



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

E D I C T O

**LA SECRETARÍA DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL
DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA,**

H A C E S A B E R:

Que el veintinueve (29) de septiembre dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-004-2021-00143-01 P.T. No. 19.992
NATURALEZA: ORDINARIO
DEMANDANTE MANUEL OCTAVIO QUIÑONES CORREA.
DEMANDADO: A.F.P. PROTECCIÓN S.A.
FECHA PROVIDENCIA: VEINTINUEVE (29) DE SEPTIEMBRE DE 2023.
DECISION: **“PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 29 de abril de 2022 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia al demandante. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a favor de la demandada.”

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy cinco (5) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy nueve (9) de octubre de 2023, a las 6:00 p.m.

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DE DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

Cúcuta, Veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2.023)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2021-00143-01
RADICADO INTERNO:	19.992
DEMANDANTE:	MANUEL OCTAVIO QUIÑONEZ CORREA
DEMANDADO:	PROTECCIÓN S.A

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, sobre la sentencia del 29 de abril de 2022 que fue proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

El señor MANUEL OCTAVIO QUIÑONEZ CORREA interpuso demanda ordinaria laboral contra PROTECCIÓN S.A, solicitando que se declare que PROTECCION S.A faltó al deber de información necesaria, clara y suficiente para trasladar y afiliar al demandante del régimen de prima media al de ahorro individual y que en consecuencia sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión por lo que se le debe reconocer al demandante la reparación al daño sufrido en la cuantía de su pensión de vejez en \$48.964.250 a título de lucro cesante consolidado, equivalente a la diferencia de lo pagado con lo que habría obtenido en el fondo público (COLPENSIONES), desde octubre de 2020 hasta el 30 de abril de 2021 fecha en la que se presentó la acción y de igual forma se condene a pagar la suma de \$982.004.554 por lucro cesante futuro equivalente a la diferencia de lo que recibiría en el futuro como mesada pensional en PROTECCION con lo que habría obtenido como mesada pensional en el fondo público, desde 1 de mayo de 2021 hasta la fecha de la vida probable del señor Quiñonez.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata:

- Que mediante la resolución No. 1850 de 2021, la Superintendencia Financiera De Colombia, autoriza la fusión por absorción de la AFP ING por la AFP PROTECCIÓN, por lo que los trabajadores que tenían como entidad de pensión a ING a partir de enero de 2013 su entidad paso a ser PROTECCION S.A

- Que el señor MANUEL OCTAVIO QUIÑONEZ RICO, nació el 17 de noviembre de 1955 por lo que para la fecha de la presentación de la demanda tenía 65 años de edad.

- Que el demandante inició sus cotizaciones al régimen de prima media en agosto de 1977 y cotizó al sistema general de pensiones un total de 2034.43 semanas; en el mes de julio de 1998, el demandante fue trasladado del RPMPD al RAIS administrado por ING hoy PROTECCION S.A debido a una charla realizada en la empresa DISTRIBUIDORA SURTINORTE LTDA donde trabajaba, unos asesores les explicaron que los fondos privados fueron creados para brindarle a los afiliados al seguro social o/y las cajas, una oportunidad de cambio, dado que tanto el seguro social como las cajas de previsión social municipales y departamentales, desaparecerían porque tenían muchos problemas de corrupción por ser del gobierno

y que en cambio los fondos como el que ellos representaban, por ser privados, eran más seguros, al igual que otras ventajas que tenía el sistema era pensionarse con el promedio del último año de cotizaciones y no como era en el seguro social que era con el promedio de los últimos diez años y que su porcentaje de pensión sería hasta 90% del promedio del último año de cotización, por lo que era importante, cotizar más alto el último año.

- En dicha charla los asesores no le advirtieron sobre los aspectos negativos del cambio de régimen pensional y por el contrario se limitaron a hablar de las bondades del fondo privado, por lo que bajo estas expectativas el demandante tomo la decisión de aceptar el traslado, pues las condiciones económicas que le ofrecían eran muy superiores, resalta que el fondo no le informó respecto que se aproximaba el límite legal para decidir si continuaba o no en el fondo privado.

- Actualmente, el demandante se desempeña como comerciante y debido a la pandemia que azotó al mundo desde inicios del año 2020, sus ingresos fueron mermando por lo que decidió reclamar su pensión de vejez, para paliar de alguna forma la merma de sus ingresos por lo cual el 20 de octubre de 2020 fue pensionado por vejez en cuantía de \$2'341.095 para 2021.

- Por lo que con fecha de radicación de 13 de abril de 2021, el señor MANUEL, solicitó a I.N.G. hoy PROTECCION S.A., que se dé explicación por qué la pensión obtenida en ese fondo es extremadamente inferior a la que hubiera obtenido en COLPENSIONES, contrario a todo lo que le habían dicho cuando lo trasladaron desde el RPM; adicionalmente, solicita, ordenar a quien corresponda, reconozca, liquide y pague INDEMNIZACIÓN TOTAL DE PERJUICIOS, con fundamento en lo expresado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia del diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021).SL373-2021

- Lo anterior fue negado por PROTECCION el 15 de abril de 2021 al primero de sus requerimientos, contestaron cosas completamente contrarias a lo que le habían explicado en la asesoría y que lo condujeron a elegir ese fondo pensional; al punto dos, solo aportan como prueba, el formulario de afiliación; del resto de las solicitudes de ese punto, no aportan nada, diciendo en últimas que todo era verbal. Resaltando que, en cuanto a la INDEMNIZACIÓN TOTAL DE PERJUICIOS, no hubo pronunciamiento alguno.

La demandada **PROTECCIÓN S.A** a través de apoderada judicial contestó:

- Que se opone a que se acojan las declaraciones y condenas solicitadas por el demandante por carecer de sustento fáctico y jurídico, ya que PROTECCION como AFP está sometida al imperio de la Ley y como tal solo puede reconocer prestaciones económicas que cumplan con los presupuestos previamente establecidos por el legislador.

- Resalta que previo a realizar cualquier tipo de afiliación los fondos de pensión ofrecen una asesoría acompañada de profesionalismo y transparencia, dadas las constantes capacitaciones que reciben los ejecutivos comerciales, las cuales están orientadas a un estudio profundo del sistema general de pensiones y al marco legal que regula el mismo.

- De igual forma que el artículo 164 del C.G.P. habla de la necesidad de la prueba: *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”*. Por su parte el artículo 167 del C.G.P.) *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*

- Propuso las siguientes excepciones de mérito: inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe e innominada.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A contra la Sentencia del 29 de abril de 2022 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: NEGAR lo pretendido por el actor conforme a lo considerado.

SEGUNDO: DECLARAR que conforme al sentido de la decisión hay decisión ínsita sobre las excepciones de mérito propuestas por la pasiva, conforme a lo considerado.

TERCERO: ORDENAR si no es apelada la sentencia por la parte demandante, remitir para que surta el grado jurisdiccional de consulta Art 14 ley 1149 de 2007.

CUARTO: COSTAS a cargo de la parte demandada PROTECCIÓN S.A, de conformidad con las motivaciones de esta sentencia.

2.2. Fundamento de la Decisión.

El juez de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Establece el juez a quo, que el problema jurídico se centra en establecer si hay responsabilidad del fondo PROTECCION S.A frente al demandante respecto al monto de pensión que se le reconoce y la indemnización en razón a que tenía que estar pensionado por otro valor en el RPMPD, por lo que señala un lucro cesante consolidado y un lucro cesante futuro.

- Resalta que para efectos de obtener una indemnización se debe probar el supuesto hecho de esta, señala que para este caso se debe tener en cuenta la sentencia 373 del 2021, donde se señala el tema de la ineficacia del traslado pensional y se establece los parámetros de información que debía brindar los fondos de pensión a los potenciales afiliados, la cual debía ser clara y transparente, que para este caso la carga de la prueba le corresponde al fondo desvirtuar la negativa indefinida alegada por el demandante respecto a que el fondo no le brindó la debida información, pero se debe resaltar que este tema de declarar la ineficacia y/o nulidad del traslado no aplica para pensionados, luego entonces que a la parte demandante no puede beneficiarse de la negativa indefinida que ha venido sentando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ni tampoco la negativa del Art 167 sobre la carga de la prueba.

- Teniendo en cuenta lo anterior el demandante es quien debe probar lo que está endilgando a la parte pasiva, en este caso en concreto debía probar la información que le brindaron los asesores de PROTECCION en su momento, *“que le habían dicho que se iba generar su mesada pensional en razón a su último año de cotización y que podría ser de hasta un 90%. Información”* situaciones las cuales no fueron probadas para poder reconocer la indemnización correspondiente.

- Resalta que las características de los dos regímenes pensionales son diferentes y ninguno de estos puede considerarse ilegal, el valor de la pensión en el RAIS depende de muchas variables y existen diversas modalidades para acceder a la pensión las cuales están amparadas en la normativa. Por lo que en cada uno de los regímenes hay cosas buenas como malas dependiendo de las expectativas de cada persona y que esto se materializa al trasladarse, por lo que al no haberse probado lo alegado en la demanda no es posible ordenar el pago de perjuicios.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandante:

El apoderado del demandante MANUEL OCTAVIO QUIÑONEZ CORREA interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- No se encuentra de acuerdo con la decisión tomada por el Juez a quo, ya que la sentencia SL 733 del 2021 establece *“si un pensionado considera que la AFP incumplió su deber de información por culpa y por ello sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de la administradora”* lo que significa que solo basta con ver la merma de la mesada pensional, para solicitar la indemnización, ya que dicha diferencia es un hecho notorio, respecto la

prueba resalta que existe un precedente jurisprudencial en la sentencia del 3 de abril del 2019 15452, donde habla la inversión de la carga de la prueba *“Si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió ello corresponde a un supuesto negativo por quien lo invoca”* resalta de igual forma que las personas que se trasladan al régimen privado no tienen conocimiento en el tema de pensiones, al igual que hasta Jueces y Magistrados han venido solicitando la ineficacia del traslado. Por lo que la decisión adoptada por el Juez desconoce el precedente de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 733 del 2021 como la sentencia del 2019 ya mencionada, de tal forma que es el fondo quien debe demostrar que brindó debidamente la información.

4. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, se presentaron los alegatos de conclusión que se resumen de la siguiente manera:

• **Demandante:** El apoderado de la parte demandante advierte que la pensión del demandante en el fondo privado asciende a \$2.341.095 pero ese mismo derecho en el fondo público ascendería a \$9.227.484, diferencia que deriva en que la pensión no resultó como le explicó al actor el representante del fondo privado; que nadie en sus sentidos podría escoger para su futuro pensional la peor de las opciones sino mediante el engaño, quedando demostrado que los fondos privados de pensiones en su afán de captar afiliados, engañaron con culpa, dando información equivocada e insuficiente a los potenciales afiliados y así mismo lo ha venido asentando esta sala laboral. Advierte que el daño se encuentra demostrado en la notoria diferencia pensional, que el nexo causal es la falta de información oportuna veraz y completa conduce a la ineficacia del traslado del fondo público al fondo privado pero que la jurisprudencia ha señalado que esta pretensión no se puede reconocer a los que ya fueron pensionados, indicando además que existe culpa en la actuación de los asesores que ejercieron su actividad con negligencia o imprudencia.

• **Demandado:** El apoderado de PROTECCIÓN expone que no es procedente la condena reclamada por indemnización de perjuicios, en la medida que no se puede retrotraer las cosas a un estado anterior cuando se ha consumado el estado de pensionado, como ha señalado la jurisprudencia de manera reiterada desde providencia SL373 de 2021. Agrega que esa AFP solo puede reconocer las prestaciones económicas que contempla la ley y todas sus afiliaciones son resultado de una asesoría acompañada de profesionalismo y transparencia, dadas las constantes capacitaciones que reciben sus asesores comerciales en el marco del Sistema General de Pensiones; por lo que el demandante realizó su traslado acorde al derecho a la libre elección establecido en la Ley 100 de 1993 y este goza de plena validez, teniendo oportunidades para retornar y elegir su modalidad pensional.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencias en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguientes:

¿Es procedente condenar a PROTECCIÓN SA reconocer y pagar indemnización correspondiente a la diferencia de la mesada pensional que llegaría a existir entre la mesada pensional que ya le ha reconocido y pagado PROTECCIÓN SA al señor MANUEL OCTAVIO QUIÑONEZ CORREA, con el valor de la mesada pensional a que hubiere accedido el demandante si este hubiere permanecido en régimen de prima media con prestación definida?

7. CONSIDERACIONES:

Procede esta Sala a determinar si se debe ordenar a PROTECCION reconocer y pagar al señor MANUEL OCTAVIO QUIÑONEZ CORREA indemnización correspondiente a

la diferencia de la mesada pensional que llegaría a existir entre la mesada pensional que ya le ha reconocido y pagado PROTECCIÓN SA, con el valor de la mesada pensional a que hubiere accedido el demandante si este hubiere permanecido en régimen de prima media con prestación definida.

Al respecto el Juez *a quo* concluyó que para obtener una indemnización se debe probar el supuesto hecho de esta, señala que para este caso se debe tener en cuenta la sentencia 373 del 2021, donde se señala el tema de la ineficacia del traslado pensional y se establece los parámetros de información que debía brindar los fondos de pensión a los potenciales afiliados, la cual debía ser clara y transparente, que para este caso la carga de la prueba le corresponde al fondo desvirtuar la negativa indefinida alegada por el demandante respecto a que el fondo no le brindó la debida información, pero se debe resaltar que este tema de declarar la ineficacia y/o nulidad del traslado no aplica para pensionados, luego entonces la parte demandante no puede beneficiarse de la negativa indefinida que ha venido sentando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ni tampoco la negativa del Art 167 sobre la carga de la prueba y por lo tanto el demandante es quien debe probar lo que está endilgando a la parte pasiva, en este caso en concreto debía probar la información que le brindaron los asesores en su momento, la cual no fue probada para poder reconocer la indemnización correspondiente.

A esta conclusión se opuso la parte demandante, ya que según la sentencia SL 733 del 2021 establece *“si un pensionado considera que la AFP incumplió su deber de información por culpa y por ello sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de la administradora”* lo que significa que solo basta con ver la merma de la mesada pensional, para solicitar la indemnización, ya que dicha diferencia es un hecho notorio, respecto la prueba resalta que existe un precedente jurisprudencial en la sentencia del 3 de abril del 2019 15452, donde habla la inversión de la carga de la prueba *“Si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió ello corresponde a un supuesto negativo por quien lo invoca”*, de tal forma es el fondo quien debe demostrar que brindó debidamente la información.

Son hechos probados y aceptados por las partes, que el señor QUIÑONEZ CORREA nació el 17 de noviembre de 1955 y estuvo afiliado al entonces INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL desde agosto de 1977 a junio de 1998, donde alcanzó a cotizar 907.14 semanas y desde julio de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por AFP PROTECCIÓN; donde ostenta la calidad de pensionado desde el 20 de octubre de 2020 con una mesada para el año 2021 de \$2.341.095 mensuales.

Procede la Sala a resolver los argumentos del apelante, recordando que a través de la Ley 100 de 1993 se consagró un sistema general de pensiones para unificar la dispersión que normativamente se había generado durante el Siglo XX y garantizar los principios constitucionales de la Carta Política de 1991 y especialmente los preceptos del artículo 48; para ello se consagraron dos regímenes para que coexistieran con diferentes características: el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), por el cual los afiliados aspiran a acceder a una pensión de vejez respaldados por los saldos acumulados en su cuenta de ahorro individual, siempre que los mismos alcancen a cubrir una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente y de otra parte el Régimen de Prima Media (RPM) donde el acceso a la pensión depende de las semanas cotizadas y de alcanzar la edad legal, en el RAIS la persona puede pensionarse a cualquier edad siempre que cuenten con el capital ahorrado necesario.

Dada la coexistencia de estos dos regímenes, se fijaron una serie de reglas para garantizar el debido funcionamiento de cada uno y ello implica condiciones de elección con obligación de permanencia por un período mínimo de tiempo antes de elegir un cambio de régimen, así como un período máximo de edad para solicitar este cambio y con ello garantizar que el capital que va a servir para financiar la pensión sea utilizado y configurado por la entidad que debe reconocer la misma.

Ahora bien, las personas que se trasladaron del régimen de prima media al de ahorro individual, luego de haber pasado el límite de edad para retornar al primero, advertían que la información suministrada en el momento del traslado inicial había sido insuficiente, equivocada o tergiversada por la administradora de fondo de

pensiones, por lo que se sentían afectados al conocer que las expectativas pensionales que tenían no se cumplirían y ante ello disponen reclamar judicialmente la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Para que un traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual adquiera plena determinación, dicha actuación debe contener un pleno acatamiento de este deber para que de esa decisión se pueda predicar la libertad y voluntariedad exigida, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia sentada desde el año 2008 ha determinado que previo a su decisión, los ciudadanos deben recibir de los fondos la información completa respecto a lo que arriesgan con tal actuar, porque de no ser así, bien por brindarse una incorrecta u omitirse la relevante, puede entenderse que existe un error que vicia su voluntad.

Respecto de la viabilidad sustancial de la pretensión de ineficacia de la afiliación y de traslado, se advierte que estas pretensiones tienen como fundamento el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que dice:

“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<1> 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.”

Conforme este parámetro normativo, se advierte que el legislador previó un régimen especial de protección para el derecho a la libertad de escogencia del trabajador en su afiliación y selección de organismos del Sistema de Seguridad Social Integral, por lo cual cualquier persona que atente contra esta facultad será multada en trámite administrativo y en todo caso, esa afiliación quedará sin efecto para permitir al trabajador realizar nuevamente la selección de forma libre y espontánea.

En otras palabras, es posible predicar la ineficacia de la vinculación al RAIS por un vicio en el consentimiento denominado error, que hace imposible que la selección del nuevo régimen sea soberana y potestativa. Como consecuencia de lo anterior, a las AFP corresponde la carga de la prueba en cuanto acreditar que la información dada al cotizante satisface las exigencias legales, para establecer así la existencia o no de error en la voluntad del afiliado y en caso de no lograrlo, se declara la ineficacia del acto jurídico de traslado y se dispone la devolución plena y con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida, devolviendo las cosas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación

No obstante, en providencia SL373 de 2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se cuestionó si bajo estos preceptos, podría el pensionado del régimen de ahorro individual, volver al mismo estado en que se encontraba al régimen de prima media, concluyendo que esto era improcedente por cuanto *“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”*, señalando que ya para ese momento los bonos pensionales han sido

emitidos y se han deteriorado para el pago de las mesadas, no siendo factible revertir esa operación sin afectar las finanzas públicas y el reconocimiento en las diferentes modalidades del RAIS involucra administradoras de riesgos y aseguradora, que no pueden deshacerse sin afectar a terceros.

De esta manera, la regla general es que los pensionados del RAIS no pueden demandar la ineficacia del traslado por existir una situación jurídica consolidada irreversible; no obstante, en esa misma providencia, la Corte refiere que pueden ejercer otra clase de acciones judiciales para reclamar por la afectación que consideran haber sufrido por la falta de información de las administradoras del RAIS, señalando:

“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.”

Lo anterior ha sido reiterado en diferentes providencias, como SL5704 de 2021 al indicar que la incompatibilidad de pensionado para reclamar la ineficacia, “no impide que aquella pueda solicitar a través de la acción respectiva los perjuicios que considere que le generó el incumplimiento del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones”; posteriormente, en providencia SL4236 de 2022, la Corte señaló que “la reclamación de indemnización de los perjuicios, en los asuntos de ineficacia del acto de migración, está concebida en favor de los pensionados, porque frente a ese grupo poblacional, no es posible retrotraer el estado de las cosas, al punto en que se encontraban antes del traslado” y señalan que esta pretensión se derivaría del artículo 10° del Decreto 720 de 1994, norma que reza:

“Artículo 10. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”

Siguiendo este parámetro jurisprudencial, se ha identificado la competencia del Juez Laboral para resolver esta clase de pretensión, en la medida que se trata de una situación que la Sala de Casación Laboral ha identificado como parte integrante de la relación entre los afiliados y las entidades del sistema de seguridad social en pensiones, admitiendo que los primeros pueden reclamar el incumplimiento del deber de suministrar información suficiente para la toma de decisiones adecuadas, especialmente en lo que atañe al cambio de régimen pensional, y en caso de considerar vulnerado ese deber, puede el afiliado inicialmente reclamar la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen para retornar al estado en que se encontraba.

Sin embargo, esta pretensión no puede prosperar en el caso de los afiliados que ya materializaron su derecho pensional en el régimen de ahorro individual, dadas las acciones técnicas que no pueden deshacerse sin afectar el patrimonio público o de terceros, de manera que, ante esa situación jurídica consolidada, la jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de que el interesado reclame la indemnización por

responsabilidad civil extracontractual de los daños que estime fueron derivados de la falta del deber de suministrar información.

Ahora bien, para entrar a determinar de manera clara y precisa cuáles son los elementos que fundamentan la indemnización solicitada, se parte del referido artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que dice: “*Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*” y señala la Corte que este se valorará conforme a las reglas del artículo 2341 del Código Civil que reglamenta la responsabilidad extracontractual, indicando “*El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.*”

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-158 de 2018 expone:

*“El régimen de responsabilidad surge a partir de uno de los principios más importantes del derecho que es el deber de no causar un daño a otro. En este sentido, un sujeto es responsable cuando incumple la obligación de no dañar, siempre y cuando la causa del daño le sea imputable. (...) En la actualidad, el régimen de responsabilidad civil se compone de dos presupuestos que son: (i) **la existencia de un daño** y (ii) su **atribución a un sujeto determinado** en virtud de un título de **imputación proveniente de una norma particular** y su objetivo y fundamento principal es indemnizar el daño que se ha causado **a partir de un riesgo que la víctima no tiene que soportar o porque quien lo ha causado ha sido negligente en su actuación.***

*La responsabilidad civil extracontractual se genera a partir de un daño causado, sin que exista una relación contractual previa entre el causante del mismo y el perjudicado, o que a pesar de que existir un contrato anterior, el daño sea completamente ajeno a su objeto. Este régimen funciona bajo el supuesto de que, **quien haya cometido un daño con su conducta sin justificación**, tendrá que rectificar lo sucedido para reponer la pérdida causada, en virtud del principio de igualdad, que protege el equilibrio existente entre el autor del daño y el perjudicado. En este sentido, el autor deberá devolver algo a la víctima, reparar un objeto dañado o indemnizarla en caso de que la situación original no pueda ser restablecida, que es lo que ocurre la mayoría de las veces. Es importante resaltar que no cualquier daño genera responsabilidad civil extracontractual, ya que el derecho sólo protege algunos intereses, en esa medida el daño debe estar protegido jurídicamente.”*

Acorde con lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral remite para analizar la pretensión indemnizatoria a los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, en virtud de la cual una persona puede solicitar la reparación de un daño a quien identifique como su determinador por una acción u omisión ejecutada al menos culposamente, que no debía soportar; esto se ha reiterado recientemente en providencia T-454 de 2022, que refiere: “*En sentido similar a la responsabilidad civil contractual, la extracontractual requiere de la demostración de la existencia de tres elementos fundamentales para que pueda declararse: el daño, la culpa y el nexo de causalidad.*”

Procediendo a revisar el primer elemento, el daño, la citada providencia lo identifica como “*la alteración negativa de un estado de cosas existente*” y explica que “*la jurisprudencia como por la doctrina, han señalado las condiciones que deben acreditarse para que se entienda que el daño existe o existió. Uno de esos elementos es su certeza, el cual ha sido explicado por la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos: “[n]o en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia (v.gr.,: intereses moratorios).”.*”

Así las cosas, el punto de partida es identificar la existencia de un daño indemnizable comprobable, y ante ello, advierte la Corte, “es obligación del demandante aportar elementos que permitan demostrar la certeza del daño”; esto es reiterado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en providencia SC506 de 2022, donde se realiza las siguientes definiciones relevantes sobre la responsabilidad extracontractual:

“el deber de reparación que surge de la causación del daño producido a una persona en su integridad física, moral o en su patrimonio; entendiéndose por “DAÑO”, según la doctrina especializadas, «todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo .

Al respecto esta Corporación ha señalado que es «la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio» , siendo entonces el perjuicio -propiaamente dicho- la consecuencia derivada del daño que es menester reparar.

*Como se advierte, **la responsabilidad tiene como finalidad esencial el resarcimiento por el menoscabo causado a una persona, por lo que se impone que este sea cierto, es decir, real efectivo no eventual o hipotético, de tal suerte que de no haberse presentado el afectado estaría en mejor situación;** lo que apareja que **no hay responsabilidad civil si no hay daño**, habida cuenta que la finalidad de aquella es reparar este, por lo que debe ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido, pues cualquier indemnización que lo supere constituirá un enriquecimiento sin causa de la víctima, salvo pacto de las partes cuando de responsabilidad contractual se trata.*

Los perjuicios pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales, interesando para este caso los primeros, referidos a esa afectación, lesión o agravio contra el “patrimonio”, entendido este como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones, económicamente evaluables, pertenecientes a una persona y que constituyen una universalidad jurídica, de tal manera que dicho deterioro es pasible de tasarse en dinero, como los gastos que hicieran la víctima o sus familiares por causa del hecho lesivo, o lo que por causa de éste dejaron de recibir.

En nuestro país, siguiendo la tradición escolástica, el artículo 1613 del Código Civil clasifica los perjuicios en daño emergente y lucro cesante y el artículo 1614 los define así: «Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación. o cumpliéndola imperfectamente, o retardar su cumplimiento».

*Significa esto, que **«el daño patrimonial puede manifestarse de dos formas: a) como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, es decir, un empobrecimiento del patrimonio (daño emergente); o b) como la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto (lucro cesante). Ambos pueden configurarse en forma conjunta ante la ocurrencia del ilícito (contractual o extracontractual), o bien separada e individualmente (vgr. daño emergente sin lucro cesante)» .***

*Es claro entonces, que **la indemnización, a través del cual se pretenda resarcir a la víctima, en términos generales procura, dejar a ésta indemne, colocándola en igual o similar situación a la que se encontraba con anterioridad a la ocurrencia del hecho dañoso**, por lo que en su cuantificación se deberá atender el principio de la reparación integral, que no es otra cosa que reparar tout le dommage, mais rien que le dommage, esto es, indemnizar la totalidad de los daños padecidos.”*

Frente a la forma de analizar la pretensión indemnizatoria específicamente elevada en la demanda, la providencia SL1367 de 2022 reiterada en SL591 de 2023, resalta que “no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de quienes ya tienen la calidad de pensionados (...) y sólo procedería el resarcimiento de perjuicios,

siempre y cuando, se insiste, **se hayan reclamado, probado y no estén prescritos**, señalando en proveído SL1513 de 2023 que para ello se requiere “inferir elementos de juicio para **establecer en forma razonable si al momento en que se hizo efectivo el traslado del RPM al RAIS, el monto pensional futuro de la demandante sería más beneficioso en uno u otro**, considerando además de las particularidades de cada uno de ellos, las circunstancias personales de esta, y consecuentemente determinar su quantum”.

Sobre la consecuencia que se espera de esta declaratoria de responsabilidad, advierte la Sentencia SL3535 de 2021: “bien podría el juez ordenar a título de indemnización de perjuicios 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”; de otra parte, en sentencia SL1085 de 2023, ha indicado que también podrían solicitarse perjuicios morales derivados del incumplimiento del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones, siempre que estos se hayan enunciado y acreditado.

En este caso, la demanda señala como daño que el señor QUIÑONEZ fue pensionado en cuantía de \$2.886.002 en 2020 reajustada en \$2.341.095 para 2021; pero el monto en el fondo público hubiera sido de \$9.227.484 que sería el resultado de indexar los ingresos base de cotización de los últimos 10 años registrados al momento de la generación de la historia laboral consolidada expedida por PROTECCION S.A., lo que arroja \$1.326.522.570 y esto dividido en 120 meses arroja un IBL de \$11.543.355, a lo cual aplica una tasa de reemplazo de 80%.

Acorde a los citados planteamientos jurisprudenciales, en materia de responsabilidad civil la parte demandante tiene el deber procesal de identificar y demostrar de manera clara, concreta y cierta cuál es el hecho dañoso, el perjuicio y la cuantía del mismo, en aras de hacer procedente el estudio de la indemnización perseguida; siendo un deber del Juzgador, limitarse a resolver sobre la responsabilidad endilgada bajo los supuestos de hecho invocados, pues de lo contrario, se estaría desconociendo el principio de congruencia de que trata el artículo 281 del C.G.P.

Respecto a este principio, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL638 de 2020 señala que “...es el promotor del proceso quien marca el *thema decidendum*, por virtud de que el principio dispositivo del derecho procesal, en materia de los juicios del trabajo y de la seguridad social, está gobernado por la regla que impone al interesado en la resolución de un conflicto jurídico de esta naturaleza, el deber de precisar al incoar el proceso, el tema de decisión y establecer los hechos en que funda su pretensión (...) la errada o falta apreciación de la pieza procesal de la demanda inicial, puede generar un error de hecho con el carácter de manifiesto que genere la vulneración del principio en comento”.

En esa medida, se debe proceder a la valoración de los hechos identificados como perjudiciales y establecer si en efecto se demostró la causación de un daño antijurídico, susceptible de ser indemnizado, acorde a lo específicamente planteado en la demanda; así entonces, si lo que reclama el actor es la diferencia de lo que hubiere correspondido en la mesada del actor si permanecía en el régimen de prima media, debe señalarse que se trata de una situación que no fue debidamente acreditada en el proceso. Al respecto, la teoría general de la carga de la prueba establece, que le corresponde probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquellas o éstas (Art. 1757 C.C), principio que se reproduce en otros términos en el artículo 167 del C.G.P. al determinar que “...incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo el de la necesidad de la prueba, el cual está contemplado en el artículo 164 del C.G.P., que a su letra dice: “...Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho” y en este caso, se aportaron los siguientes:

PRUEBAS DEMANDANTE

- Registro civil de nacimiento del demandante donde establece que nació el 17 de noviembre de 1955 **(Pdf.002 Pág. 22)**
- Historia laboral actualizada expedida por Protección S.A el 25 de agosto de 2020, donde se evidencia que el demandante cotizó 907.14 semanas en otro régimen y 1127.29 semanas cotizadas en protección para un total de 2034.43 semanas cotizadas. **(Pdf.002 Pág. 24 - 43)**
- Una certificación del status de pensionado del Señor Quiñonez, donde establece que es pensionado de vejez desde el 20 de octubre de 2020 y que para el año 2021 recibe una mesada pensional de \$2.351.095 de la cual se le descuenta \$280.931 por seguridad social EPS **(Pdf.002 Pág. 44)**
- Tres colillas de pago de mesada pensional **(Pdf.002 Pág. 45 - 47)**
- Solicitud enviada a PROTECCION S.A. el día 13 de abril de 2021, por medio de la cual el demandante solicita información sobre: el porqué de la diferencia en la mesada pensional respecto de la que obtendría en COLPENSIONES; ii) su traslado de régimen pensional y iii) la solicitud de pago de la indemnización total de perjuicios. **(Pdf.002 Pág. 48 - 49)**
- Respuesta expedida por PROTECCION S.A. sobre la petición anterior anotada de fechada el 15 de abril de 2021. **(Pdf.002 Pág. 50-57)**
- Solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias COLMENA AIG No. 4027004255 del 4 de mayo de 1998, donde establece régimen anterior del demandante es el ISS y acepta su vinculación a COLMENA AIG. **(Pdf.002 Pág. 58)**

PRUEBAS COLFONDOS S.A

- Escritura pública número 182 de marzo 3 de 2020 otorgada en la Notaría 14 del Circulo Notarial de Medellín
- Certificación de existencia y representación legal de la sociedad PAEZ PARRA ABOGADOS S.A.S., expedido por la Cámara de Comercio de Cúcuta.

Del anterior relato probatorio se desprende que el demandante no aportó los fundamentos que permitan establecer la existencia de una diferencia pensional susceptible de identificar como daño; esto es, la liquidación de la mesada que le hubiera correspondido en el RPMCPD con los soportes respectivos para que fueran controvertidos por la parte demandada.

Al respecto, se resalta de los aportes jurisprudenciales expuestos que en materia de indemnización de perjuicios el interesado debía aportar elementos de juicio para establecer en forma razonable si al momento en que se hizo efectivo el traslado del RPM al RAIS, el monto pensional futuro de la demandante sería más beneficioso en uno u otro y dicho ejercicio argumentativo y probatorio no fue desplegado por el interesado, sin que haya lugar a presunciones o actividades por parte del Juzgador para suplir el deber probatorio de la parte demandante.

En esa medida, si bien fue aportado el historial de cotizaciones del demandante, la Sala no puede entrar a suplir la carga probatoria y argumentativa que le correspondía de aportar la liquidación que demostrara la existencia de una diferencia pensional perjudicial; si bien los hechos vigésimo quinto y vigésimo sexto refieren el origen de la alegada diferencia en totalizar el ingreso base de cotización de los últimos 10 años y luego dividir esa suma entre 120 meses para aplicar una tasa de reemplazo del 80%, este ejercicio no se identifica con el mecanismo legalmente previsto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993 para establecer el monto de la pensión de vejez en el régimen de prima media, que es identificar el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo (actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE) y luego aplicar sobre ese IBL

la tasa de reemplazo conforme a la tasa de reemplazo resultante de la fórmula ($r = 65.50 - 0.50*s$) con los incrementos por las semanas adicionales a 1300.

No resulta posible entrar a suplir el ejercicio de la liquidación por parte de la Sala, en la medida que lo reclamado no es una pensión para acompañarla a un derecho cierto e irrenunciable sino una indemnización que debe estar plenamente demostrada; así se deriva de lo expuesto en providencia SL1465 de 2023, donde la Corte Suprema de Justicia realiza esta distinción: *“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.”*

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 29 de abril de 2022, pero por lo expuesto anteriormente, dado que la parte interesada no acreditó por los medios adecuados y suficientes el elemento esencial del daño o perjuicio que buscaba indemnizar. Se condenará en costas de segunda instancia al demandante por no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la demandada, por la segunda instancia, la suma de \$250.000.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 29 de abril de 2022 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

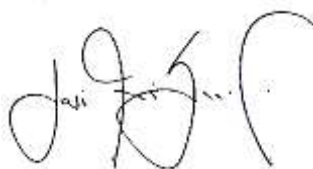
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia al demandante. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a favor de la demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



DAVID A.J. CORREA STEER
Magistrado