

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO PENSIONAL - La falta o la indebida asesoría por parte de las administradoras de pensiones al momento de la elección o traslado del régimen pensiones implica la ineficacia del traslado. / **INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR INEFICACIA DE TRASLADO ENTRE REGÍMENES**- En tratándose de ciudadanos con una situación consolidada, en razón a la omisión en el deber de información, subsiste el derecho a reclamar el pago de perjuicios. /

TESIS: La posición asumida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en torno a los cientos de procesos que se han abordado su estudio buscando la nulidad o ineficacia del acto de traslado pensional ha sido unánime en indicar que la falta o la indebida asesoría por parte de las administradoras de pensiones al momento de la elección o traslado del régimen pensiones implica la ineficacia de dicho acto. Así lo sostuvo desde la sentencia hito en la línea jurisprudencial con la providencia Radicado N° 31989 de 2008 determinando en esa providencia que las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría entre un administrador experto y un afiliado lego. En ese momento explicaba la Corte que la consecuencia de tal incumplimiento era la declaratoria de la nulidad del acto jurídico de traslado, independientemente del estatus pensional del demandante. (...). (...) El referente jurisprudencial citado (CSJ SL 373 de 2021) establece que, en tratándose de ciudadanos con una situación consolidada, en razón a la omisión en el deber de información, subsiste el derecho a reclamar el pago de perjuicios: “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. (...)” Respecto a la vigencia de la oportunidad para reclamar el resarcimiento de perjuicios, la sentencia SL 373 de 2021 precisó que no se trata de una opción abierta o indefinida, sino sujeta al término extintivo de tres (3) años cuyo hito inicial de cómputo es el reconocimiento prestacional que consolida el estatus dentro del RAIS.

MP. LILIANA MARIA CASTAÑEDA DUQUE

FECHA: 16/06/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA LABORAL

Medellín, junio 16 de 2023

Radicado: 05001-31-05-019-2021-00135-01
Demandante FERNANDO LARA TODO
Demandados: AFP PROTECCIÓN
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA
Tema: INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR INEFICACIA DE TRASLADO ENTRE RÉGIMENES

La Sala Sexta de decisión, presidida por la magistrada ponente LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE e integrada por los magistrados MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA y JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ, dado el impedimento presentado por la magistrada ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, procede a emitir sentencia dentro del proceso ordinario laboral de la referencia; decisión que se emite en forma escrita atendiendo a las disposiciones del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Acreditados los presupuestos procesales y sin que se evidencien causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a emitir la presente decisión.

1. ANTECEDENTES

La demanda

Fernando Lara Todo nacido el 10 de enero de 1957, expresó que estuvo afiliado al RPM entre los meses de junio de 1977 y febrero de 1998 acumulando 605.71 semanas de cotización, migrando al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el año 1998 sin haber sido informado de las consecuencias que tal cambio le generaría, tampoco se presentó un comparativo de la mesada que tendría en uno u otro régimen, por lo que en el año 2016 habiendo acumulado 1455.14 semanas cotizadas accedió a la pensión de vejez a través de la AFP accionada con disfrute a partir del 1° de marzo de 2016 en cuantía de \$1'003.922.

Reprocha que, de haber continuado afiliado al RPM su mesada inicial sería por valor de \$1'763.419, existiendo una diferencia considerable y constante en su mesada pensional. Así las cosas, aspira se ordene a la AFP Protección a reconocer la suma de \$55'247.023 como lucro cesante consolidado al 31 de marzo de 2021 y se imponga a esta AFP el deber de seguir reconociendo la diferencia en la mesada pensional, más su indexación.

La Contestación

La AFP Protección en síntesis expuso que la decisión de migración entre regímenes fue libre, al actor se le plantearon los beneficios del RAIS y optó por estos, así se verifica en la prestación que ahora disfruta toda vez que accedió a la pensión de vejez a sus 59 años de edad, mientras que en el régimen que abandonó no habría podido beneficiarse antes de los 62 años de edad, por tanto, el cambio de régimen no generó un perjuicio al demandante.

Señaló que fue el actor quien solicitó el reconocimiento de la pensión, momento en que se le planteó el panorama de las diferentes prestaciones a las que podía acceder en el RAIS y este ratificó su voluntad de permanencia en el régimen accediendo a una pensión anticipada, condición propia del RAIS.

Como excepciones propuso la prescripción, indicando que el predicado perjuicio se causó en el año 2016, mientras que esta acción judicial data del año 2021, superándose el término de 3 años que fija la sentencia SL 373 de 2021 como extintivo para la reclamación de los eventuales daños. De igual forma propuso las excepciones de compensación, cumplimiento de las obligaciones, culpa del demandante y prejudicialidad anunciando que el actor de forma paralela adelanta una demanda con el cual pretende la declaratoria de ineficacia de traslado entre regímenes, bajo el radicado 05001-31-05-021-2019-00596-00 (archivo N° 6).

Fijación del litigio.

Dadas las particularidades de este evento, conviene indicar que de cara a las pretensiones de este trámite y la posición defensiva, en la diligencia reglada por el artículo 77 del CPTSS en la etapa de fijación del litigio se estableció que la controversia estaría enmarcada a determinar si la AFP Protección S.A causó algún perjuicio al

demandante a partir del traslado de régimen pensional del RPM al RAIS y en caso positivo, la posibilidad de imponerlos bajo el análisis de ocurrencia de la excepción de prescripción.

Se precisa que ajeno a este trámite fue la revisión y declaratoria de ineficacia del acto de traslado entre regímenes pensionales.

Sentencia de Primera Instancia.

Emitida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Medellín el 9 de diciembre de 2021, donde tras valorar la condición de pensionado en el RAIS del señor Lara Toro, señaló que no es procedente el reconocimiento de perjuicios ya que, a la fecha que se instauró la acción judicial el actor había disfrutado de la garantía pensional por más de 3 años, por lo que declaró probada la excepción de prescripción y gravó en costas a la activa.

Para arribar a tal conclusión se apoyó en las consideraciones de la sentencia de la Sala de Casación Laboral SL 373 de 2021 según la cual la condición de pensionado genera una calidad y un estatus jurídico que no es posible retrotraer, pudiéndose reclamar los eventuales perjuicios que genere haber adquirido una pensión bajo condiciones menos favorables de aquella bajo el régimen abandonado, donde la prosperidad de la condena a los perjuicios está mediada por la demostración el hecho o conducta riesgosa, el daño que debe ser cierto y un nexo causal como el vínculo entre las dos anteriores. Sin embargo, tal reclamación no es indefinida, sino sujeta a un término de prescripción, que lo es de 3 años, teniendo como hito de cómputo la data en que se accedió a la pensión en el RAIS.

Por último, señaló que la presente decisión no pende del resultado del trámite de radicado 05001-31-05-021-2019-00596 el que culminó por desistimiento.

2. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La activa insistió en la procedencia del reconocimiento de perjuicios. Señaló que fueron probados los elementos de configuración, sin que el fallador de instancia se hubiera pronunciado al respecto, debiendo el tribunal de apelación declarar su ocurrencia.

En este sentir, expuso que el hecho o conducta riesgosa fue la falta de información previa al traslado entre regímenes, el daño se mide la obtención de una mesada pensional deficitaria y el nexa causal es el obrar de la AFP que auspició y llevó a que el actor ingresara y se pensionada bajo condiciones menos favorables.

Acto seguido, indicó que la excepción de prescripción no tiene ocurrencia en tanto la decisión afecta derechos pensionales los que tienen el carácter imprescriptible, además porque se trata de efectos que se proyectan en el tiempo dada la continuidad de la afiliación con la AFP, condición que bien puede observarse con los derechos laborales los que pueden reclamarse mientras esté vigente la relación laboral. Expuso que el actor demandó a la AFP Protección en el año 2019 generando la suspensión de la prescripción, demanda que inició dentro de los 3 años posteriores al reconocimiento pensional.

3. ALEGATOS

Concedido el término que establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la pasiva presentó escrito donde señala que debe confirmarse la decisión de primera instancia dada la ocurrencia de la prescripción extintiva como tampoco se demostró la existencia de un perjuicio imputable a la AFP accionada.

4. CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, en el presente evento se encuentran por fuera de discusión los siguientes hechos:

1. Fernando Lara Toro nació el 10 de enero de 1957 (página 11 archivo N°01).
2. Realizó cotizaciones al RPM a través del extinto ISS desde junio de 1977 hasta marzo de 1995 (página 22 archivo N°02), migrando al Régimen de Ahorro individual a través de la AFP Protección, afiliación que se formalizó con el formulario suscrito el 10 de marzo de 1998 (Pág. 27 – archivo N° 2).
3. Con misiva del 12 de abril de 2016 Protección comunica al señor Lara Botero el reconocimiento de la pensión de vejez con disfrute a partir del 1° de marzo de 2016 en cuantía inicial de \$1'003.922 bajo la modalidad de retiro programado anticipado sin negociación de bono pensional (Pág. 29/30- archivo N° 2) y

4. Cumplida la edad de redención normal del bono pensional en el año 2019, la Nación pagó el cupón que le correspondía por valor de \$200'530.000, sin modificación en la mesada pensional la que para el año 2019 ascendía a \$1.140.210 y para el año 2021 en \$1.171.478 (Pág. 28 y 55 – archivo N° 6).

Así las cosas, estudiando el expediente producto del recurso de apelación presentado por la activa, corresponde a la corporación verificar la ocurrencia de los presupuestos de consolidación de los perjuicios reclamados, así como verificar la configuración de la prescripción extintiva bajo dos aristas, la condena en perjuicios como un derecho irrenunciable y asimilable a la consolidación de los derechos laborales mientras está vigente la relación laboral y la interrupción de la prescripción por la presentación de una acción judicial previa.

Empero para efectos metodológicos es pertinente realizar un recorrido por la línea de decisión respecto a las consecuencias de la falta de información cuando se trata de migración entre regímenes pensionales.

A. LA AFILIACION AL REGIMEN PENSIONAL DEBE SER LIBRE Y VOLUNTARIA

Con la creación del Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, la finalidad principal fue la de establecer un sistema pensional uniforme, al margen de la naturaleza del vínculo laboral del afiliado en armonía con la pauta Constitucional del artículo 48 en el cual la seguridad social se garantiza a todos los habitantes del territorio nacional en condiciones de igualdad.

La Ley 100 de 1993 incorporó en el sistema pensional dos regímenes solidarios que coexisten, pero excluyentes entre sí a saber el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cuya elección es libre para ciudadano dependiendo de la conveniencia que le reporte¹.

En relación con la permanencia mínima del afiliado en el régimen pensional seleccionado dispuso el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

¹ Decreto 692 de 1994. Artículo 3. “**Selección de Régimen pensional.** A partir del 1° de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen. En consecuencia deberán seleccionar uno de los siguientes regímenes:

a) Régimen solidario de prima media con prestación definida;

b) Régimen de ahorro individual con solidaridad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 100 de 1993, ninguna persona podrá estar simultáneamente afiliado a los dos regímenes del Sistema.”

“ARTÍCULO 13. Características del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

*e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, **estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años**, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado **no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.**”*

Si bien es cierto que dicha norma consagra una prohibición legal, no implica que la misma sea total ni absoluta, toda vez que siempre debe analizarse el momento del traslado de régimen pensional, para verificar si el mismo fue libre y voluntario, esto es, precedido de una información completa en la que sean explicadas y abordadas las implicaciones que conlleva esa decisión.

El objeto del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones es proteger a las personas frente a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, pues de presentarse éstos comportan la afectación de los ingresos de la persona y/o de su núcleo familiar, generando una vulneración en los derechos fundamentales del afiliado o beneficiario de forma directa o por conexidad.

Por lo anterior, resulta cardinal la elección del régimen pensional que responda a las necesidades y perfil de cada afiliado, siendo vital el papel desempeñado por las administradoras de pensiones en la información que suministran previa a su elección, en la gestión y acompañamiento que brinden al afiliado en el transcurso del trayecto pensional, así como en la fase de la definición de un derecho pensional. Por ello, para el afiliado, quien en la mayoría de los casos es lego en la materia, es trascendental esa información que suministre en la antesala de la afiliación la administradora de pensiones, de forma que el ciudadano deposita toda su confianza en esta entidad, quien tiene el deber legal de asesorarlo plenamente, como quiera que dicha decisión tiene implicaciones a corto, mediano y largo plazo sobre su futuro pensional.

Todo ello explica la importancia de la elección de régimen pensional, siendo el acto jurídico de afiliación o de traslado un asunto crítico y que debe estar revestido de la información suficiente, deber de orden legal que recae en las administradoras de

pensiones en virtud de los artículos 20, 48, 53, 78 y 335 de la Constitución Política de Colombia, el Decreto 663 de 1993 y Decreto 720 de 1994².

Del mismo modo el literal B del artículo 13³ y 271⁴ de la Ley 100 de 1993 prescribe el derecho de todo afiliado al SGP para que la elección de régimen pensional sea libre y voluntaria, la cual sólo se predica cuando el acto fue suficientemente informado, consentimiento que cuando no es perfeccionado lleva indefectiblemente a que el acto no produzca efectos, esto es, el acto se repute ineficaz.

Ese deber de información se encuentra establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico Financiero), los artículos 4, 14, 15 y 17 del Decreto 656 de 1994, así como en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, los que en suma implican para las administradoras de fondos de pensiones la obligación de: i. Estudiar el caso concreto de cada afiliado, ii. Informarle como buen experto y profesional en la materia, las condiciones favorables y desfavorables de la operación que se va a surtir, iii. acompañarlo en todo su trayecto pensional como un buen asesor a su consumidor financiero e, inclusive ha llegado la legislación a exigirles iv. Hacer un estudio comparativo con el régimen del cual proviene y al cual se dirige, es decir, todas estas normas enmarcadas en el deber de orientar al afiliado sobre las disposiciones del SGP y del régimen pensional al cual se aspira pertenecer.

² Decreto 663 de 1993. “Artículo 97. Numeral 1. Texto original. *Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.*” después a través del artículo 23 de la Ley 797 de 2003 de mantuvo este deber de información a los usuarios. Y se modificó los siguientes aspectos para profundizar aún más en este deber. El nuevo texto es el siguiente: “*Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.*”

En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios.”

³ “**ARTÍCULO 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.”

⁴ “**ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR.** 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.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.”

Para la Sala, la elección y traslado de régimen pensional es un asunto significativo en la historia pensional de un afiliado, el deber de prevenir y precaver dichas circunstancias recae sobre el asesor profesional de la AFP, asimilando la asesoría del fondo de pensiones a un consentimiento plenamente informado, de manera que, si no se brinda de forma que le permita definir claramente su expectativa pensional, el mismo no se encuentra perfeccionado.

Este asunto ha sido ampliamente abordado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, creando un precedente de hace más de quince años sobre la materia, y en cada pronunciamiento que emite la Corporación aumenta el grado de protección sobre los afiliados del SGP.

B. PRECEDENTE JUDICIAL DE LA SALA LABORAL CSJ Y LAS SUBREGLAS ESTABLECIDAS.

La posición asumida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en torno a los a los cientos de procesos que se han abordado su estudio buscando la nulidad o ineficacia del acto de traslado pensional ha sido unánime en indicar que la falta o la indebida asesoría por parte de las administradoras de pensiones al momento de la elección o traslado del régimen pensiones implica la ineficacia de dicho acto.

Así lo sostuvo desde la sentencia hito en la línea jurisprudencial con la providencia Radicado N° 31989 de 2008 determinando en esa providencia que las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría entre un administrador experto y un afiliado lego. En ese momento explicaba la Corte que la consecuencia de tal incumplimiento era la declaratoria de la **nulidad del acto jurídico de traslado**, independientemente del estatus pensional del demandante⁵.

Para el año 2014 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia varió su postura reafirmando el criterio asentado en la sentencia con radicado N° 31.989 del año 2008 en cuanto al deber que le asiste a las administradoras de pensiones de suministrar la información suficiente, adecuada y necesaria para este tipo de acto, pero varió la consecuencia jurídica asumiendo que el acto no era nulo sino ineficaz⁶.

⁵ Ver sentencias Radicación 33083 y 31314 de 2011.

⁶ Ver sentencias SL 12136 de 2014, SL- 9519 de 2015, SL 19447 de 2017, SL 17595 de 2017, SL-2372 de 2018.

Desde entonces y con el paso del tiempo, esta línea jurisprudencial se ha mantenido pacífica y se han establecido subreglas para la subsunción judicial, en las que claramente denota la posición que asume el órgano de cierre de esta especialidad en cuanto al respeto a los cánones legales y el derecho a la selección libre y voluntaria que tienen los afiliados al SGP.

C. SUBREGLAS DE LA LINEA JURISPRUDENCIAL

Frente a cada una de las argumentaciones que se han vertido en los innumerables casos que ha conocido esta Corporación la Corte ha establecido unas pautas claras a tener en cuenta:

- **SOBRE LA VALIDEZ DEL FORMULARIO DE AFILIACION:** Ha dicho la SL de la CSJ que el deber de información es ineludible, por lo que el simple consentimiento vertido en un formulario de afiliación resulta insuficiente⁷.
- **SOBRE EL ORIGEN DEL DEBER DE INFORMACION:** Destaca que el deber de información cada vez involucra un mayor nivel de exigencia a medida que se genera una conciencia de las implicaciones, derechos y deberes que comporta la afiliación al sistema general de pensiones, identificando 3 etapas de acuerdo a la normativa vigente que ha regulado y desarrolla este tema, así⁸

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

⁷ Ver sentencia SL-19447 de 2017.

⁸ Ver sentencias SL-1452 de 2019, SL 1688 de 2019.

- **INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA:** Dentro de los procesos de ineficacia de traslado, la persona alega en su demanda que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información de manera completa, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en una mejor posición de hacerlo.
Postulado que se compagina con los principios de justicia y buena fe, los que se concretan en la institución de la carga dinámica de la prueba, en la medida que las administradoras de fondos de pensiones que afirman que sí brindaron una información suficiente, cuentan también con unas mejores condiciones para demostrarlo⁹.
- **TRASLADOS HORIZONTALES EN EL RAIS:** El hecho de que una persona se haya trasladado varias veces al interior del RAIS no exime a cada administradora de pensiones de darle la información sobre los efectos y consecuencias de dicho traslado. Por tanto, brindar información a los afiliados, es un deber en cabeza de las administradoras de pensiones, que se mantiene en el tiempo y no se diluye con traslados horizontales en el mismo régimen¹⁰.
- **IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION TENDIENTE A DECLARAR LA INEFICACIA DE UN ACTO JURIDICO:** Teniendo presente que los hechos y estados jurídicos no prescriben, a diferencia de los hechos y obligaciones que con consecuencia de esa declaración la Sala ha adoctrinado que estas acciones son imprescriptibles. Por tanto, al declararse la ineficacia de traslado pensional, las implicaciones que genera tal orden, tampoco tienen vocación de prescribir pues precisamente el pronunciamiento judicial busca restablecer las cosas, al estado que se encontraban antes de la celebración del acto jurídico
- **LA INEFICIA DEL ACTO DE TRASLADO SE DECLARA A PESAR DE NO TENER EL AFILIADO REGIMEN DE TRANSICION PENSIONAL:** También ha sostenido la SL de la CSJ que radica en la AFP el deber de brindar una información oportuna y adecuada a los afiliados, independientemente de si las personas son beneficiarias del régimen de transición o no, o si están próximas a adquirir el status pensional o si se están próximas a adquirir requisitos para

⁹ Ver sentencias SL 4803 de 2021, SL1688-2019.

¹⁰ Ver sentencias SL-3349 de 2021, SI 1008 de 2021.

pensionarse, esto debido a que la omisión del deber de información se predica frente a la validez o no del acto jurídico de traslado o incluso de la afiliación¹¹.

- **INEFICACIA DEL ACTO DE TRASLADO EN SITUACION DE PENSIONADO DEL RAIS:** Finalmente, para esa corporación judicial si se acreditaba la falta de información a la hora de materializar el acto de traslado de régimen pensional, no era relevante si se encontraba ante un afiliado o pensionado del RAIS pues la declaratoria judicial buscaba devolver las cosas al estado anterior. Empero tal postura fue replanteada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el año 2021 al considerar que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, el cual no es razonable revertir o retrotraer.

En este último aspecto, el órgano de cierre de esta jurisdicción dejó claro que cuando el solicitante ha consolidado una situación dentro del Régimen de Ahorro Individual, la evaluación y determinación de la ineficacia trasciende a algunas situaciones jurídicas que se encuentran causadas jurídicamente y que por tanto deben ser respetadas, so pena de afectarse derechos de terceros que han intervenido en el proceso pensional, con graves repercusiones en el sistema de seguridad social (al respecto la sentencia SL 373 de 2021, reiterada en providencias tales como SL 2198 de 2022, SL 1798 de 2022, SL 2042 de 2022 entre otras).

Empero, el referente jurisprudencial citado (CSJ SL 373 de 2021) establece que, en tratándose de ciudadanos con una situación consolidada, en razón a la omisión en el deber de información, subsiste el derecho a reclamar el pago de perjuicios, así:

“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

¹¹ Ver sentencias SL 1688 de 2019 y SL 373 de 2020.

necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados”.

Y respecto a la vigencia de la oportunidad para reclamar el resarcimiento de perjuicios, la sentencia SL 373 de 2021 precisó que no se trata de una opción abierta o indefinida, sino sujeta al término extintivo de tres (3) años cuyo hito inicial de cómputo es el reconocimiento prestacional que consolida el estatus dentro del RAIS. Así indicó la mentada providencia: *“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. (...)”.*

5. CASO CONCRETO

Con estas premisas se descende al **caso concreto** y se verifica que por efectos de la suscripción del formulario de afiliación el 10 de marzo de 1998 el ciudadano Fernando Lara Toro abandonó las reglas del RPM e ingresó a las del RAIS, permaneciendo activo en las cotizaciones por espacio superior a 15 años, que se tradujeron en 767.43 semanas de cotización (pág 14 – archivo N° 2) y que dado su monto, más los recursos acopiados en el RPM permitieron el acceso pensional bajo las reglas del RAIS en la modalidad de retiro programado, disfrutando de la garantía pensional a partir del 1° de marzo de 2016 a sus 59 años de edad.

Ahora en cuanto a la estructuración de un perjuicio, verificado el material probatorio, concluye que no se encuentra plenamente demostrado:

Respecto al daño, el que se identifica como la obtención de una mesada pensional en cuantía inferior a la que pudiere haber causado en el RPM, la activa no realizó ejercicio probatorio alguno; ya que pese a afirmar que para el año 2016 la mesada pensional en el RPM sería por valor de \$1'763.419 (hecho 11 de la demanda) no adosó los cálculos que arrojan tal monto, además que se identifican algunas variables que impiden la concreción de una real diferencia en la mesada pensional a saber:

- Dada la fecha de nacimiento del actor el 10 de enero de 1957 no es beneficiario del régimen de transición pensional, ya que al 1° de abril de 1994 no tenía más de 40 años de edad, ni un cúmulo de cotizaciones superior a 15 años, lo que llevaría a que, dentro del RPM su pensión se consolidara bajo las reglas de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, al arribar a los 62 años de edad y un mínimo de 1300 semanas de cotización.

- La prestación concedida al demandante lo fue bajo una modalidad que permitió su concreción anticipada, esto es a partir del 1° de marzo de 2016, momento en que tenía 59 años de edad, edad que sería insuficiente para causar la pensión bajo la égida de la Ley 100 de 1993.
- El demandante dentro del interrogatorio de parte afirmó que luego de recibir la pensión de vejez por parte de Protección continuó ejerciendo actividades productivas de asesorías, lo que eventualmente habría llevado a que el demandante continuara activo en las cotizaciones al sistema pensional y ello modificara la densidad de cotización acumulada y una variación en la composición del IBL dentro del RPM.

Así las cosas, no existe un daño real, identificado ni identificable que permita establecer cuál fue el menor valor en la mesada pensional y los efectos que dada la recepción anticipada de la pensión genere un menor valor y en el balance global un eventual detrimento en los recursos del actor; por el contrario se aprecia que este se benefició por 32 meses de una renta periódica, utilizó unos recursos de forma anticipada, condición que solo es posible en el marco del RAIS.

Además. no es diáfana la responsabilidad exclusiva de la entidad accionada y por el contrario con las afirmaciones del actor en su interrogatorio se configuró una confesión respecto a su intervención en el reconocimiento pensional que ahora se predica como generador del daño.

Fue así como al ser interrogado por las condiciones que rodearon el acceso a la pensión de vejez, indicó que atendió al ofrecimiento de la AFP respecto a la posibilidad de acceder de forma anticipada a la pensión, pero respecto a su participación en tal acto jurídico, reflejó desidia y falta de diligencia, en tanto no indagó sobre la forma en que accedería a la prestación ya que tal aspecto no le generaba preocupación dada su actividad productiva en aquella data, aceptó haber suscrito el documento “carta de elección de modalidad de pensión definitivo” (Pág. 38/45 archivo N° 6) el que no se interesó en leer, confesó tener conocimiento de que en el RPM su pensión habría de esperar hasta los 62 años, lo que no ocurrió con la AFP Protección cuya prestación ha disfrutado desde marzo de 2016, beneficio que llevó a aceptar la pensión anticipada y manifestó que pese a no quedar a gusto con el monto pensional nunca presentó reclamación, solo con ocasión de los cambios en la situación económica se vio

compelido a buscar una mejora en la prestación (tiempo de la audiencia minutos 34 en adelante)

Por tanto, se verifica que el actor de forma libre aceptó acceder a la pensión de vejez que ahora tacha de deficitaria, siendo este un beneficio propio del RAIS y que de haber permanecido en el RPM no habría tenido.

En suma, sin que se pruebe la consolidación de un daño impróspera, es la pretensión de su condena.

Sin embargo, bajo un panorama hipotético que permitieran calcular la pensión conforme a las reglas de los artículos 21, 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 y compararla con aquella recibida desde el 1° de marzo de 2016, no habría lugar a concretar la condena por perjuicios en contra de Protección ya que tal acción está afectada por la prescripción extintiva de que trata el artículo 151 del CPTSS.

Al respecto no solo se remite esta corporación al referente jurisprudencial de la máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria laboral desde la sentencia SL 373 de 2021 que define el término extintivo en 3 años para el reclamo de esta pretensión so pena de su extinción, pero además porque la pretensión que ahora se discute, esto es, el resarcimiento de los perjuicios no comparte la categoría de imprescriptible de la mesada pensional y los derechos conexos a este.

Debe tenerse en cuenta que los perjuicios que se reconocen, pese a que su tasación puede tener como referente la diferencia en la mesada pensional, no hacen las veces de mesada pensional, y su consolidación, disfrute y permanencia dista de la esencia pensional. A modo de ejemplo se identifica que:

- El acceso a la pensión de vejez verifica ora la acumulación de un capital suficiente (dentro del RAIS), ora arribar a una edad y densidad de cotización mínima (en el RPM), mientras que los perjuicios cuestionados están sometido a una demostración probatoria diferencial que indaga por una conducta riesgosa, un daño cierto y actual, unos estos por un nexo causal.
- Verificado el reconocimiento de perjuicios como una suma periódica, esta no goza del beneficio de inembargabilidad que establece el artículo 134 de la Ley 100 de 1993 en tanto no es una prestación del sistema pensional.

- Tratándose de un reconocimiento intuitu persona, con la muerte del pensionado, se extingue el perjuicio irrogado, lo que no ocurre con la pensión, la que bajo la demostración de beneficiarios de cara al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, genera su transmisión.
- La financiación de los perjuicios corresponde de forma exclusiva a la entidad que generó el daño, diferente a la mesada pensional que dentro del RAIS se satisface con los recursos acopiados en la CAI, más los subsidios por garantía de pensión mínima.

La anterior lista, que solo es enunciativa, permite identificar que la compensación de perjuicios que se reconoce en los casos de personas pensionadas por el RAIS que alegan la falta de información plena para su traslado, no hace las veces de una prestación del sistema pensional y por tanto la misma no goza del atributo de la imprescriptibilidad, no goza de la característica de un mínimo irrenunciable y por tanto sometida al régimen general de extinción de las obligaciones.

Ahora, respecto al símil que realiza el recurrente al equiparar la posibilidad de acceso a la compensación de perjuicios a los derechos laborales en vigencia del vínculo, incurre en una imprecisión pues incluso en desarrollo del nexo laboral los derechos causados y no reclamados están sujetos a su desaparición por el paso del tiempo sin adelantar su reclamación, incluso para las cesantías que están intencionadas para hacerse efectivas en el desempleo, ocurrido este evento da paso al inicio del cómputo del término extintivo. Por tanto es falso que los derechos laborales gocen del carácter de imprescriptible.

En adición, la posición del ciudadano respecto a la AFP muta una vez se accede la pensión de vejez, en tanto cesa el ciclo de acumulación y da paso a la etapa de disfrute de la prestación, lo que a veces de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, genera una situación jurídica consolidada, por tanto no es posible predicar que aquello que en vigencia de la etapa de consolidación eventualmente tendría el carácter de imprescriptible, como lo es la posibilidad de adelantar la acción para obtener la ineficacia de la afiliación, se conserve en la etapa de disfrute, donde la opción para el ciudadano es la reclamación de perjuicios, los que tienen un hito identificable de aparición, esto es, el momento en que se concreta el derecho pensional e impide retrotraer los efectos de la afiliación inicial.

Como tampoco es posible predicar una interrupción del término extintivo dada la presentación de una demanda judicial anterior y que cursó bajo el radicado 05001-31-05-021-2019-00596 por cuanto esta no incluía la pretensión de resarcimiento de perjuicios y por tanto no se concretó el efecto que establece el artículo 151 del CPTSS esto es “*el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual...*” al respecto la imagen de la pretensiones que se aportó con la contestación de la demanda

PRETENSIONES

Declarativas:

PRIMERA: Que se declare la nulidad de la vinculación a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, del Sr. **FERNANDO LARA TORO**, toda vez que en la misma medió vicio del consentimiento, al no habersele puesto de manifiesto a mi representada, por parte del Fondo, sobre las consecuencias que acarrearía el traslado de régimen pensional.

SEGUNDA: Que se declare la afiliación permanente y sin solución de continuidad de mi mandante a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**, por todo el tiempo de cotización al Sistema General de Pensiones.

TERCERA: Que se declare que el Sr. **FERNANDO LARA TORO**, identificado con la cedula de ciudadanía número 70.077.721, tiene derecho a que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, le reconozca y pague la pensión de vejez.

CUARTA: Que se declare que para el reconocimiento de la pensión de vejez que le reconoció la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, del Sr. **FERNANDO LARA TORO**, AFP recibió un bono pensional cancelado por la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En consecuencia de las anteriores declaraciones, que se profieran las siguientes:

De condena:

PRIMERA: Que se condene a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A** a trasladar con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de mi mandante, junto con los rendimientos financieros y el Bono Pensional.

SEGUNDA: Que se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –** a aceptar la declaratoria de nulidad de la afiliación y a recibir de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de mi mandante, junto con los rendimientos financieros y el Bono Pensional si a ello hubiere lugar.

TERCERA: Que se condene a la **NACION - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO** a certificar el valor del Bono Pensional cancelado a favor del Sr. **FERNANDO LARA TORO** con destino a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**

CUARTA: Que se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –**, a reconocer y pagar la pensión de vejez al Sr. **FERNANDO LARA TORO**, en cuantía como mínimo de \$1.734.565, a partir del 10 de enero de 2019.

QUINTA: Que se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –**, a reconocer y pagar a favor de la demandante, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

SEXTA: En subsidio de los intereses moratorios se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –**, a reconocer y pagar a favor de la demandante, la indexación de las mesadas pensionales adeudadas.

SEPTIMA: Que se condene a lo que ultra y extra petita resulte debatido y probado en este proceso.

OCTAVO: Que se condene en Costas y Agencias en Derecho a las demandadas.

Páginas 63 y 65 archivo N° 6

En suma, toda vez que no se demostró la concreción de un perjuicio en el reconocimiento pensional por parte de Protección, al no establecerse la real diferencia en la mesada pensional, su compensación por efectos del disfrute voluntario y anticipado que tuvo el actor, condición esta última que rompió el nexo de causalidad y al haberse superado el término de 3 años desde el disfrute de la pensión y el inicio de esta acción judicial, impróspera es la reclamación de perjuicios, conclusión a la que arribó el fallador de instancia y que se confirma por esta corporación.

Resta por indicar que las costas en ambas instancias son asumidas por la parte demandante, en esta se tasan las agencias en derecho en la suma de ½ SMLMV.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

PRIMERO: CONFIRMA, aunque por razones diferentes, la sentencia proferida por el **Juzgado 19 Laboral del Circuito de Medellín** el **9 de diciembre de 2021**, por la cual se negó el acceso a los perjuicios por la migración entre regímenes pensionales, dada la ocurrencia de la prescripción extintiva y por falta de prueba de los perjuicios reclamados.

SEGUNDO: Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandante. En esta se tasan las agencias en derecho en la suma de $\frac{1}{2}$ SMLMV

Lo resuelto se notifica por Edicto.

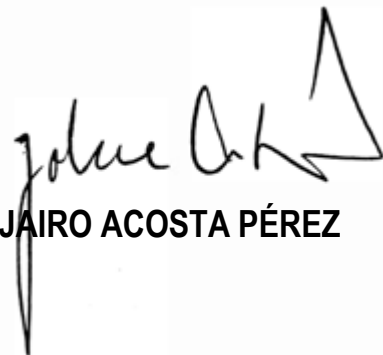
Las Magistradas,



LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la siguiente providencia:

Radicado: 05001-31-05-019-2021-00135-01
Demandante FERNANDO LARA TODO
Demandado: AFP PROTECCIÓN
Decisión: CONFIRMA
Magistrada ponente LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado hoy 20 de junio de 2023 a las 8:00 am, desfijado en el mismo día a las 5:00 Pm y se publica en la página web institucional de la Rama judicial por el término de 1 día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 idíbem. La notificación se entenderá surtida al término de fijación del Edicto

RUBEN DARIO LÓPEZ BURGOS

SECRETARIO