

TEMA: INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS - 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. / **CARGA DE LA PRUEBA** - Cumple relieves que la regla jurisprudencial que determina la inversión de la carga de prueba en virtud de la cual se declara la ineficacia de la selección o traslado de régimen pensional, no puede extrapolarse a la responsabilidad civil analizada en este caso puntual. / **PRESCRIPCIÓN**- Debe ser reclamada la indemnización de perjuicios, dentro de los tres (3) años siguientes al momento en que adquirió el estatus de pensionado.

HECHOS: El señor Emilio Rodas Camacho instauró demanda ordinaria laboral pretendiendo se declare que la AFP Protección S.A. incumplió con el deber de información durante el traslado al Régimen de Ahorro Individual, lo que lo llevó a percibir una mesada pensional inferior a la que le habría correspondido en el Régimen de Prima Media, y en razón de ello, le asiste la responsabilidad patrimonial de resarcirle los perjuicios ocasionados. El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 15 de enero de 2024, negó las pretensiones formuladas por el señor Emilio Rodas Camacho contra la AFP Protección S.A.; declaró probada la excepción de prescripción; y condenó en costas al demandante, en favor de la entidad demandada. Debe determinar la Sala: ¿Si la indemnización de perjuicios reclamada por el señor Emilio Rodas Camacho se extinguió por el simple transcurso del tiempo, o si la misma es imprescriptible por estar íntimamente ligada al reconocimiento de la prestación pensional?

TESIS: (...) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene por sentado que quienes ostentan la calidad de pensionados, y se sientan afectados con el traslado de régimen pensional, pueden demandar la referida indemnización a cargo de la administradora de pensiones que incumplió su deber de información: “Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora. El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados” (...). No existe duda para la Sala de que la responsabilidad a cargo de los fondos privados que incurren el incumplimiento del deber de información es de carácter civil y de naturaleza contractual, de manera que, aunque la competencia se extienda a la justicia laboral, por tener como causa originaria un asunto de la seguridad social, los elementos bajo los cuales debe analizarse la misma, corresponden a los que tiene adocotrados la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, a saber: “La responsabilidad civil contractual exige demostrar los siguientes elementos: (i). La existencia de un contrato valido; (ii); El incumplimiento - doloso o culposo- de la otra parte; (iii). El perjuicio; (iv). El nexo causal, en una relación de causa y efecto, entre el proceder de la convocada y las consecuencias que ello le produjo en el plano patrimonial o inmaterial; y (v). La mora, supuesto que variará, en cada evento, dependiendo de la clase de prestación insoluta” (CSJ SC1962-2022). (...) Adicionalmente, cumple relieves que la regla jurisprudencial que determina la inversión de la carga de prueba en virtud de la cual se declara la ineficacia de la selección o traslado de régimen pensional, no puede extrapolarse a la responsabilidad civil analizada en este caso puntual, porque la misma lo que se permite imponer al

fondo privado las consecuencias jurídicas adversas ante la ausencia de prueba de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado de régimen pensional, y de la información brindada por el fondo privado al potencial afiliado, mientras que la indemnización plena de perjuicios, exige inexorablemente que el promotor del proceso asuma la carga probatoria de demostrar los elementos que configuran la citada responsabilidad, esto es, la conducta dolosa o culposa de la AFP, el daño ocasionado, y su nexo causal.(...) En glosa de todo lo anterior, la Sala mayoritariamente colige que la ausencia de prueba de la responsabilidad contractual en cabeza de la AFP Protección S.A., impide que pueda imponerse una condena, a título de indemnización de perjuicios, insistiendo en que, si bien, para obtener la declaratoria de ineficacia, al pretensor le es suficiente afirmar el incumplimiento al deber de información para que se le traslade a la AFP la responsabilidad de demostrar que cumplió con el mismo, para obtener una indemnización de perjuicios por responsabilidad civil, derivada del contrato de afiliación, se requiere inexorablemente que el promotor del proceso asuma la carga probatoria de demostrar los elementos que configuran la citada responsabilidad.(...) al tenor de la regla fijada por la jurisprudencia, se concluye que al señor Emilio Rodas Camacho, ante la presunta vulneración o trasgresión del derecho de libre escogencia del régimen pensional por parte de la AFP Protección S.A., por el supuesto incumplimiento del deber de información cuando se produjo el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, en efecto, le asistía el derecho a reclamar la indemnización total de perjuicios a cargo del fondo privado, indemnización que sufre los efectos extintivos del fenómeno de la prescripción, sino se reclama dentro de los tres (3) años siguientes al momento en que adquirió el estatus de pensionado.(...) Y aunque la indemnización total de perjuicios en favor del pensionado podría consistir en ordenar "... el pago a cargo de la AFP de la diferencia entre la prestación reconocida en el RAIS y aquella que hubiese tenido en el RPMPD, esto es, imponer el pago de una renta periódica en los mismos términos en que lo habría hecho el régimen de prima media con prestación definida, tanto para el pensionado como para sus potenciales beneficiarios, ordenando compensar o restituir todo aquello a lo que haya lugar" (CSJ SL3535-2021), ésta sola circunstancia no determina que la reparación del daño esté íntimamente ligada con el reconocimiento y pago de una prestación pensional de carácter irrenunciable e imprescriptible, o que corresponda, en sentido estricto a la reliquidación de la misma prestación.

M.P. SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

FECHA: 23/02/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



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

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-016-2021-00460-01
Demandante: Emilio Rodas Camacho
Demandadas: AFP Protección S.A.
Asunto: Apelación de Sentencia
Procedencia: Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Indemnización de los perjuicios derivados del acto jurídico de traslado de régimen pensional

Medellín, febrero veintitrés (23) de dos mil veinticuatro (2024)

En la fecha anotada, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y aprobado el proyecto propuesto por la magistrada ponente, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, respecto de la sentencia proferida el 15 de enero de 2024 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por Emilio Rodas Camacho contra la AFP Protección S.A., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-016-2021-00460-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor Emilio Rodas Camacho instauró demanda ordinaria laboral pretendiendo se declare que la AFP Protección S.A. incumplió con el deber de información durante el traslado al Régimen de Ahorro Individual, lo que lo llevó a percibir una mesada pensional inferior a la que le habría correspondido en el Régimen de Prima Media, y en razón de ello, le asiste la responsabilidad patrimonial de resarcirle los perjuicios ocasionados.

Consecuentemente, pretende el reconocimiento y pago indexado del mayor valor existente entre la mesada reconocida por el fondo privado, y la que habría correspondido al cargo del fondo público, teniendo en cuenta el promedio de lo devengado durante toda la vida, o en los últimos diez (10) años.

Los supuestos fácticos que apoyan las pretensiones antes descritas se sintetizan en que el señor Emilio Rodas Camacho nació el 15 de julio de 1943, y se trasladó a la AFP Protección S.A. en el año 1997, sin haber recibido información sobre las ventajas y desventajas que le produciría trasladarse de régimen, los requisitos que debía acreditar para acceder a la pensión de vejez en el fondo privado, y la pérdida del régimen de transición del que era beneficiario por tener más de 40 años de edad y 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que le permitiría pensionarse bajo el amparo del Decreto 758 de 1990.

Adujo que para el año 2003 devengaba una mesada de \$564.742, pero si hubiera permanecido afiliado al Régimen de Prima Media, habría causado una mesada de \$1.585.453, con el promedio de todo el tiempo cotizado, o de \$1.437.599, con el promedio de los últimos diez (10) años, evidenciándose con ello el perjuicio ocasionado (doc.03, carp.01).

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada judicial legalmente constituido, la **AFP Protección S.A.** asintió que el señor Emilio Rodas Camacho

nació el 15 de julio de 1943, se afilió a la entidad el 16 de marzo de 1997, y fue pensionado por vejez desde el año 2000, bajo la modalidad de retiro programado, con una mesada de \$580.606 para el año 2003, prestación que viene percibiendo desde que tenía 57 años de edad, y por más de veinte (20) años

Aseveró que el demandante recibió información amplia, adecuada, suficiente, clara, comprensible, precisa, detallada, objetiva e integral respecto de las características propias de cada régimen pensional, para que de manera libre e informada seleccionara el más conveniente, según sus condiciones personales; y que el actor solicitó anticipadamente el reconocimiento de la pensión de vejez, ratificando su decisión de permanecer inmerso en el Régimen de Ahorro Individual.

De consiguiente, resistió la prosperidad de las pretensiones excepcionando de mérito cumplimiento de las obligaciones en cabeza de la AFP; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; culpa del demandante; prescripción; compensación y pago; falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal; y la excepción innominada o genérica (doc.05, carp.01)

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 15 de enero de 2024, negó las pretensiones formuladas por el señor Emilio Rodas Camacho contra la AFP Protección S.A.; declaró probada la excepción de prescripción; y condenó en costas al demandante, en favor de la entidad demandada (doc.16, carp.01).

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial del señor **Emilio Rodas Camacho** interpuso el recurso de alzada, en procura de que se revoque el fallo de primer grado, y en su lugar, se acojan las pretensiones de la demanda, sustentando que el derecho a la pensión de vejez es irrenunciable e imprescriptible, y que el perjuicio económico causado por

el incumplimiento a deber de información, relacionado con la diferencia existente entre el valor de la pensión reconocida en el Régimen de Ahorro Individual, y la que se habría causado en el Régimen de Prima Media, no es otra cosa que el justo pago de dicha prestación, el cual simplemente se reconoce a título de indemnización, pero que en sentido estricto corresponde a una reliquidación, respecto de la cual ya se ha predicado su imprescriptibilidad; y porque el pago de la obligación reclamada es de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, habiéndose afectado por la prescripción únicamente el mayor valor que no se reclamó dentro del término trienal establecido para las acreencias de orden social (desde el minuto 00:45:35, doc.13, carp.01).

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión, el poderhabiente judicial del señor **Emilio Rodas Camacho** insistió en que la AFP Protección S.A. le generó un perjuicio a su representado, al trasladarlo al Régimen de Ahorro individual mediante engaños, y reconocerle una pensión de vejez deficitaria respecto de la que habría causado en el Régimen de Prima Media en caso de no haberse trasladado; que dicho perjuicio debe ser indemnizado mediante el reconocimiento del mayor valor dejado de percibir sobre el monto de la pensión de vejez; y por ello, la indemnización peticionada es imprescriptible, ya que corresponde al reajuste de la prestación pensional como obligación social periódica o de tracto sucesivo y de carácter vitalicio (doc.03, carp.02).

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

La competencia de esta Corporación está dada por los puntos que fueron objeto de apelación por el señor **Emilio Rodas Camacho**, entendiéndose que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, y los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que

modificaron los artículos 15 y 66A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad social, respectivamente.

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN LA PRIMERA INSTANCIA

Los siguientes supuestos fácticos no son objeto de controversia:

- Que el señor Emilio Rodas Camacho nació el 15 de julio de 1943(págs.22-23, doc.03, carp.01); se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 01 de septiembre de 1971 (págs.105-110, doc.05, carp.01); y se trasladó a la AFP Protección S.A. el 16 de marzo de 1997 (pág.102, doc.05, carp.01)

- Que el 04 de julio del 2000 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez (págs.123-130, doc.05, carp.01), prestación que la AFP Protección S.A. le reconoció mediante la Resolución 2000-2210 del 15 de agosto del 2000, bajo la modalidad de retiro programado, con una mesada inicial de \$450.865, a partir del 04 de julio del mismo año (págs.131-133, doc.05, carp.01), la cual, para el año 2022, ascendía al valor de \$1.650.508 (pág.134, doc.05, carp.01).

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si la indemnización de perjuicios reclamada por el señor Emilio Rodas Camacho se extinguió por el simple transcurso del tiempo, o si la misma es imprescriptible por estar íntimamente ligada al reconocimiento de la prestación pensional?

2.4.- TESIS DE LA SALA

El problema jurídico planteado se resuelve bajo la tesis según la cual la indemnización de los perjuicios derivados del acto jurídico de traslado de régimen pensional, conforme a lo adocinado por la jurisprudencia nacional, prescriben

trascurridos tres (3) años desde el momento en que el afiliado adquiere el estatus de pensionado, siendo que los mismos no son inherentes al derecho prestacional, que ciertamente ostenta la condición de imprescriptibilidad. De consiguiente, el fallo desestimatorio de primer grado será **confirmado**.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

En el caso concreto, se encuentra establecido que el señor Emilio Rodas Camacho se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., en la fecha 16 de marzo de 1997, según se extrae de los formularios de afiliación y del certificado SIAFP incorporados al plenario (págs..102, 103, doc.05, carp.01, respectivamente).

No obstante, los referidos documentos no dan cuenta de la información brindada al accionante previo a que se surtiera el acto jurídico del traslado, tal y como lo ha

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

Además, del interrogatorio practicado al demandante no se deriva prueba de confesión, en tanto que el mismo indicó que se trasladó la AFP Protección S.A. porque en el año 1997 le dijeron que el Seguro Social se acababa; que no le informaron sobre las modalidades pensionales del nuevo régimen, ni sobre cómo funcionaba éste; que no se sintió presionado por parte del asesor; que solicitó el reconocimiento anticipado de la pensión para poder sostener a su familia, pero el perjuicio fue peor porque la pensión no le alcanza para mucho; y que solo presentó la demanda en el momento en el que empezó a sentir que no le alcanzaba para casi nada (desde el minuto 00:19:20, doc.13, carp.01).

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

2.5.2.- De la indemnización de perjuicios derivados del acto jurídico de traslado de régimen pensional

Ahora bien, teniendo en cuenta que el señor Emilio Rodas Camacho fue pensionado por la AFP Protección S.A. mediante la Resolución 2000-2210 del 15

de agosto del 2000 (págs.131-133, doc.05, carp.01), y que la única pretensión incoada fue el reconocimiento de la indemnización de perjuicios, esto es, no se petició la ineficacia de la afiliación (doc.03, carp.01), cumple memorar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene por sentado que quienes ostentan la calidad de pensionados, y se sientan afectados con el traslado de régimen pensional, pueden demandar la referida indemnización a cargo de la administradora de pensiones que incumplió su deber de información:

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

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

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

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

Ahora bien, como la indemnización de perjuicios pretendida por el señor Emilio Rodas Camacho proviene del incumplimiento al deber de información por parte de la AFP Protección S.A., y nace del contrato de afiliación celebrado entre las partes, debió acreditarse el dolo por parte del fondo privado como “... *la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*” (artículo 63 del CC), esto es, el incumplimiento consiente y voluntario, revestido de mala fe, con la intención de causarle daño al afiliado.

Pero como no se acreditó el dolo de la AFP Protección S.A., el referido fondo privado solo tendría que responder por los daños que eran previsibles al momento de la suscripción del contrato, conforme a lo previsto en artículo 1616 del Código Civil, sin embargo, tampoco fue acreditado que el reconocimiento de una mesada pensional deficitaria respecto del monto que le habría correspondido en el Régimen de Prima Media, fuera previsible para el 16 de marzo de 1997, cuando se suscribió el contrato de afiliación.

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

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

Entonces, cualquier cálculo o aproximación a ese valor de mesada pensional, constituiría simple especulación, en cualquiera de los regímenes, máxime si se tiene en cuenta que para la fecha del traslado, a la demandante le faltaban más de 28 años para arribar a la edad mínima pensional en el régimen de prima media, tan solo contaba con 445 semanas cotizadas, esto es, menos de la mitad del tiempo requerido en ese momento para la causación de la pensión en el mismo sistema, que se incrementó con la reforma introducida por la Ley

797 de 2003, requiriendo un mínimo de 1300 semanas en el régimen de prima media a partir del año 2015; y, no tenía ningún tipo de expectativa frente al régimen de transición pensional previsto en la Ley 100 de 1993.

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

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

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

Adicionalmente, el monto de la pensión de vejez que ofrece uno y otro régimen, no vulnera los derechos fundamentales del demandante, siendo que el mismo tiene

garantizada la cobertura de la contingencia, tal como lo señaló la Corte Constitucional:

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

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

2.5.3.- De la prescripción del derecho a la indemnización de perjuicios

Adicionalmente, cumple destacar que el artículo 2512 del Código Civil define la prescripción como “... un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”; en paralelo, el artículo 2535 ibídem preceptúa que “La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones”.

De manera especial, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, establece la regla general de prescripción en materia del derecho de trabajo y la seguridad social:

“ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

Así mismo, desde la óptica procesal, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, prevé el mismo término de tres años, para la extinción de la acción:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCIÓN. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Sin embargo, memórese que el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que *“El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente”.*

Finalmente, y en lo concerniente al derecho de libre elección de régimen pensional respecto de quienes tienen consolidada la calidad de pensionados, la jurisprudencia tiene adoctrinado:

“Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo anterior), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar

a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.

(...)

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.

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, reiterada, entre muchas otras, en las Sentencias SL3535-2021, SL3707-202, SL5169-2021, SL3871-2021, SL5653-2021, SL5704-2021, SL5174-2021, SL5172-2021, SL655-2022, SL1108-2022, SL1113-2022, SL2480-2022, SL1577-2022, SL2160-2022, SL591-2023, SL1242-2023, SL1513-2023 y SL1803-2023).

Así las cosas, y al tenor de la regla fijada por la jurisprudencia, se concluye que al señor Emilio Rodas Camacho, ante la presunta vulneración o trasgresión del derecho de libre escogencia del régimen pensional por parte de la AFP Protección S.A., por el supuesto incumplimiento del deber de información cuando se produjo el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, en efecto, le asistía el derecho a reclamar la indemnización total de perjuicios a cargo del fondo privado, indemnización que sufre los efectos extintivos del fenómeno de la prescripción, sino se reclama dentro de los tres (3) años siguientes al momento en que adquirió el estatus de pensionado.

En el sub judice, está demostrado que el señor Emilio Rodas Camacho fue pensionado por el riesgo de la vejez, por la AFP Protección S.A., mediante la Resolución 2000-2210 del 15 de agosto del 2000, bajo la modalidad de retiro programado, con efectos retroactivos desde el 04 de julio del mismo año (págs.131-133, doc.05, carp.01), y que únicamente solicitó la indemnización total de perjuicios con la presentación de la acción judicial de la referencia, radicada el 03 de noviembre de 2021 (doc.02, carp.01), calenda para la que habían transcurrido veintiún (21) años, dos (2) meses y diecinueve (19) días, desde la *fecha de exigibilidad de la pretensión de indemnización* (SL373-2021), superando con creces el término trienal que extingue el derecho a la indemnización total de perjuicios, en los términos previstos en la premisas normativas y jurisprudenciales descritas en las líneas que anteceden.

Y aunque la indemnización total de perjuicios en favor del pensionado podría consistir en ordenar “... *el pago a cargo de la AFP de la diferencia entre la prestación reconocida en el RAIS y aquella que hubiese tenido en el RPMPD, esto es, imponer el pago de una renta periódica en los mismos términos en que lo habría hecho el régimen de prima media con prestación definida, tanto para el pensionado como para sus potenciales beneficiarios, ordenando compensar o restituir todo aquello a lo que haya lugar*” (CSJ SL3535-2021), ésta sola circunstancia no determina que la reparación del daño esté íntimamente ligada con el reconocimiento y pago de una prestación pensional de carácter irrenunciable e imprescriptible, o que corresponda, en sentido estricto a la reliquidación de la misma prestación.

De consiguiente, la sentencia de primera instancia será confirmada en cuanto declaró probada la excepción de prescripción respecto de la indemnización total de los perjuicios que se hubieren derivado del acto jurídico de traslado de régimen pensional, por el incumplimiento del deber de información a cargo de la AFP Protección S.A.

2.5.4.- De las costas de la segunda instancia

El numeral 1° del artículo 356 del Código General del Proceso prevé

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”.

En vista de ello, las costas de la segunda instancia estarán a cargo del señor Emilio Rodas Camacho, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación; se fijan como agencias en derecho en favor la AFP Protección S.A. la suma de \$1.300.000, que corresponde a un (1) SMLMV, conforme a lo reglamentado por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016.

3.- DECISIÓN

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

FALLA:

1.- Se **CONFIRMA** la sentencia proferida el 15 de enero de 2024 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por Emilio Rodas Camacho contra la AFP Protección S.A.

2.- Costas en esta instancia a cargo Emilio Rodas Camacho; las agencias en derecho en favor de la AFP Protección S.A. se fijan en la suma de \$1.300.000.

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

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3º literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad

Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,



SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE



LUZ PATRICIA CALLE QUINTERO



DIEGO FERNANDO SALAS RONDON

(Aclara voto)



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

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-016-2021-00460-01
Demandante: Emilio Rodas Camacho
Demandadas: AFP Protección S.A.
Asunto: ACLARACIÓN DE VOTO.

En el caso puesto a consideración de la corporación, el señor Emilio Rodas Camacho, pretendió que se declare que la AFP Protección S.A. incumplió con el deber de información durante el traslado al Régimen de Ahorro Individual, lo que lo llevó a percibir una mesada pensional inferior a la que le habría correspondido en el Régimen de Prima Media, y en razón de ello, peticionó la responsabilidad patrimonial de resarcirle los perjuicios ocasionados.

Se halló en el estudio efectuado en la sentencia que, la indemnización de los perjuicios derivados del acto jurídico de traslado de régimen pensional, prescribió transcurridos tres (3) años desde el momento en que el afiliado adquirió su estatus de pensionado, lo cual comparto plenamente, por lo que mi disenso implica una aclaración de voto.

En efecto, en el proyecto se habla de otros temas relacionado al problema jurídico analizado, como la consecuencia que establece el art. 271 de la Ley 100 de 1993 cuando se vulnera la libertad de elección de régimen pensional, al estimar que “La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”.

Y para la Sala, el gestor del proceso se trasladó sin haber recibido la información clara, completa y comprensible sobre las implicaciones del traslado de régimen que efectuaba al de Ahorro Individual en la medida en que no existe medio de convicción a partir del cual pueda establecerse que la AFP Protección S.A. cumpliera con el deber profesional de información para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada del afiliado.

Quiere decir ello que esa primera vinculación no surtió efecto, solo que, al sobrevenir otro acto jurídico con la imposibilidad jurídica de retrotraer, como lo es el de reconocimiento pensional, se abre campo la indemnización de perjuicios, como reiteradamente lo ha expuesto la jurisprudencia.

En la providencia se habla de una responsabilidad contractual, estimo que es posible acudir a este tipo de imputación, distinguiendo el acto de afiliación al régimen privado, del acto de reconocimiento pensional. El primero recordemos, no produjo efectos jurídicos, consustancialmente carece de validez, en tanto el segundo sí produjo plenos efectos; aquel es el origen del perjuicio, que se concreta, se hace patente una vez se emite el reconocimiento pensional, lo que autoriza este tipo de acción bajo la égida de que el que cause un perjuicio a otro está llamado a indemnizarlo o repararlo integralmente (artículo 16 de la Ley 446 de 1998).

No obstante, no comparto que quien sufre el perjuicio deba demostrar el dolo de la entidad que ofrecía el traslado, ya que a voces del precepto 1604 del CC se puede responder incluso por culpa leve, correspondiendo la carga de probar la diligencia o cuidado al que ha debido emplearlo.

En virtud de ello, no podía afirmarse que *“Ahora bien, como la indemnización de perjuicios pretendida por el señor Emilio Rodas Camacho proviene del incumplimiento al deber de información por parte de la AFP Protección S.A., y nace del contrato de afiliación celebrado entre las partes, debió acreditarse el dolo por parte del fondo privado como “... la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” (artículo 63 del CC), esto es, el incumplimiento consiente y voluntario, revestido de mala fe, con la intención de causarle daño al afiliado.*

Y como la diligencia, debió ser un actuar de la entidad profesional que ofreció el traslado, la prueba de ella y del cuidado también le conciernen, conforme al canon legal antes citado, por lo que no se podía afirmar que *“Adicionalmente, cumple relieves que la regla jurisprudencial que determina la inversión de la carga de prueba en virtud de la cual se declara la ineficacia de la selección o traslado de régimen pensional, no puede extrapolarse a la responsabilidad civil analizada en este caso puntual, porque la misma lo que se permite imponer al fondo privado las consecuencias jurídicas adversas ante la ausencia de prueba de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado de régimen pensional, y de la información brindada por el fondo privado al potencial afiliado, mientras que la indemnización plena de perjuicios, exige inexorablemente que el promotor del proceso asuma la carga probatoria de demostrar los elementos que configuran la citada responsabilidad, esto es, la conducta dolosa o culposa de la AFP, el daño ocasionado, y su nexos causal.”*



DIEGO FERNANDO SALAS RONDON

Magistrado