RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistradas Sustanciadoras
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Providencia:	Apelación y consulta de sentencia
Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación No:	66001-31-05-005-2019-00101-01
Demandante:	Nelson Liban Betancourt Rincón
Demandado:	**Protección S.A.**
Vinculado:	**Ministerio de Hacienda y Crédito Público**
Juzgado de origen:	Quinto Laboral del Circuito de Pereira.
Tema a tratar:	**Pensión de garantía mínima - pérdida de oportunidad**

Pereira, Risaralda, treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023)
Acta número 137 de 29-08-2023

Vencido el término para alegar otorgado a las partes, el 17/01/2023 se registró el proyecto por parte de la Magistrada Ponente Olga Lucía Hoyos Sepúlveda, pero ante una disparidad sobre un punto de la ponencia presentada el 12/05/2023 se integró al cuarto Magistrado Germán Darío Goez Vinasco, que al realizar el análisis pertinente compartió los argumentos de la Magistrada Ana Lucía Caicedo Calderón y no los expuestos por la ponente frente a un punto en concreto; en consecuencia el 29/06/2023 se remitió a la citada magistrada el expediente para que elaborara el aparte correspondiente.

Una vez finalizó tal trámite anunciado, entonces procede la Sala en Pleno de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira a resolver el recurso de apelación presentado por el demandante contra la sentencia proferida el 14 de julio de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido

por **Nelson Liban Betancourt Rincón** contra **Protección S.A.,** trámite al que se vinculó al **Ministerio de Hacienda y Crédito Público.**

ANTECEDENTES

1. Síntesis de la demanda y su contestación

Nelson Liban Betancourt Rincón pretende que se declare que "*perdió la oportunidad de acceder a la garantía de pensión mínima, por errores en la información y buen consejo"* por parte de Protección S.A. y, en consecuencia, se le conceda dicha gracia pensional desde el 06/02/2011 para lo que pretende que se autorice a Protección S.A. a descontar los tiempos de cotizaciones que le faltan al valor del retroactivo pensional que también solicita por valor de $67'272.728. Además, reclamó el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento para dichas pretensiones relató que *i)* estuvo afiliado al ISS pero el 01/05/2003 se trasladó al RAIS; *ii)* en febrero de 2011 solicitó a Protección S.A. el reconocimiento de la pensión de vejez; *iii)* el 03/06/2011 Protección S.A. le informó que no procedía el reconocimiento de pensión de vejez pues solo contaba con 529 semanas y un saldo de $30'979.251 al 03/06/2011 que incluía el bono pensional;

iv) En dicha respuesta le informan que tampoco ostentaba las 1.150 semanas para ser beneficiario de la pensión de garantía mínima; *v)* con base en esa información el demandante aceptó la devolución de saldos;

vi) El demandante realmente ostentaba un total de 1.093 semanas de cotización, por lo que solo le faltaban 57 semanas y no 621 como erróneamente le indicaron en el fondo pensional.

Protección S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones para lo cual argumentó que al contestar la petición de pensión de vejez se le informó únicamente el total de semanas con que contaba al momento de la solicitud (529,71) y que era necesario la reconstrucción de la historia laboral para establecer el total de semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero además se le informó que podía seguir cotizando hasta alcanzar la garantía de pensión mínima,

pero que el demandante informó de su imposibilidad de seguir cotizando al sistema y por ello accedió a la devolución de saldos.

Presentó como medios de defensa los que denominó "*prescripción", "buena fe", "compensación", "exoneración de condena en costas", "inexistencia de la obligación", "falta de causa para pedir", "falta de legitimación en la causa", "inexistencia de la fuente de la obligación", "afectación a la estabilidad financiera del sistema"* entre otras (fl. 26, archivo 13, exp. Digital).

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público al contestar la demanda explicó que el demandante se afilió a Protección S.A. el 21/03/2003, y por ello tiene derecho a que se emita a su favor un bono pensional tipo A modalidad 2 por haber estado afiliado al ISS y haberse trasladado al RAIS y tener más de 150 semanas de cotización en el ISS.

En la liquidación provisional del bono del demandante realizado el 12/05/2011 concurre como emisor y único contribuyente la nación. Bono que fue emitido, redimido y pagado de forma anticipada en la Resolución No. 8535 del 20/05/2011, todo ello porque el 12/05/2011 la AFP solicitó el mismo para pagar al demandante la devolución de saldos por vejez.

De otro lado, explicó que en caso de que se conceda el derecho pensional al demandante, es preciso que este devuelva los dineros recibidos por concepto de devolución de saldos.

Finalmente, argumentó que era obligación del demandante verificar si contaba o no con su historia laboral completa, en la medida que era el único que conocía de las vicisitudes de sus vinculaciones laborales que sostuvo antes y después de afiliarse al RAIS, de modo que al momento de recibir la información sobre el número total de semanas no accediera a la devolución de saldos, sino que emprendiera la búsqueda de las semanas que allí no le aparecían.

2. Síntesis de la sentencia

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y en consecuencia negó la totalidad de las pretensiones. Como fundamento para dicha determinación argumentó que el

demandante no reunía los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima porque aun cuando contaba con 62 años de edad, y pese a que la AFP le informó para dicha época que solo contaba con 529 semanas de cotización, cuando en realidad tenía 1.093, lo cierto es que esta última cifra tampoco era suficiente para causar el derecho pensional pues requería 1.150 septenarios; sin que fuera dable suponer que para el año 2011 de conocer que ostentaba 1.093 semanas hubiese seguido cotizando, pues para ese año el demandante informó que su situación económica le impedía seguir cotizando.

Además, concluyó que para el año 2018 el demandante tuvo conocimiento del número real de semanas alcanzadas, y que solo le faltaban 57 de ellas para la pensión de garantía mínima, pero ninguna cotización hizo, sin que se pueda ahora desconocer que le falta ese número de semanas y conceder el derecho, pues equivalen a más de 1 año de aportes, que tampoco se puede ordenar que se descuenten del retroactivo pensional, porque este último obedece a mesadas, y en tanto no alcanzó los requisitos, entonces tampoco había lugar a descontar semana faltante alguna.

3. Recursos de apelación

La parte demandante inconforme con la decisión elevó recurso de alzada para lo cual argumentó que Protección S.A. incumplió con su deber de asesoría e indujo en error al demandante, pues se le informó un número menor de semanas de cotización e incluso se dio información confusa en el oficio de 03/06/2011 pues allí se advierte que la imposibilidad de seguir cotizando obedece a un documento que se requiere para tramitar la solicitud de pensión de vejez y ninguna claridad se le hizo respecto a obtener la devolución de saldos.

De otro lado, reprochó que era responsabilidad de la AFP el retardo en la emisión del bono pensional, porque la AFP nunca realizó una solicitud al Ministerio para otorgarle al demandante una pensión de garantía mínima, y mucho menos le informó que el bono pensional hacía parte de su cuenta de ahorro individual y servía para alcanzar el derecho pensional de vejez.

Hizo hincapié en que hay una notoria diferencia en ser informado sobre un total de 500 semanas, cuando en realidad tenía más de 1.000, pues en el primer evento el afiliado sabía que debía seguir cotizando por 10 años más, mientras que en el

segundo caso al cabo de un (1) año alcanzaría el derecho pensional. En consecuencia, el fondo de pensiones fue negligente en la información dada al afiliado.

Finalmente, resaltó que el propósito de la demanda no es desconocer que le faltan semanas, sino la búsqueda de un resarcimiento al perjuicio causado por la AFP por la indebida información dada al afiliado; de ahí, que al tenor del artículo 1604 del C.C. se debe resarcir el perjuicio causado con las semanas de cotización faltantes, para lo cual propuso que se permita al demandante pagar las mismas y acceder al derecho.

4. Alegatos de conclusión

Únicamente el demandante allegó los alegatos de conclusión que coinciden con los temas a abordar en la presente providencia.

CONSIDERACIONES

1. **Del problema jurídico**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes interrogantes:

1.1. ¿Qué tipo de acción incoó el demandante para obtener resultado favorable a sus pretensiones?

1.2. ¿Es responsable la AFP Protección S.A. de que el actor haya perdido la oportunidad de continuar cotizando con el propósito de acceder a la garantía de pensión mínima?

1.3 De ser positiva ¿cuál es la indemnización correspondiente al daño causado?

1.4. ¿Prescribió la indemnización reclamada?

2. Solución al problema jurídico

PONENCIA DE LA MAGISTRADA OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

2.1. De la acción incoada

Del análisis en concreto de la pretensión declarativa elevada por Nelson Liban Betancourt se desprende que la misma correspondía a una acción indemnizatoria por un daño sufrido en su modalidad de pérdida de oportunidad, más no al reconocimiento de una pensión derivada del sistema de seguridad social, como se confirma con los hechos de la demanda, en los que describió uno a uno que con ocasión a una indebida información otorgada por la AFP, no pudo alcanzar la totalidad de semanas para obtener una gracia pensional y por el contrario, fue compelido a recibir una devolución de saldos. De ahí que de entrada erró la juzgadora al resolver las pretensiones del demandante bajo los supuestos normativos de una pensión de garantía mínima, muy a pesar de que así haya tasado su perjuicio en las pretensiones condenatorias, previo a ser autorizado para continuar cotizando con las semanas faltantes, lo que confirma que el demandante era conocedor de que incumplía los requisitos para alcanzar la gracia pensional mínima.

Se itera la acción incoada era indemnizatoria por un perjuicio causado, y no el reclamo de una pensión, de ahí que se comparte el argumento expuesto en este sentido en la apelación.

Acción indemnizatoria de la que es competente la especialidad laboral de la jurisdicción ordinaria al tenor del numeral 4o del artículo 2o del C.P.L. y de la S.S.

Puestas de ese modo las cosas, bajo la acción indemnizatoria elevada por el demandante se apresta esta Colegiatura a analizar los hechos de la demanda.

2.2. De la acción indemnizatoria contractual

Previo a determinar los elementos de la responsabilidad contractual, es preciso hacer mención de los derechos de los afiliados con ocasión a la afiliación al RAIS y las obligaciones de esta frente a él, así:

2.2.1 Fundamento jurídico

2.2.1.1 Del reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS

El artículo 48 de la Constitución Política de 1991 estableció el derecho a la pensión de vejez, para lo cual dispuso que su acceso estará condicionado al cumplimiento de una edad, tiempo de servicio, semanas de cotización "*o el capital necesario".*

A su turno, el artículo 59 y siguientes de la Ley 100/93 dieron lugar al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que tiene como base central el ahorro de los afiliados proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros; por lo que, la cuantía de la pensión de vejez otorgada en este régimen dependerá de los aportes realizados.

Ahora bien, la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad atiende a tres tipos de prestación, la **primera** contenida en el artículo 64 ibídem, denominada *ordinaria* y mal llamada *anticipada*, pues esta prestación se caracteriza porque el afiliado podrá acceder a ella "*a la edad que escoja, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual le permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente…",* en ese sentido, esta clase de pensión implica: *i)* tener una edad inferior a los 62 años si es hombre y *ii)* un capital superior al 110% de un S.M.L.M.V.

Así, emerge la característica distintiva del RAIS, consistente en que la pensión de vejez no está sometida, *prima facie,* a requisitos de edad y cotizaciones, ya que su reconocimiento, como ya se dijo, depende exclusivamente de la cantidad de dinero que el afiliado tenga, por regla general, depositado en su cuenta individual en la AFP, y excepcionalmente con la mera emisión del bono pensional – art. 7º, D. 510/03 -.

En **segundo** lugar, aparece la *pensión de garantía mínima de vejez,* prescrita en el artículo 65 *ibídem,* que otorga una pensión de salario mínimo subsidiada en parte por el Gobierno Nacional a quienes alcanzaron *i)* la edad de 62 años, si son hombres y *ii)* hubiesen cotizado 1.150 semanas o más, siempre y cuando no hubieren alcanzado a generar un capital suficiente para sufragar la pensión mínima contenida en el artículo 35 *ibídem,* es decir, una pensión igual al salario mínimo.

En ese sentido, aparece el **tercer** tipo de pensión denominada *pensión mínima de vejez,* que corresponde a aquellos afiliados que *i)* tienen 62 años de edad, sin son

hombres y *ii)* alcanzaron un capital suficiente para sufragar una pensión igual al 100% del salario mínimo legal mensual vigente.

La razón de la anterior pensión estriba según la doctrina en que "*los sistemas de pensiones tienen como objetivo otorgar efectivamente pensiones. Si esto es así, es claro que la interpretación jurídica no puede llevar a que personas que poseen el capital para disfrutar de una pensión mínima y la edad para acceder a su derecho al retiro, se `beneficien´ con la devolución del saldo y no con la pensión de vejez, pues claramente quedan en estado de desprotección social"*[1].

Resulta necesario aclarar que estas dos últimas clases de pensión de vejez siempre serán de prestación definida y, por ende, entran en la modalidad de pensión de renta vitalicia, es decir, jamás podrán optar por la modalidad de retiro programado, pues "*el retiro programado no se admite como modalidad elegible de pensión en los casos en que el saldo sólo alcance para financiar la pensión mínima"*[2].

Además, entre otras prestaciones del sistema se encuentra la garantía de pensión mínima, que con ocasión a los hechos de este proceso adquiere relevancia y por ello, se explicarán las reglas que la gobiernan.

2.2.1.2 De la garantía de pensión mínima

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2512-2021 enseñó que esta pensión ya citada en líneas anteriores – art. 65 de la Ley 100 de 1993 – cuyos requisitos son para hombres 62 años y 1.150 semanas se caracteriza porque su fuente de financiación es compartida entre el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del afiliado y el subsidio otorgado por el Estado. Esta prestación tiene como finalidad proteger a los afiliados que han realizado un esfuerzo significativo en densidad de cotizaciones pero que pese a ello no alcanzan el capital suficiente para una pensión de vejez en el RAIS, ya sea la anticipada o la ordinaria.

Ahora bien, en tanto que esta pensión tiene un componente financiero proveniente del Estado, entonces para su otorgamiento debe existir certeza en el cumplimiento de los requisitos para proceder a su reconocimiento.

De forma tal que, no basta con acreditar i) edad – 62 años -; ii) 1.150 semanas de cotización, sino que también resulta necesario establecer que iii) el capital contenido

en la cuenta de ahorro individual es insuficiente para financiar una pensión de vejez en el RAIS.

En este sentido, el artículo 9º del Decreto 832 de 1996 establece que corresponde a la administradora pensional determinar el saldo existente en la cuenta de ahorro individual a partir de los cálculos que establezca el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que a su vez debe incluir el bono pensional, si hay lugar a él.

Así, concluye la Corte que la historia laboral que da lugar al bono pensional, así como a la determinación de su cuantía y los obligados al mismo debe ser consistente, es decir, que a partir de ella pueda hallarse su valor, puesto que *"en caso de inconsistencias no existirá certeza del verdadero saldo pensional y, por ende, en principio, la imposibilidad de determinar la suficiencia de capital".*

Luego de ello, corresponde a la AFP solicitar el reconocimiento de la garantía de pensión mínima a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Oficina que a su vez comprobará la diferencia entre el capital acumulado en la CAI, incluyendo el bono pensional con el monto mínimo de la pensión para proceder a otorgar la garantía de pensión mínima, es decir, hacer el cálculo para la garantía (art. 4 del D. 833 de 1996 y art. 11 del D. 4712 de 2008).

Solo en caso de que la OBP determine que no había lugar al subsidio, es que la AFP devolverá los saldos existentes en la cuenta al tenor del art. 66 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de que el afiliado opte por seguir cotizando.

Si la OBP emite la resolución de reconocimiento de la garantía, entonces la administradora pensional está obligada a reconocer la pensión vitalicia de vejez en cuantía de un salario mínimo.

Ahora bien, en cuanto a su pago, esta prestación se caracteriza porque, en tanto es vitalicia, en primer lugar, la pensión se paga con los ahorros de la cuenta individual del afiliado y solo cuando estos se agotan es que se acude a los recursos del subsidio. De ahí que la AFP tiene una obligación especial de controlar los saldos existentes en la cuenta a término de 1 año, con la finalidad de informarle a la OBP para que esta realice la apropiación de los recursos (art. 9 del Decreto 832 de 1996, modificado por art. 2º del Decreto 142 de 2006).

2.2.1.3 De las obligaciones y las responsabilidades de las AFP

La citada sentencia SL2512-2021 explicó que las AFP pese a que tienen una naturaleza jurídica privada tienen un régimen de responsabilidad porque prestan un servicio público como es la seguridad social, y por ello deben garantizarse los derechos de las personas afiliadas a dicho régimen.

En ese sentido, el Decreto 656 de 1994, por medio del cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administran fondos de pensiones, en su artículo 4 definió que:

> *"En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter previsional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados".*

En ese sentido, adujo la citada corporación que las AFP deben asumir el pago de la pensión provisional con cargo a sus propios recursos cuando incumplen los plazos determinados para resolver las solicitudes de pensión (art. 21 del D. 656 de 1994), que se pagara hasta que la AFP resuelva de fondo la solicitud de reconocimiento pensional.

Pero esta sanción de pago de pensión provisional también procede cuando no existen los recursos suficientes para atender el pago de la pensión por falta de presentación oportuna de las solicitudes de pago de bonos pensionales, así como de pago de las garantías de pensión mínima y de pago de las diferencias a cargo de las aseguradoras.

Finalmente, el citado artículo dispuso que en todo caso tal sanción ocurrirá "*en todos aquellos casos en los cuales el afiliado no disponga de la totalidad de las sumas a que tendría derecho para atender su pensión por falta de cumplimiento oportuno y adecuado de sus obligaciones por parte de la administradora".*

Responsabilidad que recae en las AFP y que se sujeta a un estándar de diligencia y cuidado mayúsculo, dado que de actuar de forma negligente o de encontrarse

que, si por razones imputables a la AFP el afiliado no cuenta con los recursos para acceder a la pensión, en este caso de garantía mínima, entonces, la AFP deberá asumir las consecuencias como es el reconocimiento provisional de la pensión, con cargo a sus propios recursos, esto es, sin afectar la cuenta de ahorro individual del afiliado.

De otro lado, las responsabilidades de la AFP no terminan en el trámite a tiempo de las solicitudes de pensión anunciadas, sino que las administradoras también tienen la obligación de reconstruir la historia laboral de sus afiliados con la finalidad de establecer el capital que ostenta este y determinar con exactitud el título de deuda pública, así, al tenor del artículo 20 del Decreto 656 de 1994, las AFP cuentan con un plazo de 6 meses a partir de la vinculación del nuevo afiliado para solicitar a la OBP la emisión del bono pensional al que tenga derecho este, además de que mantienen la carga de realizar el seguimiento trimestral a dicha petición.

Tanta es la responsabilidad de las AFP en el seguimiento de la historia laboral de sus afiliados, que, en el caso de las pensiones de garantía mínima, el art. 18 del Decreto 656 de 1994 les impuso la obligación de avisar a los afiliados con una antelación de 3 meses, el momento en que se cumplirán los requisitos para esta prestación, evento en el cual deben informar al afiliado las modalidades de pensión que establece la ley.

Todo lo anterior porque está dentro de las obligaciones de las AFP al tenor de la Ley 1328 de 2009 – normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones – emplear la debida diligencia en la prestación de sus servicios a los consumidores con la finalidad de que estos reciban la información y atención debida en el desarrollo de sus relaciones – literal a, art. 3 -.

Es por ello que, dentro de los derechos del consumidor financiero se encuentra el de recibir por parte de la entidad productos y servicios con estándares de seguridad y calidad – literal a, art. 5 -, exigir la debida diligencia en la prestación del servicio por parte de la entidad – literal c, art. 5 -, de ahí que es obligación de la administradora entregar el producto o prestar el servicio debidamente – literal b, art. 7 – y sobretodo “*dar constancia del estado y/o las condiciones específicas de los productos a una fecha determinada, cuando el consumidor financiero lo solicite”* - literal j, art. 7 -

De manera concreta en el sistema pensional, las administradoras deben dar una debida diligencia en la prestación del servicio, especialmente, en los beneficios y riesgos pensionales durante toda la relación contractual – num. 1, art. 2o, Decreto 2241/2010 -; por lo que, es un derecho del afiliado al sistema pensional la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de la administradora – num. 7, art. 3, ibidem -.

Tanto es así, que dentro de las obligaciones de las AFP se encuentra el profesionalismo – art. 5 ibidem – que implica que las administradoras deberán actuar con la debida diligencia en la prestación del servicio para que los afiliados reciban atención, asesoría e información suficiente para tomar las decisiones que les corresponda.

Finalmente, es obligación de la administradora pensional dar el “buen consejo”, que implica proporcionar la información completa sobre los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones cuando, entre otras, el afiliado deba “seleccionar la modalidad de pensión” - art. 7 ibidem -.

2.2.1.4 Elementos de la responsabilidad - contractual

Según la doctrina (Tamayo Jaramillo, J. 2007) todo comportamiento ilícito que genere un daño a un tercero implica para el agente que lo causó la obligación de indemnizarlo.

Ahora bien, la responsabilidad contractual, a diferencia de la extracontractual, se origina en que el daño acaece como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas o dicho de otra forma “*se requiere que haya un daño proveniente de la inejecución de un contrato válidamente celebrado entre la víctima y el causante del daño”* (pp. 68, T. i).

Seguidamente, las obligaciones contractuales de medio, a diferencia de las de resultado, corresponden al cumplimiento defectuoso de las obligaciones contraídas; de ahí que los elementos de la responsabilidad contractual son *i)* existencia de un convenio válido; *ii)* un daño derivado de la inejecución de ese contrato y *iii)* que ese daño sea causado por el deudor al acreedor contractual.

Así la responsabilidad contractual ocurre cuando en "*contratos cuya obligación principal consista en suministrar al adquiriente determinadas informaciones o consejos. Es lo que ocurre por ejemplo en los contratos con asesores financieros o jurídicos. No cabe duda que el incumplimiento defectuoso de estas obligaciones genera una responsabilidad contractual"* (pp. 76, T. i).

La responsabilidad del agente solo será contractual cuando el daño surja de la inejecución del contrato, de ahí que debe haber una identidad entre la obligación pactada y la obligación incumplida.

Finalmente, tanto en las responsabilidades contractuales como en las extracontractuales puede haber casos de responsabilidad objetiva o sin culpa, como asuntos de responsabilidad subjetiva o con culpa.

En los asuntos de responsabilidad contractual subjetiva o con culpa aparece la culpa por omisión en la acción, que consiste precisamente cuando "*el agente al realizar una conducta omite otra que es determinante en la producción del daño"* (pp. 194, ibidem).

Culpa que puede desagregarse en la "*culpa por violación de un deber o por transgresión de una norma jurídica"* (pp. 225, ibidem), esto es, el incumplimiento de un deber u obligación genera "*ipso facto una culpa en cabeza del trasgresor de la norma (…) Así las cosas, el hecho objetivo del incumplimiento del deber prescrito por el legislador es constitutivo de culpa"* (ibidem), como "*(…) los banqueros que desconocen las normas relativas al funcionamiento de entidades financieras"* (pp. 226, ibidem).

Y finalmente, en cuanto al nexo de causalidad es preciso memorar que "*El hecho de haber omitido la conducta a que estaba contractual o legalmente obligado es una culpa del agente"* (pp. 250, ibidem).

2.2.1.5 De la pérdida de oportunidad como daño indemnizable – responsabilidades de las AFP- (atendiendo el daño que menciona la parte actora en la demanda)

En primer lugar, es preciso advertir que esta Colegiatura aplicará al evento de ahora la teoría que acoge la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia consistente en

que la pérdida de oportunidad es un tipo de daño (SL3219-2021), más no un tipo de indemnización.

En segundo término, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3219-2021, en la que se citó la decisión del Consejo de Estado del 05/04/2017, rad. 2000-00645-01 explicó que la pérdida de oportunidad consiste en el **daño ocurrido** cuando se cercena **la posibilidad de recibir un beneficio o evitar una pérdida,** y su indemnización ocurre de forma proporcional según el grado de certeza de consolidación del daño o beneficio.

En ese sentido, explicó la Corte que en las pérdidas de oportunidad el daño indemnizable es precisamente *"la frustración de una expectativa legítima, más allá del perjuicio final o consumado",* o que según la doctrina corresponde a "*«[…] una variedad de perjuicio consistente en la pérdida cierta de una posibilidad de realización de un evento deseado»1 (CE ST SB, 5 abril 2017, radicación 2000-00645-01)."* (ibidem).

Bajo dicho panorama el Consejo de Estado en decisión del 11/08/2010 rad. 1995-00082-01 explicó que:

> *"[…] la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en* ***situación de poder conseguir un provecho****, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida,* ***pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto,*** *acontecer o conducta éste (sic) que genera, por consiguiente,* ***la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido****, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha* ***cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial;*** *dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa*

[1] ROUQUETTE, Rémi. (2002). *Dictionnaire du droit administratif*. Le Moniteur, p. 129

> ***probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.***
>
> […]
>
> *La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste (sic) no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo,* ***pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio*** *o de evitar una pérdida* ***constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del "chance" en sí mismo****, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida "tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego,* ***sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él".***

De la jurisprudencia explicitada bien puede concluirse que la pérdida de oportunidad implica:

i) Una persona se encontraba en situación de conseguir un provecho o una ganancia.
ii) Tal provecho se impidió por el hecho de un sujeto.
iii) Se genera la incertidumbre de saber si el provecho perseguido se hubiera producido.
iv) Tal incertidumbre genera la certeza del cercenamiento irreversible de una expectativa o ventaja patrimonial.
v) En consecuencia, tal frustración de la probabilidad genera al afectado el derecho a un resarcimiento.
vi) El resarcimiento o reparación se limita a la extensión del *chance*; por ende, es inferior al importe total de lo que estaba en juego, pues de lo contrario no sería la reparación de una pérdida de oportunidad, sino de un daño con un resultado cierto cuya reparación sí debe ser total y ya no proporcional.

Puestas de ese modo las cosas, y en seguimiento a la doctrina vertida en la sentencia SL3219-2021 la pérdida de oportunidad como un tipo de daño, tiene dos características que convergen entre sí, a saber, la certeza y la incertidumbre. La primera se manifiesta con la expectativa legítima de obtener un beneficio –

expectativa que debe ser cierta y razonable, pero que debe ser frustrada definitivamente, de lo contrario serían meras conjeturas- y la conducta dañina de un tercero que privó al actor de la esperanza de obtenerlo. Y la segunda recae sobre el beneficio a obtener, pues se desconoce con exactitud si tal resultado hubiese o no ocurrido, de haber permanecido la oportunidad.

Características entre las que debe mediar un **nexo de causalidad** que sea indicativo de que la conducta negligente del tercero fue el detonante de la frustración de la oportunidad del actor.

Para el Consejo de Estado, en la decisión del 05/04/2017 rad. 2000-00645-01 son 3 las características de esta modalidad de daño:

i) la certeza de la existencia de la oportunidad:

> *"La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente" de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes."*

ii) La incertidumbre o falta de certeza del resultado esperado:

> *"(…) el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo (sic) exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación".*

iii) La pérdida definitiva de la oportunidad:

> *"(…) se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o*

inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún (…)".

2.2. Fundamento fáctico

Auscultado en detalle el expediente y en seguimiento de los requisitos previstos por la jurisprudencia para acreditar el daño por la pérdida de oportunidad, y seguidamente el nexo de causalidad como indicativo de que la conducta - culpa por violación de un deber – fue la detonante de la frustración de la oportunidad del afiliado, se advierte:

i) Una persona se encontraba en situación de conseguir un provecho o una ganancia.

En primer lugar, Nelson Liban Betancourt Rincón se encontraba válidamente afiliado a Protección S.A. pues así se desprende del contrato de vinculación al fondo de pensiones obligatorias pactado entre ambos el 21/03/2003 con fecha de efectividad para mayo de 2003 (fl. 13, archivo, 04).

En segundo lugar, y como consecuencia del contrato suscrito entre las partes, el 07/02/2011 Nelson Liban Betancourt Rincón solicitó a Protección S.A. el reconocimiento de la pensión de vejez (fl. 16, archivo 04).

Fecha para la cual el demandante contaba con 62 años, pues había nacido el 06/02/1949 (fl. 1, archivo 04); por lo que, tenía cumplido el primero de los requisitos para alcanzar una pensión de garantía mínima como es la citada edad, si en cuenta se tiene que conforme al art. 65 de la Ley 100 de 1993 se requieren los siguientes requisitos -: a) 62 años si es hombre, b) 1.150 semanas de cotización y c) capital insuficiente para una pensión de vejez anticipada u ordinaria.

Para verificar el cumplimiento del requisito b), el demandante le solicitó a Protección S.A. "*copia de la historia laboral y copia de la historia laboral emitida por el Ministerio de Hacienda",* a lo que la citada AFP el **01/06/2018** envió la respuesta (fl. 58, archivo

13); historia laboral que se actualizó al 01/06/2018 (fl. 3, archivo 4) en la que certifica que el demandante contaba con la siguiente información laboral:

Número total de semanas cotizadas al sistema de pensiones hasta enero de 2011: **1.093,14 semanas** que se conforman por la siguiente clase de septenarios:

- 403,14 semanas por bono pensional.
- 291,43 semanas cotizadas en otros fondos de pensiones.
- 398.57 semanas cotizadas en Protección S.A.

En cuanto al capital existente en la cuenta de ahorro individual – requisito c) -, Protección S.A. realizó dicho cálculo para el 03/06/2011 y determinó que el demandante contaba con $30’979.251 en su cuenta de ahorro, y que necesitaba por lo menos $127’163.522 para alcanzar una pensión de vejez de salario mínimo (fl. 69, archivo 13).

Documental de la que se desprende que Nelson Liban Betancourt Rincón para el día en que presentó su solicitud pensional de vejez se “*encontraba en situación de conseguir un provecho o una ganancia*” pues ya contaba con la edad requerida por la norma – 62 años –, no contaba con el capital suficiente para obtener la pensión mínima y solo le faltaban 57 semanas de cotización, que equivale a 399 días de cotización para alcanzar el segundo requisito para asir una pensión de vejez por garantía de pensión mínima que requiere 1.150 semanas.

Dicho en los términos de la jurisprudencia citada, para febrero de 2011 el demandante tenía la esperanza en un alto grado de probabilidad de alcanzar una pensión de garantía mínima, pues solo le faltaban 57 semanas de cotización, que equivale a algo más de 1 año de cotizaciones, en la medida que ya tenía en su haber laboral 21 años de cotizaciones; lapso que en relación con el tiempo ya cotizado se puede considerar poco para el beneficio a obtener y que permite inferir que el afiliado pondría todo su empeño en alcanzar, muy a pesar de lo que afirmó al solicitar la pensión en el año 2011, que no tenía manera de seguir haciendo aportes.

ii) Tal provecho se impidió por el hecho de un sujeto – responsabilidad de la AFP y culpa por violación de un deber o trasgresión de una norma jurídica -.

El 21/03/2003 el demandante firmó la solicitud de traslado del ISS (sic) a Protección S.A., que se haría efectiva en mayo de 2003, y con ello quedó válidamente afiliado al RAIS (fl. 13, archivo 04); aunque lo cierto es que previamente ya se había trasladado a este último régimen como se desprende de la historia laboral expedida en el 2018 por Protección SA, que da cuenta de su traslado a partir de 1997, por lo que verdaderamente operó fue un traslado horizontal; aunque para el 2011, luego de tenerlo como afiliado por algo más de 7 años, nada de esto había dilucidado Protección S.A. atendiendo la información que le brindó en cuanto a las semanas cotizadas, como era su obligación, pues recae en las administradoras pensionales verificar que los usuarios del sistema cumplan con los requisitos para trasladarse entre regímenes (5 años - art. 13 de la Ley 100 de 1993) o entre AFP (6 meses), pues la indicación de proceder del ISS bien podía corresponder a un ardid del demandante para evitar que se negara un traslado horizontal. Se itera recae en la AFP la verificación del cumplimiento de requisitos de afiliación a esta.

Contrato de vinculación que legitima a Protección S.A. por pasiva para hacer frente a esta acción.

El 07/02/2011 Nelson Liban Betancourt Rincón solicitó a Protección S.A. el reconocimiento de una pensión de vejez (fl. 16, archivo 04) acompañado de la manifestación de carecer de un trabajo estable y la imposibilidad de seguir cotizando los aportes (fl. 60, archivo 13), así como un formulario dirigido a la oficina de Bonos Pensionales de Protección S.A. en la que el demandante manifestaba que:

- SI aprobaba la historia laboral con Protección S.A.
- NO aprobaba la historia laboral para bono pensional
- No contestó si aprobaba o no la historia laboral con AFP anteriores
-

Luego, indicó que en su historia laboral faltaban tiempos con empleadores del periodo de abril de 1990 a abril de 1992.

En marzo de 2011 Protección S.A. le informó que el dinero que se encontraba en su cuenta de ahorro individual sería trasladado a un fondo conservador para evitar la volatilidad del mercado, mientras se realiza el proceso de solicitud de pensión (fl. 14, archivo 04).

Después, el 08/04/2011 Protección S.A. le dijo al demandante que la historia laboral no se encontraba completamente reconstruida y que era necesario conocer la misma con la finalidad reconocer la pensión solicitada. Por ello, Protección S.A. le indicó al demandante que:

> *"(…) para la corrección de estas inconsistencias, Protección S.A. está adelantando todas las gestiones necesarias ante el Seguro Social, a través de nuestro departamento de bonos pensionales, quien reporta su caso como prioritario a fin de que este certifique los tiempos cotizados al Ministerio de Hacienda, quien finalmente es el encargado de liquidar el tiempo cotizado por usted ante el instituto de seguros sociales" (fl. 15, archivo 04).*

Para finalmente, el 03/06/2011 Protección S.A. contestó al demandante que no era procedente el reconocimiento de una pensión de vejez porque:

> *"(…) al momento de su solicitud presenta un total de* ***529.71 semanas*** *cotizadas al Sistema de Seguridad Social en pensión y en la cuenta de ahorro individual tiene un saldo de $15'306.612 por aportes obligatorios en Protección a 03 de junio de 2011. A esta fecha el saldo total en la cuenta de ahorro individual asciende a la suma de $30'979.251, incluido el valor pagado por el Bono Pensional"* (fl. 16, archivo 04).

Seguidamente le explicó que según el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 – pensión de garantía mínima – se requiere 1.150 semanas de cotización y que al tenor del art. 66 ibidem, de no alcanzar el número mínimo de semanas requeridas tendrán derecho a la devolución de saldos por lo que concluyó la AFP que:

> *"Teniendo en cuenta que usted manifestó su imposibilidad de seguir cotizando, no procede el reconocimiento de la pensión de vejez por no cumplir con el capital necesario para financiar su pensión, ni el derecho a la garantía de pensión mínima por no cumplir con el número de semanas exigidas para tal efecto"* (fl. 16, archivo 04).

Derrotero documental del que se desprende que para febrero de 2011 cuando el demandante eleva la solicitud de reconocimiento pensional, la AFP no había cumplido con sus obligaciones en forma oportuna que se traduce en una indebida diligencia de la prestación del servicio al que estaba obligada – Ley 1328/2009 y Decreto 2241/2010 -, pues en la respuesta enviada a este el 08/04/2011 le informó que la historia laboral se encontraba incompleta, por lo que era necesario reconstruirla con la finalidad de establecer los tiempos cotizados en el ISS, que se traducen en el bono pensional que debía emitir la OBP.

En efecto, la AFP se encontraba en la obligación de prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha actividad – art. 4 del Decreto 656 de 1994 -; por lo que, a partir de la vinculación del demandante a Protección S.A. ocurrida el 21/03/2003, ésta contaba con 6 meses para solicitar la emisión del bono pensional a que tuviera derecho el demandante por haber cotizado al ISS y trasladarse a un fondo privado, y hacerle seguimiento trimestral hasta obtener dicho título de deuda pública, todo ello con la finalidad de establecer el capital que ostenta su nuevo afiliado y garantizar la exactitud de la información contenida en la historia laboral del afiliado – art. 20 del Decreto 656 de 1994 -.

Actividad que tal como se desprende de la documental referenciada la AFP Protección S.A. no cumplió en forma oportuna, pues tenía hasta el 22/08/2003 para solicitar la emisión del bono pensional a que tenía derecho el demandante, pero que solo solicitó 2 meses después de que el demandante elevara la solicitud de reconocimiento pensional en el año 2011.

Pero el incumplimiento a las obligaciones de la AFP no terminó allí, sino que las mismas fueron realizadas de forma ineficiente e ineficaz, todo ello en una clara trasgresión al profesionalismo – art. 5 del Decreto 2214/2010 - que exigía que la AFP debía actuar con diligencia al momento de dar información a su afiliado sobre el producto financiero que había adquirido - Ley 1328/2009 y D. 2214/2010-, y por ello debía dar constancia o certificar la condición o estado del producto adquirido al momento en que el afiliado lo solicitara, deber que no cumplió la AFP, pues nótese que en febrero de 2011 el demandante le pidió a su AFP el reconocimiento de la pensión de vejez, pero ésta en abril de 2011 le informó que su historia laboral no estaba completamente reconstruida, pero que realizaría todos los actos tendientes a recabar la totalidad de la historia laboral del demandante, todo ello con la finalidad

de informarle la procedencia de su derecho pensional, lo que era posible pues en tanto lo hizo para el año 2018, no había razón alguna para no hacerlo en el año 2011, justo cuando el demandante le estaba pidiendo el reconocimiento de la pensión de vejez.

No obstante, en junio del mismo año la AFP simplemente le informó al actor que carecía del número de semanas suficientes para alcanzar la gracia pensional, sin rendir cuenta alguna de la actividad a la que estaba obligada y a la que por demás se había comprometido como era reconstruir su historia laboral.

Contrario a ello, y de forma llana el 03/06/2011 la AFP Protección S.A. le informó al demandante valores errados en la totalidad de semanas que tenía cotizadas, pues para junio de 2011 le indicó que solo tenía 529.71 semanas, esto es, 10 años de cotizaciones, pero cuando el demandante solicita en el año 2018 un resumen de su historia laboral le informa que tenía 1.093,14 semanas, esto es, 21 años de cotizaciones.

Al punto se advierte que tal como lo ha enseñado la Corte Constitucional en diversas providencias, entre ellas, en la T-464/2016 "*(…) las administradoras de pensiones son las principales responsables de la custodia de la información, y de la certeza y la exactitud de su contenido".*

De ahí que, dichas entidades tienen un deber máximo de actuar conforme a las garantías del habeas data, pues son las depositarias de una información de la que se desprende el derecho a la seguridad social que es fundamental e irrenunciable, de ahí que al tenor de la Ley 1581 de 2012, las administradoras deben cumplir con el deber de i) conservar la información, ii) garantizarla en condiciones de seguridad; iii) actualizarla y iv) rectificarla, pues se itera son las responsables y encargadas del tratamiento de datos de los afiliados. Incluso el artículo 53 de la Ley 100 de 1993 impone un deber de fiscalización e investigación de las administradoras pensional con el propósito de verificar la exactitud de las cotizaciones y adelantar las investigaciones tendientes a comprobar los hechos que le dan origen a dichas cotizaciones.

En consecuencia, era obligación extrema de la AFP demandada reconstruir plenamente la historia laboral del demandante, pues aun cuando es cierto que el afiliado es quien conoce su vida laboral, lo cierto es que la AFP no puede exculparse

en ello, pues es en ella en quien recae el profesionalismo en la guarda de la información de los afiliados y sobre todo en actualizarla y rectificarla.

Puestas de ese modo las cosas, las 529.71 semanas de cotización informadas al 03/06/2011 que al ser contrastadas con la historia laboral actualizada por Protección S.A. al 01/06/2018 corresponden únicamente a las cotizadas por Nelson Liban Betancourt Rincón a Protección S.A. a partir de la efectividad de su afiliación a dicha AFP, esto es, en mayo de 2003 hasta enero de 2011 y 124,57 semanas que militan en la historia laboral actualizada a junio de 2018 como únicas cobradas a través de bono pensional cotizadas entre el 20/04/1968 y el 09/10/1992 (fl. 5, archivo 4), pese a que dicha historia aduce que el demandante cuenta con 403,14 (fl. 3, archivo 4).

Así, en la respuesta dada por Protección S.A. al demandante en junio de 2011 en la que negó el acceso a la pensión de vejez e incluso a la de garantía de pensión mínima, la AFP dejó de contabilizar los tiempos cotizados por el demandante desde junio de 1997 abril de 2003 que corresponden a "*otros fondos de pensiones"* equivalentes a 291.43 semanas, mes anterior a la efectivización del traslado del demandante a la AFP; así como tampoco verificó con el fin de contabilizar los tiempos que el demandante echaba de menos de abril de 1990 a abril de 1992, todo ello, teniendo en cuenta que la última cotización que hizo el demandante fue en enero de 2011.

Puestas de este modo las cosas, para el 03/06/2011 cuando la AFP contestó de forma negativa la solicitud de pensión del demandante "*impidió"* que Nelson Liban Betancourt Rincón continuara cotizando al sistema para acceder a un provecho o beneficio como era la pensión de garantía mínima, pues para junio de 2011 la AFP únicamente le informó que contaba con 10 años de cotizaciones (529 semanas) y que requería 22 años de las mismas (1.150 semanas), cuando en realidad el actor contaba con 21 años de cotizaciones (1.093 semanas), de ahí que se acredita que el provecho se impidió por el hecho de un sujeto, esto es, el incumplimiento de la AFP del deber de información eficiente, eficaz y oportuna.

Dicho de otra forma, se acreditó que el provecho perseguido que no se pudo alcanzar - prestación del sistema de seguridad social – fue causado por el acto de la AFP consistente en la omisión del cumplimiento de sus obligaciones con la debida diligencia que da lugar a la culpa de Protección S.A. al haber violado un deber o trasgredido una norma jurídica.

Así, en recapitulación de lo expuesto se desprende que la AFP Protección S.A. tenía la obligación de informar al demandante con la debida diligencia y oportunidad sobre el estado del producto financiero que este había contratado con ella, es decir, el número total de semanas que Nelson Liban Betancourt había cotizado al sistema, que debía incluir no solo las cotizaciones realizadas directamente a la AFP, sino también todas aquellas alcanzadas en otros fondos de pensiones o incluso provenientes de un bono pensional para que el demandante pudiera tomar una decisión debidamente informada, esto es, optar por la devolución de saldos de la pensión de vejez o continuar cotizando para alcanzar una pensión, en este caso, de garantía mínima.

Oportunidad que truncó la AFP Protección S.A. y con ello incumplió con el deber de información diligente y profesionalismo impuesta en la ley - Decreto 656 de 1994, Ley 1328/2009 y D. 2214/2010 - pues al dar una información errónea sobre el número total de semanas que tenía (1.093 y no 529 semanas) entonces impidió que el actor alcanzara un capital mayor y un número mayor de septenarios y con ello, hizo que este optara por la citada devolución de saldos que al efectivizarse implicaba que Nelson Liban Betancourt fuera excluido del sistema pensional por el riesgo de vejez, y con ello se impedía a este a continuar cotizando para esta prestación al sistema pensional.

Es que no existe justificación alguna en el marco de diligencia y profesionalismo que debe reinar en la relación AFP y afiliado que ésta en abril de 2011 le informara al demandante que tenía errores en su historia laboral, pero en junio del mismo año de forma simple le indicara que carecía del número total de semanas para alcanzar alguna gracia pensional, sin que le informara al demandante el estado real de sus cotizaciones y los resultados de la corrección de historia laboral a la que se había comprometido, como para que Nelson Liban Betancourt en esa nueva ocasión aprobara el número total de semanas que había cotizado al sistema y con ello, la decisión de optar por la devolución de saldos o seguir cotizando estuviera precedida de una real y verídica información de su historia laboral. Así, la decisión tomada por el demandante hace más de una década se realizó con base en la confianza que este tenía sobra la AFP y la información que esta le entregó para dicha época.

Así las cosas, la AFP demandada no demostró una diligencia y cuidado al brindar la información que debía dar a su afiliado, o la presencia de un error invencible y con ello ninguna buena fe puede desprenderse en su actuar.

iii) Se genera la incertidumbre de saber si el provecho perseguido se hubiera producido.

Para el 03/06/2011 cuando se negó el reconocimiento de la pensión se generó la incertidumbre de saber si el provecho perseguido como era la garantía de pensión mínima se hubiera producido, pues para dicho día aun cuando el demandante contaba con 62 años cumplidos (1er requisito), solo aglutinaba con 1.093 semanas de cotización, es decir, le faltaban 57 semanas (1.150 septenarios) para alcanzar la gracia pensional mínima, de ahí que resultaba incierto si el demandante podía seguir cotizando.

Al punto se advierte que aun cuando en el expediente milita la manifestación realizada por Nelson Liban Betancourt Rincón el 07/02/2011 en la que indicó que solicitaba la pensión de vejez porque carecía de un trabajo estable y no podía seguir cotizando (fl. 60, archivo 13), lo cierto es que 1) tal manifestación únicamente es exigida para obtener la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en el RPM, más no en el RAIS, régimen al que se encontraba afiliado Nelson Liban Betancourt Rincón, pues para la devolución de saldos solo se exige que no se hayan cotizado el número mínimo de semanas y tampoco tengan el capital para financiar la pensión; 2) al tenor del artículo 66 de la Ley 100 de 1993, la AFP tenía la obligación de, una vez constatado que el demandante no tenía el capital para financiar la pensión y tampoco tenía el número de semanas mínimo para acceder a la garantía de pensión mínima, debía informarle al demandante que tendría derecho a la devolución de saldos, "*o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho",* y de la respuesta dada el 03/06/2011 se desprende que la AFP incumplió con el deber de informar el número real de semanas cotizadas (1.093 septenarios) y de inquirir al demandante a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho, pues solo le faltaban 57 semanas, pero contrario a ello, de forma inmediata concedió la devolución de saldos.

En consecuencia, era incierto si a partir de la información real que debía dar la AFP al demandante de que contaba con 1.093 y solo le faltaban 57 semanas, este hubiera continuado cotizando al sistema.

iv) Tal incertidumbre genera la certeza del cercenamiento irreversible de una expectativa o ventaja patrimonial.

Se acreditó que en tanto la AFP hizo la devolución de aportes al demandante, entonces este dejó de ser afiliado al sistema pensional por vejez, pues una vez obtenida la sustitución (devolución de saldos) de la prestación principal (pensión vejez), queda excluido para continuar cotizando para ese mismo riesgo, de ahí que se cercenó de forma irreversible la expectativa que tenía Nelson Liban Betancourt Rincón para continuar cotizando al sistema pensional por el riesgo de vejez.

v) Tal frustración de la probabilidad genera al afectado el derecho a un resarcimiento.

En consecuencia, la AFP Protección frustró la probabilidad de que Nelson Liban Betancourt Rincón accediera a una pensión de garantía mínima y con ello, se genera a favor de este el derecho a ser resarcido.

Se itera la AFP Protección S.A. incumplió sus obligaciones de diligencia y profesionalismo en el manejo de la historia laboral del demandante, pues para junio de 2011 le informó que solo contaba con un poco más de 10 años de cotizaciones, cuando tenía más de 21 años (hecho ilícito), y con ello causó o desencadenó que Nelson Liban Betancourt optara por la devolución de saldos cuando tenía la alta posibilidad o chance de continuar cotizando, pues solo requería 1 año más (nexo de causalidad) con la finalidad de alcanzar una pensión de garantía mínima (daño).

vi) El resarcimiento o reparación se limita a la extensión de la chance; por ende, es inferior al importe total de lo que estaba en juego, pues de lo contrario no sería la reparación de una pérdida de oportunidad, sino de un daño con un resultado cierto cuya reparación sí debe ser total y ya no proporcional.

Rememórese que el demandante pretendió como resarcimiento al daño causado por la pérdida de oportunidad anotada el pago de la pensión de garantía de mínima, su retroactivo y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, supeditado a que le permitieran pagar las cotizaciones que le faltaban para colmar

las 1.150 semanas; no obstante, dichas pretensiones de condena en la forma solicitada están destinadas al fracaso en la medida que la reparación en este tipo de daño, que se caracteriza por la incertidumbre del resultado final, implica que solo podrá resarcirse la chance, más no el daño cierto y completo.

Además, de ninguna manera resultaba posible condenar al pago de una mesada pensional de garantía mínima en tanto que el demandante no cumplió sus requisitos, pues no colmó las 1.150 semanas requeridas por la norma y mucho menos puede pretender que se autorice pagar aportes pensionales para alcanzar dicha densidad de semanas, porque está desvinculado del sistema pensional de vejez, debido a que obtuvo la devolución de saldos, pues para ello debió haber solicitado la ineficacia de esta prestación subsidiaria – de cumplirse los requisitos para ellos -.

Tampoco podía pretender que las 1.150 se alcanzarán descontando del retroactivo pretendido, al que tampoco tendría derecho, en la medida que al tenor del literal l, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, no se puede pagar las semanas de cotización para alcanzar los requisitos pensionales, máxime porque tal como se explicó en líneas anteriores con el recibimiento de la devolución de saldos el demandante quedó por fuera de la cobertura por el riesgo de vejez; y por ello, también fracasa la pretensión de pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues esta solo es procedente por la mora en el pago de las mesadas pensionales que aquí no ocurrió.

No obstante, **en tanto prosperó la pretensión declarativa y se acreditó el daño causado, entonces sí hay lugar a realizar una condena, pero tal como exige la jurisprudencia**, esto es, a la indemnización de la oportunidad perdida, no a título de mesada ni en la extensión de esta, sino en una suma de dinero única que representa la chance perdida y que en todo caso es inferior al importe total de lo que estaba en juego, esto es, de la pensión de garantía mínima y su retroactivo pensional desde la causación.

Para febrero de 2011 el demandante contaba con 62 años de edad y 1.093 semanas de cotización; por lo que, le faltaban 57 semanas de cotización para alcanzar la garantía de pensión mínima, que bajo la incertidumbre narrada pudieron haberse colmado durante el año siguiente, esto es, en el año 2012, momento a partir del cual probablemente el demandante podría haber alcanzado la prestación ahora

analizada; no obstante, solo hasta junio de 2018 es que el demandante ***conoce*** su verdadera historia laboral y por ende, atiende la pérdida de oportunidad a la que fue sometido por la AFP cuando en junio de 2011 le informó erradamente el número de semanas cotizadas que ostentaba.

PONENCIA DE LA MAGISTRADA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Por otra parte, no puede perderse de vista que la negligencia de la AFP impactó el disfrute de un derecho de rango constitucional como es la seguridad social en pensiones, incuria que es **objetiva y no subjetiva, por el incumplimiento de deberes legales y constitucionales por parte de la AFP,** razón por la cual la reparación de esa negligencia no depende del momento en que el demandante tuvo conocimiento del yerro, que lo fue en junio de 2018, sino desde cuando la AFP irresponsablemente le quitó la oportunidad al actor de procurar su pensión de vejez, al comunicarle el 03/06/2011 que carecía del número de semanas suficientes para alcanzar la gracia pensional porque supuestamente sólo tenía 529.71 semanas, cuando en realidad acumulaba 1.093,14 semanas, como se explicó líneas arriba.

Puestas de ese modo las cosas, la reparación del demandante es equivalente al valor de la garantía de pensión mínima, esto es, un salario mínimo, contado a partir del **1° de agosto de 2012**, fecha en la que el actor hubiera alcanzado a cotizar las 57 semanas que le hacían falta para completar las 1.150 semanas que le hacían falta para la garantía de pensión mínima, amén de que para esa fecha ya tenía más de 63 años de edad.

En consecuencia, la reparación del demandante obedece al número de mesadas que debía recibir a título de garantía de pensión mínima desde el 1° de agosto de 2012 hasta la expectativa legítima de vida del demandante que corresponde a 20.5 años (Resolución 1555 de 2010). Para el cálculo de la liquidación se tomó el valor del salario mínimo que correspondía a cada año y se indexó cada mesada desde su causación hasta el 30 de junio de 2023. En adelante se tomó el valor actual del salario mínimo hasta el mes de noviembre de 2032, mesadas que por ahora es imposible indexar. En ese orden, el total arroja un capital de $291’916.502, suma que deberá indexarse a partir del 1° de julio de 2023 hasta el pago total de la obligación.

Liquidado *HASTA* (Año/Mes/Día) :	30/11/32
Liquidado *DESDE* (Año/Mes/Día) :	1/08/12

Año	Mes	MESADA	IPC inicial	IPC final	INDEXACION	MESADA INDEXADA
2012	08	$566.700,00	77,73	134,45	$413.464,02	$980.164,02
2012	09	$566.700,00	77,96	134,45	$410.665,63	$977.365,63
2012	10	$566.700,00	78,08	134,45	$409.071,37	$975.771,37
2012	11	$566.700,00	77,98	134,45	$410.407,18	$977.107,18
2012	12	$566.700,00	78,05	134,45	$409.539,71	$976.239,71
2012	M13	$566.700,00	78,28	134,45	$406.639,29	$973.339,29
2013	01	$ 589.500,00	78,28	134,45	$ 422.999,58	$ 1.012.499,58
2013	02	$589.500,00	78,63	134,45	$418.522,58	$1.008.022,58
2013	03	$589.500,00	78,79	134,45	$416.452,91	$1.005.952,91
2013	04	$589.500,00	78,99	134,45	$413.914,86	$1.003.414,86
2013	05	$589.500,00	79,21	134,45	$411.126,00	$1.000.626,00
2013	06	$589.500,00	79,39	134,45	$408.781,69	$998.281,69
2013	07	$589.500,00	79,43	134,45	$408.333,89	$997.833,89
2013	08	$589.500,00	79,50	134,45	$407.502,32	$997.002,32
2013	09	$589.500,00	79,73	134,45	$404.590,45	$994.090,45
2013	10	$589.500,00	79,52	134,45	$407.177,61	$996.677,61
2013	11	$589.500,00	79,35	134,45	$409.337,50	$998.837,50
2013	12	$589.500,00	79,56	134,45	$406.711,96	$996.211,96
2013	M13	$589.500,00	79,56	134,45	$406.711,96	$996.211,96
2014	01	$616.000,00	79,95	134,45	$419.957,67	$1.035.957,67
2014	02	$616.000,00	80,45	134,45	$413.464,10	$1.029.464,10
2014	03	$616.000,00	80,77	134,45	$409.421,97	$1.025.421,97
2014	04	$616.000,00	81,14	134,45	$404.749,94	$1.020.749,94
2014	05	$616.000,00	81,53	134,45	$399.835,74	$1.015.835,74
2014	06	$616.000,00	81,61	134,45	$398.889,94	$1.014.889,94
2014	07	$616.000,00	81,73	134,45	$397.356,73	$1.013.356,73
2014	08	$616.000,00	81,90	134,45	$395.302,07	$1.011.302,07
2014	09	$616.000,00	82,01	134,45	$393.930,14	$1.009.930,14
2014	10	$616.000,00	82,14	134,45	$392.268,61	$1.008.268,61
2014	11	$616.000,00	82,25	134,45	$390.941,38	$1.006.941,38
2014	12	$616.000,00	82,47	134,45	$388.262,29	$1.004.262,29
2014	M13	$616.000,00	82,47	134,45	$388.262,29	$1.004.262,29
2015	01	$644.350,00	83,00	134,45	$399.406,41	$1.043.756,41
2015	02	$644.350,00	83,96	134,45	$387.543,64	$1.031.893,64
2015	03	$644.350,00	84,45	134,45	$381.533,76	$1.025.883,76
2015	04	$644.350,00	84,90	134,45	$376.053,12	$1.020.403,12
2015	05	$644.350,00	85,12	134,45	$373.376,00	$1.017.726,00
2015	06	$644.350,00	85,21	134,45	$372.308,75	$1.016.658,75

2015	07	$644.350,00	85,37	134,45	$370.428,97	$1.014.778,97
2015	08	$644.350,00	85,78	134,45	$365.581,08	$1.009.931,08
2015	09	$644.350,00	86,39	134,45	$358.405,69	$1.002.755,69
2015	10	$644.350,00	86,98	134,45	$351.612,11	$995.962,11
2015	11	$644.350,00	87,51	134,45	$345.642,50	$989.992,50
2015	12	$644.350,00	88,05	134,45	$339.531,34	$983.881,34
2015	M13	$644.350,00	88,05	134,45	$339.531,34	$983.881,34
2016	01	$689.455,00	89,19	134,45	$349.885,09	$1.039.340,09
2016	02	$689.455,00	90,33	134,45	$336.753,45	$1.026.208,45
2016	03	$689.455,00	91,18	134,45	$327.159,91	$1.016.614,91
2016	04	$689.455,00	91,63	134,45	$322.141,33	$1.011.596,33
2016	05	$689.455,00	92,10	134,45	$317.010,51	$1.006.465,51
2016	06	$689.455,00	92,54	134,45	$312.205,89	$1.001.660,89
2016	07	$689.455,00	93,02	134,45	$307.024,37	$996.479,37
2016	08	$689.455,00	92,73	134,45	$310.222,49	$999.677,49
2016	09	$689.455,00	92,68	134,45	$310.750,93	$1.000.205,93
2016	10	$689.455,00	92,62	134,45	$311.350,36	$1.000.805,36
2016	11	$689.455,00	92,73	134,45	$310.231,33	$999.686,33
2016	12	$689.455,00	93,11	134,45	$306.081,33	$995.536,33
2016	M13	$689.455,00	93,11	134,45	$306.081,33	$995.536,33
2017	01	$737.717,00	94,07	134,45	$316.708,47	$1.054.425,47
2017	02	$737.717,00	95,01	134,45	$306.209,33	$1.043.926,33
2017	03	$737.717,00	95,46	134,45	$301.369,03	$1.039.086,03
2017	04	$737.717,00	95,91	134,45	$296.469,77	$1.034.186,77
2017	05	$737.717,00	96,12	134,45	$294.144,87	$1.031.861,87
2017	06	$737.717,00	96,23	134,45	$292.963,25	$1.030.680,25
2017	07	$737.717,00	96,18	134,45	$293.490,68	$1.031.207,68
2017	08	$737.717,00	96,32	134,45	$292.048,45	$1.029.765,45
2017	09	$737.717,00	96,36	134,45	$291.633,91	$1.029.350,91
2017	10	$737.717,00	96,37	134,45	$291.461,84	$1.029.178,84
2017	11	$737.717,00	96,55	134,45	$289.604,06	$1.027.321,06
2017	12	$737.717,00	96,92	134,45	$285.664,79	$1.023.381,79
2017	M13	$737.717,00	96,92	134,45	$285.664,79	$1.023.381,79
2018	01	$781.242,00	97,53	134,45	$295.765,48	$1.077.007,48
2018	02	$781.242,00	98,22	134,45	$288.212,34	$1.069.454,34
2018	03	$781.242,00	98,45	134,45	$285.650,70	$1.066.892,70
2018	04	$781.242,00	98,91	134,45	$280.746,46	$1.061.988,46
2018	05	$781.242,00	99,16	134,45	$278.059,41	$1.059.301,41
2018	06	$781.242,00	99,31	134,45	$276.423,60	$1.057.665,60
2018	07	$781.242,00	99,18	134,45	$277.774,25	$1.059.016,25
2018	08	$781.242,00	99,30	134,45	$276.507,63	$1.057.749,63
2018	09	$781.242,00	99,47	134,45	$274.765,23	$1.056.007,23
2018	10	$781.242,00	99,59	134,45	$273.495,62	$1.054.737,62
2018	11	$781.242,00	99,70	134,45	$272.261,08	$1.053.503,08

2018	12	$781.242,00	100,00	134,45	$269.137,87	$1.050.379,87
2018	M13	$781.242,00	100,00	134,45	$269.137,87	$1.050.379,87
2019	01	$828.116,00	100,60	134,45	$278.645,39	$1.106.761,39
2019	02	$828.116,00	101,18	134,45	$272.301,04	$1.100.417,04
2019	03	$828.116,00	101,62	134,45	$267.536,39	$1.095.652,39
2019	04	$828.116,00	102,12	134,45	$262.171,86	$1.090.287,86
2019	05	$828.116,00	102,44	134,45	$258.766,04	$1.086.882,04
2019	06	$828.116,00	102,71	134,45	$255.908,89	$1.084.024,89
2019	07	$828.116,00	102,94	134,45	$253.486,84	$1.081.602,84
2019	08	$828.116,00	103,03	134,45	$252.542,02	$1.080.658,02
2019	09	$828.116,00	103,26	134,45	$250.134,98	$1.078.250,98
2019	10	$828.116,00	103,43	134,45	$248.362,74	$1.076.478,74
2019	11	$828.116,00	103,54	134,45	$247.219,10	$1.075.335,10
2019	12	$828.116,00	103,80	134,45	$244.525,58	$1.072.641,58
2019	M13	$828.116,00	103,80	134,45	$244.525,58	$1.072.641,58
2020	01	$877.803,00	104,24	134,45	$254.397,82	$1.132.200,82
2020	02	$877.803,00	104,94	134,45	$246.845,50	$1.124.648,50
2020	03	$877.803,00	105,53	134,45	$240.557,78	$1.118.360,78
2020	04	$877.803,00	105,70	134,45	$238.759,09	$1.116.562,09
2020	05	$877.803,00	105,36	134,45	$242.362,27	$1.120.165,27
2020	06	$877.803,00	104,97	134,45	$246.524,08	$1.124.327,08
2020	07	$877.803,00	104,97	134,45	$246.524,08	$1.124.327,08
2020	08	$877.803,00	104,96	134,45	$246.631,20	$1.124.434,20
2020	09	$877.803,00	105,29	134,45	$243.106,99	$1.120.909,99
2020	10	$877.803,00	105,23	134,45	$243.746,11	$1.121.549,11
2020	11	$877.803,00	105,08	134,45	$245.347,11	$1.123.150,11
2020	12	$877.803,00	105,48	134,45	$241.087,91	$1.118.890,91
2020	M13	$877.803,00	105,48	134,45	$241.087,91	$1.118.890,91
2021	01	$908.526,00	105,91	134,45	$244.824,21	$1.153.350,21
2021	02	$908.526,00	106,58	134,45	$237.573,84	$1.146.099,84
2021	03	$908.526,00	107,12	134,45	$231.796,26	$1.140.322,26
2021	04	$908.526,00	107,76	134,45	$225.023,75	$1.133.549,75
2021	05	$908.526,00	108,84	134,45	$213.775,73	$1.122.301,73
2021	06	$908.526,00	108,78	134,45	$214.394,76	$1.122.920,76
2021	07	$908.526,00	109,14	134,45	$210.690,79	$1.119.216,79
2021	08	$908.526,00	109,62	134,45	$205.790,01	$1.114.316,01
2021	09	$908.526,00	110,04	134,45	$201.536,89	$1.110.062,89
2021	10	$908.526,00	110,06	134,45	$201.335,17	$1.109.861,17
2021	11	$908.526,00	110,60	134,45	$195.916,32	$1.104.442,32
2021	12	$908.526,00	111,41	134,45	$187.886,54	$1.096.412,54
2021	M13	$908.526,00	111,41	134,45	$187.886,54	$1.096.412,54
2022	01	$1.000.000,00	113,26	134,45	$187.091,65	$1.187.091,65
2022	02	$1.000.000,00	115,11	134,45	$168.013,20	$1.168.013,20
2022	03	$1.000.000,00	116,26	134,45	$156.459,66	$1.156.459,66

2022	04	$1.000.000,00	117,71	134,45	$142.213,92	$1.142.213,92
2022	05	$1.000.000,00	118,70	134,45	$132.687,45	$1.132.687,45
2022	06	$1.000.000,00	119,31	134,45	$126.896,32	$1.126.896,32
2022	07	$1.000.000,00	120,27	134,45	$117.901,39	$1.117.901,39
2022	08	$1.000.000,00	121,50	134,45	$106.584,36	$1.106.584,36
2022	09	$1.000.000,00	122,63	134,45	$96.387,51	$1.096.387,51
2022	10	$1.000.000,00	123,51	134,45	$88.575,82	$1.088.575,82
2022	11	$1.000.000,00	124,46	134,45	$80.266,75	$1.080.266,75
2022	12	$1.000.000,00	126,03	134,45	$66.809,49	$1.066.809,49
2022	M13	$1.000.000,00	126,03	134,45	$66.809,49	$1.066.809,49
2023	01	$1.160.000,00	128,27	134,45	$55.888,36	$1.215.888,36
2023	02	$1.160.000,00	130,40	134,45	$36.027,61	$1.196.027,61
2023	03	$1.160.000,00	131,77	134,45	$23.592,62	$1.183.592,62
2023	04	$1.160.000,00	132,80	134,45	$14.412,65	$1.174.412,65
2023	05	$1.160.000,00	133,38	134,45	$9.305,74	$1.169.305,74
2023	06	$1.160.000,00	133,78	134,45	$5.809,54	$1.165.809,54
2023	07	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2023	08	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2023	09	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2023	10	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2023	11	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2023	12	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2023	M13	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2024	01	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2024	02	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2024	03	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2024	04	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2024	05	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2024	06	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2024	07	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2024	08	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2024	09	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2024	10	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2024	11	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2024	12	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2024	M13	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2025	01	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2025	02	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2025	03	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2025	04	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2025	05	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2025	06	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2025	07	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2025	08	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00

2025	09	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2025	10	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2025	11	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2025	12	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2025	M13	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2026	01	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2026	02	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2026	03	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2026	04	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2026	05	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2026	06	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2026	07	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2026	08	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2026	09	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2026	10	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2026	11	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2026	12	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2026	M13	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2027	01	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2027	02	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2027	03	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2027	04	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2027	05	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2027	06	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2027	07	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2027	08	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2027	09	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2027	10	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2027	11	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2027	12	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2027	M13	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2028	01	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2028	02	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2028	03	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2028	04	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2028	05	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2028	06	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2028	07	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2028	08	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2028	09	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2028	10	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2028	11	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2028	12	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2028	M13	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00

2029	01	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2029	02	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2029	03	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2029	04	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2029	05	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2029	06	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2029	07	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2029	08	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2029	09	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2029	10	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2029	11	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2029	12	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2029	M13	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2030	01	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2030	02	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2030	03	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2030	04	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2030	05	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2030	06	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2030	07	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2030	08	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2030	09	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2030	10	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2030	11	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2030	12	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2030	M13	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2031	01	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2031	02	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2031	03	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2031	04	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2031	05	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2031	06	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2031	07	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2031	08	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2031	09	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2031	10	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2031	11	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2031	12	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2031	M13	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2032	01	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2032	02	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2032	03	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2032	04	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2032	05	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00

2032	**06**	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2032	**07**	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2032	**08**	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2032	**09**	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2032	**10**	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00
2032	**11**	$1.160.000,00	134,45	134,45	$0,00	$1.160.000,00

Total Mesadas			
$251.625.417,00		**$40.291.085,91**	**$291.916.502,91**

PONENCIA COMPARTIDA DE LAS MAGISTRADAS OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA Y ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Dicha condena debe pagarse por la AFP Protección S.A. con cargo a sus propios recursos, pues la responsabilidad por la que es condenada es a título personal con ocasión a su indebido actuar; de ahí que ninguna afectación se realiza a la estabilidad financiera del fondo de pensiones que esta administra.

Al punto se advierte que esta forma de contabilización del perjuicio de ninguna manera puede ser equivalente al pago mensual de una pensión de garantía mínima como pretendió el demandante, porque además de que no cumplió los requisitos, el daño causado fue la pérdida de esa oportunidad de seguir cotizando para adquirir la pensión de garantía mínima, su tasación no puede confundirse con ella, pues lo que ahora se indemniza es tal pérdida de oportunidad, más no el daño cierto y concreto que hubiera tenido el demandante a la pensión citada, que como ya se explicó era incierto y por ello, solo se acredita ahora el daño como pérdida de oportunidad de seguir cotizando para alcanzar tal prestación.

Además, se advierte que esta condena de ninguna manera excede los límites de esta Colegiatura – fallo extra petita -, pues los jueces solo están obligados a tasar las condenas derivadas de las declaraciones realizadas conforme lo permite la norma y en el evento de ahora la acreditación del daño por pérdida de oportunidad no podía tener como resarcimiento una pensión, pues esta es propia de la seguridad social, sino de una suma de dinero bajo los parámetros generales de las cargas y desenlaces indemnizatorios.

En consecuencia, el monto de $291’916.502 equivale a esta pérdida de oportunidad contabilizada desde el 1° de agosto de 2012 hasta su expectativa de vida (20.5 años), es decir, desde el momento en que el demandante tuvo la oportunidad de acceder a una garantía de pensión mínima pero que perdió con la indebida información otorgada al momento en que optó por la devolución de saldos y no por continuar cotizando, y hasta el hito en que pudo haber disfrutado de dicha gracia pensional.

Finalmente, es preciso acotar que **no hay lugar a imponer al demandante la carga de devolver los saldos pagados en junio de 2011** pues aquellos fueron fruto del capital que este logró ahorrar en el RAIS y que corresponde precisamente a una prestación subsidiaria que otorgó la AFP y que se encuentra dentro de las varias posibilidades de prestaciones existentes en el sistema pensional; mientras que el monto de $291’916.502 que ahora se impone a pagar a la AFP no es a título de alguna prestación a que tuviera derecho el demandante dentro del sistema de seguridad social en pensiones, sino a título de resarcimiento de un daño causado por la AFP al demandante en el cumplimiento de las obligaciones contractuales que pactaron cuando este se afilió a aquella en el año 2003 y que desembocó en la pérdida de la oportunidad de seguir cotizando para acceder a una prestación principal - pensión de vejez - y por ello, su pago de ninguna manera implica un enriquecimiento sin causa, porque el citado capital de $291’916.502 tiene un motivo o causa diferente a la devolución de saldos recibida en el año 2011, la primera como consecuencia de un daño y la segunda como consecuencia de una prestación subsidiaria que otorga el sistema pensional.

Conclusión que se encuentra acorde con la doctrina indemnizatoria expuesta entre otros, por Juan Carlos Henao en la obra “*El daño”* y con la “*compensatio lucri cum damno”*(pp. 5o y ss.) en la medida resulta acertado que el afectado reciba compensaciones de varias fuentes, siempre que las mismas no se excluyan entre sí, o dicho en palabras del doctrinante “*(…) el cúmulo de compensaciones se acepta porque proviene de causas o títulos diferentes que no son excluyentes entre sí, no se viola la regla de la indemnización plena de sólo el daño”* (pp. 52, ibidem). Ejemplos de ello es la *“indemnización a forfait”* (pp. 53, ibidem) que plantea que puede ocurrir que la víctima tenga derecho a una prestación laboral y al mismo tiempo una indemnización integral por el daño sufrido que, traducido a nuestro caso, corresponde a la devolución de saldos, que es una prestación subsidiaria del

sistema de seguridad social en pensiones que no excluye la indemnización por la indebida información dada al demandante.

3. De las excepciones de mérito

3.1. De la prescripción

Finalmente, en cuanto al medio exceptivo de prescripción elevado por Protección S.A. se advierte que el mismo no acaeció en la medida que Nelson Liban Betancourt Rincón solo tuvo conocimiento del número total de semanas cotizadas el 01/06/2018 cuando fue emitida su historia laboral, y en tanto la demanda la presentó el 04/03/2019 (archivo 6, exp. Digital), no habían trascurrido los 3 años contemplados para la extinción de las acciones laborales – art. 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L. y de la S.S. -.

Ninguna otra fecha puede elegirse para despuntar la prescripción, como por ejemplo, el momento en que alcanzó los 62 años (6 de febrero de 2011), porque tal como lo ha enseñado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en decisiones como la SL373-2021 y SL053-2022 en las que se explicó el hito de inicio de la prescripción frente a los reclamos indemnizatorios por indebida información, que al tenor del artículo 2341 del C.C. y el art. 16 de la Ley 446 de 1998, esta solo comienza a correr cuando el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud, que para el evento de ahora corresponde al momento en que el demandante tuvo conocimiento del número total real de semanas que tenía, y no cuando alcanzó la edad para pensión - 62 años - pues para dicho momento el daño no era perceptible en su totalidad.

Así, en palabras de la Corte en la SL373-2021:

"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".

O en lo discurrido en la decisión SL053-2022:

"No obstante, «En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término

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

Intelección del conteo de la prescripción que guarda coincidencia con el pensamiento vertido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia para contabilizar la prescripción en los negocios simulados en decisión SC21801-2017 que incluso memoró la postura de dicha alta corte desde el 20/10/1959. Así, explicó que el término deletereo no se contabiliza desde la fecha en que fue celebrado el acto simulado, sino desde el momento en que se desconoce el negocio real por parte del deudor de la simulación. Solo es en ese momento en que nace el intereés para elevar acción alguna con el propósito de deshacer el contrato simulado, o en palabras de la corte:

“Para la Corte, dicho plazo letal no puede contarse desde la fecha de celebración del negocio, sino a partir de un hecho que implique un desconocimiento del derecho o relación jurídica acordada entre las partes del convenio.

(…)

Pero para el ejercicio de la acción de simulación es requisito indispensable la existencia de un interés jurídico en el actor. Es la aparición de tal interés lo que determina la acción de prevalencia. Mientras él no exista, la acción no es viable. De consiguiente, el término de la prescripción extintiva debe comenzar a contarse desde el momento en que aparece el interés jurídico del actor. Sólo entonces se hacen exigibles las obligaciones nacidas del acto o contrato oculto, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 2535 del C. C.”.

Puestas de ese modo las cosas y ante la evidencia jurisprudencial para contabilizar el término de prescripción en los eventos de reclamación de perjuicios por la

indebida información otorgada al momento de realizar la afiliación al RAIS, entonces en el evento de ahora la indemnización reclamada no prescribió.

3.2. De las demás excepciones

Los argumentos expuestos en el argumento principal resuelven implícitamente las restantes excepciones.

CONCLUSIÓN

Conforme con lo expuesto, se revocará la sentencia de primer grado. Costas en ambas instancias a cargo de Protección S.A. y a favor de Nelson Liban Betancourt Rincón al tenor del numeral 4º del artículo 365 del C.G.P. en tanto se revocó totalmente la sentencia del inferior, de ahí que la parte vencida deberá ser condenada a las costas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 14 de julio de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Nelson Liban Betancourt Rincón** contra **Protección S.A.,** trámite al que se vinculó al **Ministerio de Hacienda y Crédito Público,** para en su lugar:

1º. DECLARAR que Protección S.A. incurrió en un incumplimiento contractual con ocasión al contrato de afiliación de Nelson Liban Betancourt Rincón al sistema de seguridad social por errores en la información y buen consejo (trasgresión a una norma jurídica).

2o. DECLARAR que como consecuencia del citado incumplimiento contractual Protección S.A. es responsable del daño causado a Nelson Liban

Betancourt Rincón consistente en la pérdida de oportunidad de continuar cotizando para asir el derecho a la garantía de pensión mínima.

3º. CONDENAR a Protección S.A. a pagar a Nelson Liban Betancourt Rincón a título de resarcimiento la suma total de $291’916.502, indexada hasta el 30 de junio de 2023 y en adelante deberá indexarse desde el 1° de julio de 2023 hasta el pago total de la obligación.

4º. NEGAR las restantes pretensiones.

5o. DECLARAR no probada la excepción de prescripción presentada por Protección S.A. y las demás formuladas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de ambas instancias a Protección S.A. a favor del demandante, por lo expuesto.

Notificación surtida en estados,

Quienes integran la Sala,

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
Magistrada Ponente
SALVA VOTO PARCIAL

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado
SALVA VOTO PARCIAL

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada Ponente

GERMAN DARÍO GOEZ VINASCO
Magistrado

Firmado Por:

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda
Firma Con Salvamento Parcial De Voto

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

German Dario Goez Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **dfa13ff4698ea4c2e88abacc50980b96ebf8041728a9542164f40b6b9b5f62ec**
Documento generado en 30/08/2023 07:20:34 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica