integración del contradictorio con la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales en calidad de litisconsorte necesario por pasiva. Una vez notificado de la actuación, este ente procedió a dar respuesta enfrentándose a las pretensiones. En relación a los hechos, manifestó que no le constan. Presentó hechos, fundamentos y razones de defensa, indicando que no resulta legalmente válido que, luego de 4 años de

la concesión de la pensión de vejez (garantía de pensión mínima) por parte de la AFP, financiada con el monto del bono pensional pagado por la Nación – OBP, previa autorización del demandante a la AFP, y disfrutando de la misma durante el mismo lapso, pretenda desconocer abiertamente su condición de pensionado alegando “supuestos” engaños en el proceso de vinculación, mismos que quedaron “saneados” desde el momento mismo en que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez y autorizó por escrito para que el fondo pidiera el bono. Además, arguyó que la normatividad actual solo prevé la posibilidad de declarar la ineficacia para los afiliados.

Finalmente propuso las excepciones de mérito de: falta de ejercicio de la facultad de regresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones, la variación del monto de la pensión no constituye vicios del consentimiento ni causal de ineficacia, validez y eficacia del traslado de régimen no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional, la entidad ya cumplió con la emisión y redención del bono pensional y el señor Jesús es beneficiario de una pensión de vejez, situación que impide el retorno a Colpensiones.

La primera instancia concluyó con **sentencia** proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito, en cuya parte resolutive dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR que al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de perjuicios materiales a cargo de **PORVENIR S.A.** por el incumplimiento en el deber de información al momento de trasladarlo de régimen pensional acogiendo la pretensión subsidiaria.

SEGUNDO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** a pagar al demandante la suma de **treinta y un millones ochenta y ocho mil setenta y cuatro pesos (\$31'088.074)** por concepto de retroactivo pensional liquidado entre el 01 de diciembre de 2018 y el 29 de febrero de 2024, a título de LUCRO CESANTE PASADO CONSOLIDADO.

A partir del 01 de marzo de 2024 Porvenir S.A. deberá continuar cancelando a título de LUCRO CESANTE FUTURO la diferencia existente entre la mesada que está percibiendo el demandante y la que le correspondería en el RPM por un valor

de \$477.000. sin perjuicio de la diferencia respecto de la mesada adicional de diciembre y de los incrementos de Ley, debiendo reliquidar este monto anualmente, conforme los criterios del artículo 14 de la Ley 100.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones elevadas por la parte demandante señaladas en las principales y subsidiarias en relación con los perjuicios morales.

CUARTO: Se declaran **probadas** las excepciones propuestas por **PORVENIR S.A., COLPENSIONES** y el **MINISTERIO** en relación con la **Inexistencia de la obligación; Imposibilidad de declarar la ineficacia;** y se declaran NO probadas las excepciones de **PORVENIR S.A.** denominadas: **Inexistencia del daño o perjuicio, compensación** y en relación con la **buena fe** me abstengo de resolverla toda vez que no se fundamentó debidamente al momento de su proposición.

QUINTO: SE CONDENA en costas a **PORVENIR S.A.** Se fijan como agencias en derecho la suma de **CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4.000.000.),** en favor del demandante. Se ordena que por secretaría se liquiden las mismas, de conformidad con lo establecido en el Artículo 366 del Código General del Proceso.”
Resaltos dentro del texto original.

Argumentó el a quo que de acuerdo con la jurisprudencia, la ineficacia de la afiliación solo está permitida para las personas que tengan la calidad de afiliado y no pensionado, por tal, al encontrarse el actor en esta última categoría, no era posible acceder a su petición. Por lo tanto, procedió a analizar lo correspondiente a la indemnización de perjuicios, indicando que, de conformidad con las cargas probatorias, le correspondía al reclamante soportar los supuestos en los que fundamentaba sus pretensiones, encontrando que este no demostró adecuadamente el daño causado por Porvenir S.A. al reconocerle la pensión, limitándose a señalar que existía una diferencia en la mesada. No obstante, de manera oficiosa, procedió a realizar el cálculo del monto de la mesada, encontrando que esta era superior a la que venía recibiendo por parte del RAIS. Por lo tanto, consideró plenamente acreditado el daño y el nexo causal, y condenó al pago del reajuste que le hubiese correspondido en el régimen de prima media con prestación definida como indemnización plena de perjuicios.

Asimismo, aseveró que para el caso no hizo aparición el fenómeno extintivo de la prescripción, en tanto, si bien el derecho se hizo exigible el 01 de diciembre de 2018 y el actor tenía hasta el mismo día y mes de 2021 para reclamarlo, también lo era que se debía considerar y adicionarse a dicho plazo el término de suspensión generado por la pandemia, por tal, al haberse presentado la demanda el 18 de mayo de 2022, el derecho no se veía afectado por dicha figura. Detalló el cálculo de los perjuicios sufridos, incluyendo el lucro cesante pasado y futuro.

Inconforme con ello, **interpuso recurso de apelación, la apoderada de Porvenir S.A..** Para respaldar la petición de revocatoria de la decisión, arguye que la carga de la prueba recae en la parte actora, la cual no logró demostrar los perjuicios ocasionados y el daño antijurídico al no haber presentado medios de convicción, como cálculos que acreditaran los mismos. Además, cuestiona la validez de considerar las diferencias pensionales como perjuicios y critica la decisión oficiosa del despacho de tener acreditados los mismos al haber realizado la liquidación del Ingreso Base de Liquidación (IBL), ya que era deber del demandante probar los supuestos de hecho en que fundamenta sus pretensiones, desconociendo así el principio de legalidad e inescindibilidad.

Enfatiza el hecho de que el señor Joel, de manera activa, promovió el reconocimiento de su mesada pensional bajo los criterios del régimen de ahorro individual, teniendo pleno conocimiento de las reglas establecidas por el legislador en la Ley 100 de 1993, y aceptando los pagos de las mesadas pensionales sin objeción durante un largo período. Además, señala que desde 2018 conocía el monto de la prestación que recibiría, sin que pueda, ahora, desechar sus propios actos.

Finalmente, afirma que el derecho reclamado se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción, ya que el actor tardó más de tres años en

presentar su reclamación por perjuicios después de consolidarse su prestación.

De la etapa de alegaciones hicieron uso el apoderado del **demandante**, indicando que los perjuicios objeto de condena y el derecho reclamado no prescriben al causarse mes a mes. Además, aseveró que debe dársele una mirada bajo el derecho a la seguridad social, el cual es irrenunciable, y que no puede ser aplicada la normatividad civil para el caso. Afirmó que, dado que la reliquidación no se ve afectada por este fenómeno, tampoco debería desaparecer la posibilidad de reclamar perjuicios sobre una prestación que permanece vigente.

Colpensiones solicitó que se confirme la sentencia al no haber tenido ninguna injerencia en el acto de traslado realizado por el actor y en su vinculación al régimen de ahorro individual, adicional a que cuenta con una situación jurídica consolidada, como lo es el reconocimiento del derecho pensional, lo que hace improcedente el retorno.

Porvenir S.A. esgrime que, de acuerdo con lo establecido en la sentencia SL373-2021, no es procedente la declaratoria de ineficacia de la afiliación, dado que el demandante está percibiendo una mesada pensional y no es posible desconocer las consecuencias de su propio acto.

En cuanto a la causación de los perjuicios, sostiene que el actor se limitó a manifestar que estos se daban debido a la diferencia en la mesada pensional, lo cual no puede considerarse suficiente para tenerlos acreditados, en tanto, tal liquidación no depende de la voluntad de la entidad, sino de lo establecido en la Ley 100 de 1993, y fue en virtud de ello que procedió con el reconocimiento de la prestación.

Finalmente, señala que el actor está pensionado desde el 01 de diciembre de 2018, lo que implica que el plazo máximo para presentar la acción feneció el mismo día y mes de 2021. Sin embargo, la demanda se radicó el 24 de mayo de 2022, lo que significa que hizo aparición el fenómeno extintivo de la prescripción.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones

Como hechos debidamente acreditados se tienen: **la fecha de nacimiento del demandante 02 de abril de 1956**, arribando a los 62 años en igual calenda del **2018**; en toda la vida laboral hizo aportes por un equivalente a **1.677 semanas**. Con formulario suscrito el **17 de noviembre de 2000**, efectuó cambio del RMP al RAIS a través de Porvenir S.A., sociedad que con comunicación del 21 de diciembre de 2018 **le notificó la aprobación del reconocimiento de garantía de pensión mínima a partir del 1º del mismo mes, en cuantía de \$687.442,00, y en certificación del 06 de abril de 2022, se hizo saber que "actualmente se encuentra bajo la modalidad de Retiro Programado con una mesada pensional por \$1.000.000,00"**, prestación que viene percibiendo hasta la actualidad.

Atendiendo los argumentos de la recurrente y teniendo en cuenta lo debatido en el trámite, **el problema jurídico** en esta instancia consiste en establecer si hay lugar a declarar **patrimonialmente responsable a la AFP Porvenir S.A.** de los perjuicios ocasionados al demandante con ocasión del cambio de régimen pensional – prima media a ahorro individual –; y como consecuencia de ello, al pago del lucro cesante consolidado y futuro, tal y como lo dispuso el a quo, o si por el contrario la razón se encuentra de parte de la AFP demandada.

El sustento del derecho en litigio está como se expuso en la demandada y como fue corroborado por el a quo en la liquidación efectuada de manera oficiosa, en la **diferencia en el valor de la mesada que le fue otorgada en la modalidad de retiro programado en el RAIS – AFP Porvenir S.A.**, y la que le hubiere correspondido en el RPM.

De conformidad con ello, es de indicarse que si bien es cierto en la sentencia **SL373 de 2021**, la Sala de **Casación Laboral acogió el criterio de improcedencia de la ineficacia de traslado para pensionados del RAIS, por las implicaciones que en el mundo jurídico, económico y financiero conllevaría retrotraer la actuación al estado anterior**, y la posible afectación de terceros que intervienen, a título de ejemplo, en el caso de la negociación anticipada de bonos pensionales, o contratación de rentas vitalicias con aseguradoras las que son de carácter **irrevocable**, en pensiones bajo esta modalidad, también se advirtió 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. (...)"

Explicándose por la jurisprudencia especializada 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 del daño, y la oportunidad en su reclamación, esto es, que no se hubiere afectado por la

prescripción extintiva. En providencia SL591-2023 citando lo dicho en la SL1637-2022, se expone:

*"(...) 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) (...)*" Destacado intencional.

Lo anterior porque la responsabilidad que se predica es de **orden civil y de naturaleza contractual**, en la medida que el resarcimiento pretendiendo tiene su génesis en el contrato de afiliación y en el incumplimiento del deber de información por parte de las AFP, requiriéndose para su prosperidad la demostración de los elementos de aquella, ilustrados por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC397-2021, así:

"...la existencia de un contrato válidamente celebrado", [ii] "la lesión o menoscabo que ha sufrido el demandante en su patrimonio" y [iii] "la relación de causalidad entre el incumplimiento imputado al demandado y el daño causado...".

Tesis reiterada en la SC1962-2022:

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

El precepto recoge la máxima qui iure suo utitur, neminen 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)» (...).

Lo que encuentra sustento en el artículo 1.616 del Código Civil:

"(...) 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 (...).

Debiéndose entonces diferenciar el actuar **doloso**, del actuar **culposo**, pues cada uno genera unas **consecuencias diversas**, diferencia avalada por la Corte Constitucional en sentencia C – 1008 de 2010:

"(...) 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. (...)”(Negrilla de la Sala).

Planteamientos acogidos por esta misma Sala de Decisión en sentencia **033 del 29 de febrero del año en curso**, proceso con radicado único nacional 05001-31-05-**015-2021-00152**-01, analizando asunto con analogía estrecha al que aquí se debate, precisándose:

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.)”.*

Ahora, también se ha precisado por 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.º 4921), (4) que se afectó «un interés lícito del damnificado a percibir***

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

una ganancia» (SC, 28 feb. 2013, rad. n.º 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.

(...)

"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 o traslado de régimen -, 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, esto es, cernida a la 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; ... 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 otra 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-exámine* 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 **PROTECCIÓN 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.

Luego, para que prospere la indemnización por responsabilidad contractual o extracontractual, en cualquiera de sus modalidades, daño emergente, lucro cesante, perjuicios morales, fisiológicos o de vida en relación, se requiere de la prueba necesaria y suficiente del hecho, la culpa, el daño y del nexo causal entre el hecho culposo y el daño, sin que frente a tales supuestos opere la inversión de la carga de la prueba, como si ocurre con la ineficacia por falta al deber de información.

Para el caso concreto, en ninguno de los hechos de la demanda se hace alusión a las afectaciones o **perjuicio sufrido**, sin que se pueda considerar que la sola diferencia de mesada sea constitutiva del mismo, pues deducir responsabilidad patrimonial a partir de las distintas fórmulas aplicadas para liquidar la pensión de vejez en el RAIS y en RPM, **equivaldría a desconocer la constitucionalidad y legalidad de ambos regímenes,** sin que sea factible la unificación; además el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 es claro en indicar que el *Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten a saber,* el de prima

media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, gobernados el primero en los artículos 31 y ss. del citado estatuto y, el segundo a partir de los preceptos 59 y ss., con las normas que los modifican, adicionan, y reglamentan.

Razones estas que resultan suficientes para **revocar la sentencia revisada, y en su lugar absolver a Porvenir S.A. de las condenas impuestas; no obstante, también es preciso señalar atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de alzada que para el caso se encuentra superado ampliamente el termino trienal para la prescripción de la acción** para la reclamación de los presuntos prejuicios, pues la mesada fue otorgada a partir del 01 de diciembre de 2018, se formuló reclamación a Porvenir S.A. el 31 de marzo de 2022 –Pdf 3, pág 37 y 38, y se presentó demanda el 18 de mayo de 2022, ello conforme al artículo 151 del C. P. T. y de la S.S., que a la letra reza:

Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Y lo establecido en la sentencia **SL053-2022**, en la que textualmente expresó:

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

Y si bien no se desconoce que mediante el Decreto 564 de 2020 publicado en el diario oficial nº 51.286 de 15 de abril de 2020, el presidente de la República *"en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994"* en su artículo 1ª dispuso:

Suspensión de términos de prescripción y caducidad. Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial *o procesal* para ejercer derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la Rama Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de días, meses o años, se encuentran suspendidos desde el **16 de marzo de 2020** hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales.

El conteo de los términos de prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, cuando al decretarse la suspensión de términos por dicha Corporación, el plazo que restaba para interrumpir la prescripción o hacer inoperante la caducidad era inferior a treinta (30) días, el interesado tendrá un mes contado a partir del día siguiente al levantamiento de la suspensión, para realizar oportunamente la actuación correspondiente. (resaltos fuera del texto original).

Decreto que en su integridad fue demandado por inconstitucionalidad, emitiéndose sentencia por parte de la Corte Constitucional el 1º de julio de 2020 en la que *"EXEQUIBLE [...] salvo la expresión "y caducidad", prevista en el parágrafo de su artículo 1º, que se declara INEXEQUIBLE"*, y en la que señaló frente a la *"Suspensión de términos de Prescripción"*, que:

[...] esta Sala considera que, en virtud del alcance de la medida contenida en el artículo 1º del decreto, mediante la cual se pretende cobijar cualquier norma de carácter sustancial o *procesal* que exista en el ordenamiento jurídico, en donde se prevean términos de prescripción o de caducidad, el Gobierno Nacional no se encontraba en la obligación de identificar de manera exhaustiva ni de motivar, de manera individualizada, cómo cada una de dichas normas legales era incompatible con las medidas necesarias para afrontar la emergencia. Sin embargo, la parte motiva del decreto expone las normas legales más importantes, que prevén términos de prescripción y de caducidad. En tal sentido, la motivación expuesta en el decreto ilustra con precisión que de no suspenderse la legislación ordinaria respecto de dichos términos, los usuarios del sistema judicial verían afectados sus derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, particularmente, en razón de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio y de la suspensión de términos judiciales

decretada por el CSJ, teniendo en cuenta que, la vigencia de las normas que prevén términos de prescripción o de caducidad, hubieren generado la pérdida de derechos sustanciales o la extinción de la posibilidad de acudir a la justicia, en razón de circunstancias que entraban la oportuna agencia de los derechos en sede judicial.

Y que el Consejo Superior de la Judicatura expidió los Acuerdos PCSJA-11517-2020, PCSJA20-11518 -2020, PCSJA-1151 2020, PCSJA-11521-2020, PCSJA20-1152- 2020, PCSJA-11527 -2020, PCSJA-11528-2020, PCSJA-115292020, PCSJA-11532 2020, PCSJA-11546, PCSJA-11549, PCSJA-11556-2020 y PCSJA-11567 -2020, mediante los cuales suspendió los términos judiciales a **partir del 16 de marzo de 2020** por motivos de salubridad pública y fuerza mayor con ocasión de la pandemia de la COVID-19, y, posteriormente, a través del Acuerdo PCSJA-11581 del 27 de mayo de 2020, levantó los mismo a **partir del 1º de julio de 2020**.

Lo cierto es que el derecho fue reconocido el 01 de diciembre de 2018, lo cual implicaba que la demandada debió radicarse, en principio, hasta el mismo día y mes de 2021. Sin embargo, con ocasión de la expedición del Decreto 564 de 2020, que suspendió la prescripción, los derechos quedaron protegidos por esa garantía por el período comprendido entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2020, por lo tanto, el pretensor tenía la oportunidad de presentar reclamación o demanda hasta el 16 de marzo de 2022, empero, la petición elevada a la demandada se dio el 31 de marzo del mismo mes y la acción se incoó el 18 de mayo del mismo año, por tal, dicho derecho de vio afectado por el fenómeno extintivo.

En lo atinente a los argumentos de imprescriptibilidad **del derecho pensional** expuesto en los alegatos de conclusión, ilustrativo resulta lo explicado en sentencia **SL1465-2023**, en la que al decidir asunto idéntico al ahora analizado, se precisó:

Ahora, es cierto que el derecho pensional no prescribe, como lo dice la censura, pues el artículo 48 de la Constitución Política les otorga a los derechos subjetivos emanados de la seguridad social el carácter de irrenunciables, lo que significa que pueden ser reclamados en cualquier momento y, por ende, no se afectan por el transcurso del tiempo.

En tal sentido, esta corporación de antaño ha explicado que el derecho a reclamar la pensión es imprescriptible, dado su carácter vitalicio y, por tanto, puede demandarse en cualquier tiempo. En sentencia CSJ SL, 6 feb. 1996, rad. 8188, reiterada en CSJ SL11428-2016, explicó:

...la acción que se dirija a reclamar esa prestación [pensión de jubilación] puede intentarse en cualquier tiempo, mientras no se extinga la condición de pensionado, que puede suceder por causa de la muerte de su beneficiario. "Del estado de jubilado se puede predicar su extinción, mas no su prescripción", dijo la Corte (Cas., 18 de diciembre de 1954). También la ley tiene establecido que la prescripción es un medio de extinguir los derechos, con lo cual los efectos de ese medio extintivo de las obligaciones no comprenden los estados jurídicos, como el de pensionado.

De esa manera, la evolución de la jurisprudencia ha señalado que aspectos tales como, el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los extremos temporales para determinar el IBL, la actualización de la pensión, el derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales y la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, no se extinguen por el paso del tiempo, pues constituyen aspectos inherentes al derecho pensional. Así se explicó en decisión CSJ SL4559-2019:

No obstante, cabe resaltar que ciertos derechos de la seguridad social, importantes para el tejido social, como son las pensiones de vejez, sobrevivencia e invalidez, son imprescriptibles. Así, se desprende del artículo 48 de la Constitución Política, cuyo texto le otorga a los derechos subjetivos emanados de la seguridad social el carácter de irrenunciables, lo que significa que pueden ser justiciados en todo tiempo.

De esta manera, esta Corporación ante renovados y sólidos argumentos ha señalado que aspectos tales como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la pensión, el derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales y la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, no se extinguen por el paso del tiempo, pues constituyen aspectos ínsitos al derecho pensional (CSJ SL 23120, 19 may. 2005; CSJ SL 28552, 5 dic. 2006; CSJ SL 40993, 22 en. 2013; CSJ SL6154-2015, CSJ SL8544-2016, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Así, al ser la seguridad social un derecho subjetivo de carácter irrenunciable, es exigible judicialmente ante las personas o entidades obligadas a su satisfacción. Luego, es una prerrogativa que no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular, como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades.

No obstante, debe precisarse que la imprescriptibilidad del derecho pensional no resulta aplicable al presente asunto. Ello por cuanto la

súplica condenatoria subsidiaria, frente a la cual el colegiado estimó que había operado la prescripción, no fue el derecho pensional en sí mismo, sino la indemnización de perjuicios.

En efecto, en la demanda inaugural como pretensión subsidiaria condenatoria se reclamó: «Que se condene a Protección S. A. a reconocer y pagar a título de indemnización de perjuicios la pensión de vejez en la cuantía que la señora NORA DEL SOCORRO MONTOYA PÉREZ hubiese recibido si estuviera en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES» (la Corte resalta).

El hecho de que la parte actora tomara como factor de referencia para calcular la indemnización por los perjuicios causados, la pensión de vejez en la cuantía que le hubiera correspondido en el RPM, en modo alguno comporta que lo pretendido fuera el derecho a la pensión o su reliquidación, puesto que claramente lo que allí reclamó fue la indemnización de los perjuicios derivados del daño causado con ocasión del traslado de régimen pensional y no un derecho pensional en sí mismo considerado, como ahora lo quiere hacer ver en el cargo.

En efecto, una cosa es la consolidación del derecho pensional y otra, la consecuencia resarcitoria generada por el incumplimiento de los deberes de la AFP respecto de quien obtuvo la pensión en el RAIS. De esa manera, lo que se aprecia es que, con el planteamiento de la censura se varía la naturaleza de la pretensión deprecada de manera subsidiaria.

Puntualizado lo anterior, la Corte no advierte yerro jurídico del colegiado en la interpretación de las normas que regulan la prescripción, en tanto que, tratándose de la indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento de los deberes de la AFP, sí opera la prescripción, la cual se cuenta desde cuando se obtiene la calidad de pensionado, en la medida que ese es el momento en que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud. Negrillas intencionales.

Sin costas en esta instancia al no haberse causado, en primera a cargo del pretensor.

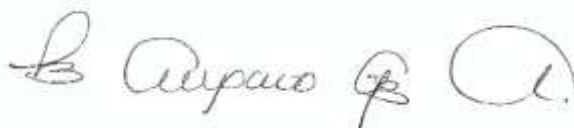
En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **revoca los numerales primero, segundo, tercero y quinto de la sentencia** proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Joel de Jesús Arboleda Arboleda**, contra la **AFP Porvenir S.A. y Colpensiones**, donde se llamó como litisconsorte necesaria por pasiva a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito

Público – Oficina de Bonos Pensionales, para en su lugar absolver a Porvenir S.A. de las condenas impuestas. En lo demás se confirma.

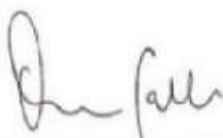
Sin costas en esta instancia al no haberse causado, en primera a cargo del pretensor.

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO, que se fijara por secretaria por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados (firmas escaneadas)



LUZ AMPARO GÓMEZ ARITIZABAL



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA