



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Mario de Jesús Yaver López
DEMANDADOS	Colpensiones, Colfondos S.A., Porvenir S.A. y el Ministerio de Hacienda
LITISCONSORTE	Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-019-2020-00083
TEMA	Ineficacia de traslado de pensionado en el RAIS – indemnización de perjuicios
DECISIÓN	Revoca sentencia

El quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el Acta **039** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **MARIO DE JESÚS YAYER LÓPEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍA**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, y el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO -OFICINA DE BONOS PENSIONALES-**, en donde se integró como litisconsorcio necesario por pasiva a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA P S.A.**, con radicado **05-001-31-05-019-2020-00083**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos de la sustitución de poder conferido por la doctora **ELIANA MORENO PEDROZA**, en calidad de apoderada judicial para procesos de **COLPENSIONES** de la firma a **MUÑOZ Y ESCRUCERÍA S.A.S**, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar al Dr. **DIDIER ANDRÉS MESA**

MORA, identificado con cédula de ciudadanía N° 1.017.204.270 y portador de la tarjeta profesional N° 261.150 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de la entidad de COLPENSIONES.

- **PRETENSIONES:**

El demandante pretende se declare la ineficacia del traslado en pensiones realizado el 26 de noviembre de 1999 al RAIS, debiéndose tener como válidamente afiliado al RPM.

Como consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los aportes en pensiones realizados, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración, comisiones y sumas dirigidas a cubrir los seguros previsionales; condenando de igual forma a COLPENSIONES a validar los aportes en pensiones trasladados e incorporarlos en la historia laboral, debiéndosele reconocer la pensión de vejez conforme a la ley 797 de 2003 a partir del 24 de agosto de 2018.

Subsidiariamente solicita, se condene a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A. a pagar a manera de perjuicio la pensión de vejez a partir del 24 de agosto de 2018, por el valor que hubiere correspondido en el RPM, mientras COLPENSIONES, reconoce y paga la pensión.

Que en caso de que no se acceda a la condena principal, como pretensión segunda subsidiaria, se condene a COLFONDOS y a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 24 de agosto de 2018, en las mismas condiciones en la que la hubiese reconocido y pagado COLPENSIONES, bajo los presupuestos del artículo 9 de la ley 797 de 2003.

Y que se condene en costas a las demandadas.

- **HECHOS:**

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifestó que nació el 7 de abril de 1956. Que estuvo afiliado al RPM administrado por el ISS hoy

COLPENSIONES. Que se trasladó a COLFONDOS S.A., el 26 de noviembre de 1999, cuando estaba laborando para MANUFACTURAS ELIOT. Que nunca le informaron del derecho de retracto, ni los efectos y consecuencias del traslado, como tan poco se le realizó un comparativo de regímenes, tan solo le manifestaron que se pensionaría mejor que en el RPM. Que se trasladó a PORVENIR S.A. el 27 de agosto de 2008, sin informarle la prohibición legal del artículo 2 de la ley 797 de 2003, y además no estuvo atendido de una asesoría seria y personalizada. Que cotizó a pensiones un total de 1.595 semanas, de las cuales 585 fueron al RPM. Que el promedio de cotización durante los últimos 10 años fue de \$12'164.954, y el de toda la vida de \$9'783.128. Que la pensión en el RPM sería de \$8'211.343. Que PORVENIR S.A. le reconoció la pensión de vejez a partir del 24 de agosto de 2018, en cuantía de \$3'161.209, bajo la modalidad de retiro programado. Y que solicitó el reconocimiento pensional a COLPENSIONES, el cual fue negado.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Esta entidad a través de su apoderada, manifestó en la contestación a la demanda que, es cierta la fecha de nacimiento del demandante y su afiliación al sistema general de pensiones. Frente a los demás hechos, indica que, por ser situaciones ajenas a esta entidad, se atiene a lo probado. Y que es cierta la solicitud de traslado, la misma que fue negada. Se opuso a todas las pretensiones, y propuso varias excepciones de mérito.

- ✓ PORVENIR S.A.:

Frente a los hechos de la demanda expone que no le consta la edad del demandante ni la afiliación al ISS. Que no le constan los hechos que van dirigido en contra de otra entidad. Que el primer traslado realizado por el demandante fue a ING hoy PROTECCIÓN, vinculación que se ratificó con el traslado a COLFONDOS S.A. Que el traslado a PORVENIR S.A. en el año 2001, fue de manera libre e informada. Que siempre se le informó de las ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, y nunca se le omitió información. Que el demandante ya no tiene la calidad de afiliado, toda vez que desde el año 2018, ostenta la calidad de pensionado bajo la modalidad de

retiro programado, no pudiéndose revertir un derecho consolidado. Se opuso a todas las pretensiones. Y planteó varias excepciones de fondo, como también la excepción previa por falta de integración del Litis consorcio necesario.

✓ MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO:

Frente a las circunstancias fácticas manifiesto que no le constan los hechos por corresponderle a los fondos privados pronunciarse, ya que el demandante se encuentra vinculado en el RAIS desde el 24 de septiembre de 1998. Se opuso a todas las pretensiones, y planteó varias excepciones de fondo.

✓ COLFONDOS:

Frente a los hechos de la demanda manifestó que no le constan los hechos entre el demandante y los terceros ajenos a la entidad. Que frente al traslado esta entidad no tuvo injerencia alguna, ya que la vinculación con esta entidad fue en el año 1999, pero como un traslado de otro fondo del RAIS. Que al demandante si se le ofreció toda la información especializada e idónea por parte del promotor comercial. Que muchos de los hechos son apreciaciones de la parte actora. Que, para la fecha de traslado, los fondos privados no tenían la obligación de brindar la información en los términos en que lo solicita la parte actora. Y que no le constan los hechos que van dirigido en contra de otro fondo privado. Se opuso a todas las pretensiones, y propuso varias excepciones de fondo.

✓ PROTECCIÓN S.A.:

En la contestación a la demanda, expuso que no le consta ninguno de los hechos de la demanda, por tratarse de una asesoría o trámite adelantado ante otra administradora, sin tener injerencia alguna, por lo tanto, le corresponde a la parte actora probarlo dentro del proceso. Se opuso a las pretensiones que van dirigidas en su contra. Y planteó varias excepciones de fondo.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 18 de marzo de 2022, el Juzgado Decimonoveno Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ que el demandante tiene derecho a que COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. le indemnicen los perjuicios de índole material causados a partir del incumplimiento del deber de información presentado cuando se dio el traslado a cada una de las entidades, cuyas obligaciones se presentan a partir de una fusión.

Como argumentó de su decisión, expuso que en el presente proceso está acreditado **el hecho**, pues existió la falta del deber de información; asimismo, **el daño**, ya que el actor cotizó 1.605 semanas, cotizando desde julio de 2018 hacia atrás con unos valores bastante superiores, lo que daría cuenta que la pensión en el RPM podría ser superior al RAIS; y el **nexo causal**, ya que fue a raíz de la omisión del deber de información que se produjo el traslado al RAIS y que se generó el daño bajo la figura de pérdida de oportunidad que le impidió obtener la pensión en el RPM, y por tanto debe proceder la reparación, a través de la indemnización de perjuicios, sin que se vea afectado por el fenómeno prescriptivo.

Como consecuencia, **CONDENÓ** a COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a cancelar al demandante a título de indemnización de perjuicios, la diferencia entre la pensión que hubiere correspondido dentro del régimen de prima media con prestación definida según los artículos 21 de la Ley 100 de 1993 y 10 de la Ley 797 de 2003, y la que le viene siendo reconocida por parte de PORVENIR S.A. desde el 24 de agosto de 2018, y en lo sucesivo mientras el derecho pensional por vejez se mantenga, correspondiendo a cada AFP asumir la 1/3 parte del valor de la diferencia.

ABSOLVIÓ a COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. y la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, de las restantes pretensiones incoadas en su contra por el actor.

Y, **CONDENÓ** en costas a COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. en favor del demandante.

• **APELACIONES:**

✓ PROTECCIÓN S.A.:

El apoderado de a la entidad accionada interpuso recurso de apelación en su totalidad, manifestando que PROTECCIÓN S.A. cumplió con todas las obligaciones con el demandante, en el año 1998, cuando se da la afiliación primigenia ante DAVIVIR – ING. Que el perjuicio que el actor manifiesta haber sufrido, no le es imputable a esta entidad, ya que el actor realizó traslados entre administradoras del fondo privado, siendo la última PORVENIR S.A. entidad ante la cual ostenta la calidad de pensionado desde el mes de agosto de 2018. Que el demandante para adquirir dicho estatus de pensionado, debió realizar toda la tramitología para ello, como lo es autorizar a la AFP para gestiones el bono pensional, autorizar la historia laboral, autorizar el monto y la modalidad pensional, la cual manifestó en el interrogatorio que recibió conforme, pero que debido a la necesidad que se encontraba. Que nunca realizó una actuación de rechazar el monto de la prestación que le había sido concedida. Que de existir un perjuicio es atribuible, exclusivamente al accionante, ya que solicitó la prerrogativa pensional, pues debe recordarse que los fondos privados deben dar oportuna respuesta a las prestaciones solicitadas por los afiliados. Que para que la pretensión indemnizatoria prospere tiene que ocurrir varios presupuestos, como lo son el hecho culposo, el perjuicio y el nexo de causalidad, siendo este último para el juez la omisión de la información, la cual no se puede dar, ya que el demandante se trasladó en diferentes oportunidades, y conforme a la sentencia SL17595 de 2017, el accionante podía reclamar la falta de información, pero previo a su consolidación de su situación pensional. Que con la sentencia se desconoce la finalidad de los fondos privados, y que, de ordenar el reconocimiento de la pensión bajo las normas del RPM, deviene en ilegal e inconstitucional. Que la decisión del actor fue libre y consciente, sin que se pueda predicar que el acto de afiliación es ineficaz, y en el caso tal de que se incumpliera este, no puede ser causal directa del perjuicio invocado. Que el demandante solo hace consistir el perjuicio en la diferencia de la pensión, desconociendo que aceptó

de manera libre y voluntaria la prestación económica desde el año 2018. Que debe tenerse en cuenta que, desde los inicios de la ley 100 de 1993, las mesadas en los dos regímenes son totalmente distintas, liquidadas con otros factores, y, por ende, la pensión recibida en el RAIS es acorde a lo cotizado por el demandante. Que para el año 2018, el demandante pudo atacar la ineficacia pensional, pero este quiso adelantar toda la tramitología para acceder a la prestación económica. Que no existe un juramento estimatorio frente al perjuicio. Que, en el presente caso, el juez desconoció el precedente jurisprudencial que fijó la Corte Suprema de Justicia. Y que en el presente caso la carga de la prueba está en cabeza del demandante, por lo que se debe revocar la sentencia en su totalidad.

✓ COLFONDOS S.A.:

La apoderada de la entidad en su recurso indicó que no estuvo probado que las afiliaciones del demandante en los fondos privados, no obedeciera a las políticas de traslado, y que el actuar de la entidad no estuviera precedido de buena fe. Que no se probó un posible engaño o consentimiento, ya que los traslados fueron de forma libre y voluntaria, y tanto es así que ya está ostentando su pensión de vejez. Que el Tribunal Superior de Medellín, ya emitió una decisión en la que no es procedente el traslado de un pensionado, al igual que lo ha efectuado la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL373 de 2021. Que no se puede condenar a reconocer al actor una tercera parte de la pensión que le debió corresponder, toda vez que el demandante maneja el estatus de pensionado desde el año 2018, y esto va en contravía de las características del fondo privado, y estaría creando un tercer régimen pensional. Que los perjuicios no fueron demostrados por el actor. Que además se debe tener en cuenta que COLFONDOS no fue la primera administradora que recibió al demandante. Por lo anterior, se debe revocar la sentencia en su integridad.

✓ PORVENIR S.A.:

La apoderada de la entidad en su recurso, expuso que se debe revocar la sentencia, ya que no está de acuerdo con la condena de los perjuicios y las condenas consecuenciales. Que con la condena se encuentran afectados principios como la confianza legítima y la estabilidad del sistema pensional,

pues no se puede desconocer que el demandante realizó varios traslados horizontales, lo que demuestra claramente que quiere ser partícipe del RAIS. Que debe tenerse en cuenta que el actor solicitó la pensión de vejez en el año 2018, y suscribió el contrato de retiro programado, explicándosele en qué consistía esta modalidad, sin existir retractación alguna. Que no se puede condenar a unos perjuicios, desconociendo la naturaleza de cada régimen pensional. Que para generarse un daño se debe haber generado el mismo, y la comprobación del mismo, prueba que no allegó la parte actora. Que se debe tener en cuenta que la naturaleza de una y otros regímenes son distintos, los cuales son coexistentes pero excluyentes. Que tampoco se presentó la tasación del supuesto daño, pues si es la diferenciación de la mesada pensional, es una figura exclusiva de uno y otro régimen. Que el demandante año tras año cotizó al sistema pensional, lo cual favoreció a su capital. Que nunca existió una reclamación frente a la demandada para los perjuicios solicitados. Que nunca existió una mala fe de la demandada, toda vez que se le brindó una asesoría antes de firmar el contrato de retiro programado. Que no se puede desconocer la naturaleza del fondo privado, por lo que se hace imposible reconocer la orden dada por el juez. Y que en caso de considerarse que la accionada influyó en algún perjuicio, debe existir una concurrencia de culpas, ya que el actor tuvo la oportunidad de pertenecer al RAIS o de ser pensionado por el mismo, debiendo prosperar la prescripción, la absolución de perjuicios y la no condena en costas.

- **ALEGATOS:**

- ✓ COLFONDOS:

Una vez transcurrido el término de traslado, esta entidad presentó sus alegatos de conclusión manifestando que se debe revocar la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta los argumentos expuestos al interponer y sustentar el recurso de apelación, toda vez que el fallo de primera instancia no es consonante ni guarda correspondencia con el escrito de demanda, ni coherente con las pretensiones de la demanda, ni con la fijación del litigio planteado en la audiencia del art 77 y por ende en la anterior providencia se vieron vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso y el derecho de defensa y también del principio de congruencia. Y que el juzgado excedió sus competencias, toda vez que emitió un pronunciamiento que nada tiene que

ver con las pretensiones solicitadas por la parte demandante previamente y sobre los cuales la parte demandada no tuvo oportunidad de defenderse.

✓ COLPENSIONES:

La entidad accionada expuso en sus alegatos que se debe revisar la sentencia, ya que una sentencia favorable a los intereses del demandante, viola directamente la Constitución Política de Colombia y además desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Y que, al generarse la ineficacia, debe devolverse todos los valores que haya recibido en razón de la afiliación.

✓ PORVENIR S.A.:

La apoderada de la entidad en los alegatos manifestó que debe revocarse la sentencia, toda vez que el demandante tiene la condición de pensionado a partir del año 2018, en la modalidad de retiro programado, por lo que cuenta con una situación jurídica consolidada y por ello, no se puede declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, en consecuencia, por esa razón no debían prosperar las pretensiones principales. Que el demandante suscribió un contrato válido con PORVENIR S.A., para escoger la modalidad en la que deseaba pensionarse esto es retiro programado. Que la parte demandante como cualquier habitante del territorio nacional, le asistía la obligación de conocer la ley, por lo que no es un argumento razonable el desconocimiento, y su eximente del deber de enterarse sobre las implicaciones de su decisión de traslado pensional. Que conforme a la obligación de medio que adquirió con la demandante, en forma más que oportuna, le reconoce y paga la pensión de vejez 25 de agosto de 2018, por lo que cumplió la obligación que adquirió. Que siempre se le garantizó al demandante, la posibilidad de retornar al régimen de prima media en las condiciones y períodos exactamente previstos en la ley. Que no basta la existencia real del daño o el perjuicio, debe aparecer acreditada a cargo de quien afirma lo padeció, la relación de causalidad entre el hecho antijurídico que se le endilga en este asunto a PORVENIR S.A., y aquellos, es decir, del daño o perjuicio padecido. Que la conducta de la parte demandante contribuyó en forma directa y decidida a la consolidación de su derecho pensional, no solo

a través de acciones como el pago de los aportes pensionales que realizó, sino las interacciones que hizo en los diferentes canales de comunicación con Porvenir S.A., que lo llevaron a concretar su derecho pensional. Que no se puede aducir, que la parte actora haya sufrido un daño por parte de PORVENIR S.A., y en el hipotético de aceptarse esa tesis, en este hecho, participó de manera determinante el comportamiento del actor, en tanto que, ostenta calidad de pensionado conforme a reconocimiento pensional del año 2018 por parte de PORVENIR S.A. Que para que se presente el daño eventualmente, debe presentarse por el incumplimiento de obligaciones por parte de PORVENIR S.A., omisión que no se acredita, ya que el demandante disfruta de la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado desde 5 de marzo de 2018, por lo que su derecho pensional no fue desconocido. Que la parte demandante no acredita cuál es el daño que padeció y menos cuándo se concretó, pues se limita a indicar que, sobre una proyección pensional, obtendría un monto en su mesada pensional superior en el régimen de ahorro individual. Y que ya este Tribunal ha resuelto este asunto en similares procesos.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a resolver de conformidad con las apelaciones interpuestas por los fondos privados, serán: *i)* examinar si se acreditaron los elementos que consagran la indemnización de perjuicios, con ocasión al reconocimiento pensional al actor por parte del fondo privado.

i. Indemnización de perjuicios y sus elementos.

No existe duda alguna que el demandante goza de una pensión por vejez en el Régimen de Ahorro Individual reconocida desde el 24 de agosto de 2018 por PORVENIR S.A., en la modalidad de retiro programado, por valor de \$3'495.557.¹

Antes de darle solución al problema jurídico, es necesario hacer alusión a lo que se refiere al ***juramento estimatorio***, si bien es cierto, es un requisito

¹ PDF18 - Folios 162 a 168

esencial, el cual debe tasarse en procesos en donde se solicita la indemnización de perjuicios como es el caso de autos; es de anotar que la parte demandada desde la contestación de la demanda tuvo la oportunidad procesal de exponer sus motivos de inconformidad, ya que la demanda no cumplía con este requisito formal, no obstante, al no ser interpuesta ninguna excepción en cuanto a dicho tema, se entenderá subsanada, aunado a que no está concebida como una causal de nulidad.

Ahora, en lo que se refiere a la **calidad de pensionado del actor**, la Corte Suprema de Justicia en materia de ineficacia de pensionado, profirió la sentencia SL373 de 2021, en la cual expuso lo siguiente:

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

*Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), **lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:***

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, ...

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, ...

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida. (...)

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.” (Negrilla fuera del texto)

De acuerdo a lo transcrito, esta Sala de Decisión en múltiples oportunidades ha compartido la posición de su órgano de cierre, por lo que, sin duda alguna, no se dan los efectos de la ineficacia, tal y como lo establecen las entidades accionadas en su apelación.

Sin embargo, lo que acá debe analizarse es si existió **responsabilidad indemnizatoria por los perjuicios generados al demandante** con ocasión del traslado de régimen pensional, conllevando esto a no obtener el valor de la mesada pensional como sería en RPM, por lo que se estudiaran los elementos configurativos de la responsabilidad civil, los cuales son: **el hecho, el daño, la culpa y el nexa causal.**

En relación al DAÑO:

En el caso de autos, se analizará en primer lugar, la existencia del **daño**, toda vez que de no existir el mismo, no hay razón para examinar los siguientes requisitos para que se estructure la responsabilidad civil, daño que debe ser cierto, cuantificado o al menos cuantificable.

Pues bien, el daño que pretende el demandante le sea resarcido, es el reconocimiento del menor valor por parte del RAIS y el que le debió haber reconocido actualmente Colpensiones; por lo que los fondos privados están en la obligación de indemnizarlo por los perjuicios materiales ocasionados, como es asumir el mayor valor o reajuste de la pensión de vejez.

Es necesario advertir de entrada que, el monto de la pensión reconocida en el RAIS, depende de variables que pertenecen al *mundo de lo financiero*, como lo son el riesgo asumido, los rendimientos obtenidos, las condiciones del mercado, la volatilidad del pesos, entre muchas otras; así como **las decisiones del propio afiliado**, que pueden encajar en la edad, la conservación del empleo y su continuidad en la cotización, la mejora o desmejora del salario, la conformación del grupo familiar como son cónyuge o compañera e hijos, y por supuesto sus edades; de esta manera, sin duda alguna el monto de la prestación económica, puede muy diferente al que podría obtenerse en el RPM, **y no por ello**, con solo demostrar una diferencia

en este y un valor inferior de la mesada, es que se da la demostración del daño.

Frente al daño, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 18 de diciembre de 2008, expediente 88001-3103-002-2005-00031-01, ha señalado que:

«... el daño es uno de los elementos estructurales de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, su plena demostración recae en quien demanda, salvo las excepciones legal o convencionalmente establecidas, lo que traduce que, por regla general, el actor en asuntos de tal linaje, está obligado a acreditarlo, cualquiera sea su modalidad, de donde, en el supuesto señalado, era -y es- imperioso probar que el establecimiento producía utilidades, o estaba diseñado para producirlas en un determinado lapso de tiempo, sin que este último caso, pueda confundirse con el daño meramente eventual o hipotético, que desde ningún punto de vista es admisible.»

Conforme a lo anterior, es la parte actora quien debe probar, cual fue la información suministrada para efectuar el traslado de régimen, y si esta se cumplió o no, pues como ya se sabe, cada régimen tiene o no beneficios de acuerdo a la situación particular del futuro pensionado, la cual permite a las personas escoger el que más les convenga. Algunos de los *beneficios traídos por el RAIS*, que no posee el RPM, serían:

- La devolución de saldos, la cual es muchísimo más favorable en su monto que la indemnización sustitutiva del RPM.
- La garantía de pensión mínima de vejez, que se obtiene con 1.150 semanas cotizadas en el RAIS, garantía inexistente en el RPM, debiéndose cotizar en este régimen hasta contar con 1.300 semanas, es decir, casi 3 años más de cotizaciones.
- Ante la inexistencia de beneficiarios del afiliado fallecido, los dineros de la cuenta de ahorro pensional pasan a sus herederos, lo que no ocurre en el RPM, pues por principio de solidaridad, dichas sumas no son devueltas.
- Si en el RAIS, el pensionado ha escogido la modalidad de retiro programado y fallece sin tener beneficios de la pensión de sobrevivientes, los saldos existentes en su cuenta de ahorro pensional, pasan a sus herederos, lo que no ocurre en el RPM, pues los dineros cotizados no son devueltos.

Así pues, no se puede indicar que se le causó un daño a la parte actora, por el solo hecho de afirmar que el monto pensional es inferior en el RAIS con relación al que pudo obtener en el RPM, ya que como se observó, existen muchas variables que no van de la mano con la responsabilidad civil, sin tener en cuenta que la redención del bono pensional, también incide considerablemente en la pensión.

En el **presente caso**, para la fecha de traslado del actor, esto es, 24 de septiembre de 1998, no se podría predecir que le resultaría más favorable el valor de la pensión que obtendría en el régimen de prima media o el de ahorro individual, teniendo en cuenta las variables ya enunciadas, tanto las económicas o financieras, como las decisiones personales afiliado; por tal razón, en cada proceso, se debe demostrar si era claro o se podía prever al momento del traslado, que dicho monto pensional futuro sería más beneficio en el RPM o en el RAIS, no sólo desde lo que debió informar el fondo privado, sino de acuerdo con los presupuestos de ley y del mercado.

Así las cosas, acogiendo las sentencias proferidas por los Magistrado que componen esta Corporación, esto es, los Dres. FRANCISCO ARANGO TORRES y HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, se deben analizar las siguientes variables para el momento del traslado y a través de la permanencia en el RAIS, las cuales se pasan a enumerar:

1. **La edad del trabajador al momento del traslado de régimen pensional.** Esto porque no es el mismo caso de una persona que muy joven se trasladó de régimen pensional, sin ninguna expectativa cierta de alcanzar una pensión de vejez, que una persona que ya estaba cercana a obtener tal prestación por faltarle pocos años para alcanzar la edad, teniendo ya un número significativo de semanas cotizadas o las mínimas requeridas para alcanzar la pensión en el RPM.
2. **La densidad de tiempo de servicio o semanas cotizadas que se poseían al momento del traslado de régimen pensional.** Esto porque del número de semanas cotizadas al momento del traslado, se puede determinar la mayor cercanía o lejanía a perder una expectativa de obtener una pensión en la forma ya definida en el RPM
3. **El ingreso base de cotización (IBL) con el que cotizaba al momento del traslado de régimen pensional.** Esto porque si una persona que su ingreso base de cotización (en adelante IBC) no era superior 1.5 salarios mínimos mensuales legales vigentes, al trasladarse del RPM al RAIS, no

corre ningún riesgo de sufrir algún perjuicio, sino que solo obtiene los beneficios atrás enlistados, pues en todo caso la pensión de vejez no superará el salario mínimo mensuales legales, tanto en el RAIS como en el RPM.

4. **La existencia o no al momento del traslado de régimen pensional, de beneficiarios que pudieran obtener una pensión de sobrevivientes.** Esto porque permite establecer si quien se traslada del RPM al RAIS, finalmente, pudo obtener el beneficio, que, en caso de su fallecimiento, sin tener beneficiarios de pensión de sobrevivientes, sus ahorros pensionales hagan parte de la masa herencial, lo que a la vez permite saber el mayor o menor grado de perjuicio o beneficio que obtuvo con su traslado al RAIS.
5. **La información que se le haya brindado o no al afiliado, según la norma legal vigente el momento del traslado de régimen pensional, sobre los beneficios y riesgos en cada uno de los dos regímenes pensionales.** Esto porque los niveles de información a brindar a quien se trasladaba de régimen pensional, fueron de menos a más exigentes, según estuviera vigente el decreto 663 de 1993 y el Decreto 720 de 1994; la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010; o Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015
6. **Si al momento del traslado del trabajador al RAIS, era o no beneficiario del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993.** Esto porque permite establecer si quien se traslada del RPM al RAIS, obtenía mayor o menor grado de perjuicio o beneficio que de permanecer en el RPM.
7. **Si el trabajador, supo o no que el monto de la pensión de vejez en el RAIS, podría ser inferior al que obtendría en el RPM, o conoció el posible valor de dicha prestación en el RAIS.** Esto porque si el trabajador supo que el monto de la pensión de vejez en el RAIS, podría ser inferior al que obtendría en el RPM, no hay lugar a indemnización alguna de perjuicios por esta razón, pues fue un riesgo asumido voluntariamente por el trabajador. Igualmente, si el trabajador supo cuál era el monto que al menos probablemente percibiría en el RAIS no hay lugar a indemnización sino por el perjuicio de una pensión inferior a este monto probable, comparado con el que habría obtenido en el RPM.
8. **Los actos de relacionamiento,** que, si bien no tendrían ningún miramiento en el caso del traslado del afiliado del RPM al RAIS, para este caso, donde se debe demostrar por parte del demandante el hecho dañoso que causa perjuicios, la culpa de la AFP y el nexo de causalidad, si adquieren peso.
9. **El pago anticipado de la pensión o la solicitud de excedentes de libre disposición,** dado que estos actos voluntarios de las personas denotan aceptación de los beneficios del RAIS.

- 10. La posición asumida en la reasesoría, si de acuerdo a la misma se le indicó a la demandante que le convenía o no continuar en el RAIS y con base en ello determinar cuál fue la conducta de la afiliada.**

En consecuencia, esta Sala aplicó cada uno de los anteriores elementos al caso de autos, para entrar a valorar si existió un perjuicio con el monto de la pensión obtenido en el RAIS, obteniéndose los siguientes resultados:

- 1. En lo que respecta a la edad del actor**, se observa que este nació el 7 de abril de 1956, cumpliendo los 62 años de edad el mismo día y mes de 2018. Que estuvo afiliado al RPM desde 16 de julio de 1987 al mes de septiembre de 1998, siendo su traslado al RAIS administrado por DAVIVIR adquirido por el Grupo Santander y posteriormente vendido a ING fondo que en la actualidad administra PROTECCIÓN S.A., para el 24 de septiembre de 1998, contando para dicha fecha de traslado con 42 años, por lo que no tenía una expectativa cercana de alcanzar la edad para obtener el derecho a una pensión de vejez en el RPM. **Por lo tanto, la edad no significa un perjuicio.**
- 2. La densidad de tiempo de servicio o semanas cotizadas que poseía el actor al momento del traslado de régimen pensional.** Se tiene que, para la fecha de traslado de régimen, es decir, 24 de septiembre de 1998, el actor contaba con 582.14 semanas cotizadas al otrora ISS. En ese sentido, no contaba con el número mínimo de semanas requeridas para obtener la pensión de vejez en el RPM, faltándole 717.86 para llegar a las 1.300 semanas, por lo que en principio se puede decir, que **no existía un perjuicio ante su traslado del RPM al RAIS.**
- 3. En lo relativo al ingreso base de cotización (IBL) con el que cotizaba el actor al momento del traslado de régimen pensional.** Se observa en la historia laboral del actor que este cotizaba para la fecha de traslado en 1998, con un IBC de \$4'076.519, salario muy superior al mínimo legal para la fecha de \$203.826. **Por tal razón, en principio habría un riesgo alto de sufrir un perjuicio al trasladarse del RPM al RAIS.**
- 4. En lo que refiere a la existencia o no al momento del traslado de régimen pensional, de beneficiarios que pudieran obtener una**

pensión de sobrevivientes. Conforme al formulario de afiliación del demandante al RAIS, ya contaba con beneficiarios, como la cónyuge y tres hijos, y por ello su traslado al RAIS no le representaba un beneficio en caso de fallecimiento del actor, **al tener beneficiarios de pensión de sobrevivientes, sus ahorros pensionales incluido el bono pensional se comportarían igual que en el RPMPD.**

5. Respecto de **la información que se le haya brindado o no al actor, según la norma legal vigente el momento del traslado de régimen pensional**, para el año 1998 que se produjo el traslado del demandante estaban vigentes los Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994, los cuales en lo que respecta a la información a que estaban obligadas las AFP a brindar a sus usuarios, establecía lo siguiente:

El numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en su versión original, es decir antes de la modificación del art. 23, Ley 795 de 2003, disponía:

“Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.”

Por su parte, los artículos 10 y 12 Decreto 720 de 1994, contenido en el *“CAPÍTULO IV Responsabilidad de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones y organización de los promotores”*, consagran:

“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. Los costos que generen los convenios que celebren las sociedades administradoras del sistema general de pensiones con los promotores no podrán trasladarse, directa o indirectamente, a los afiliados.”

“ART. 12. Obligaciones de los promotores. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los

posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado. Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado, según las disposiciones pertinentes.”

Lo anterior **en principio representa un perjuicio real para el accionante.**

6. Si al momento del traslado del trabajador al RAIS el actor, era o no beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Se tiene pues, que el actor no es beneficiario del régimen de transición, pues al haber nacido el 7 de abril de 1956, al 1º de abril de 1994 contaba con 38 años de edad, y además cumpliría los 60 años de edad con posterioridad al 2014, año en que concluyó el régimen de transición, así pues, **no conlleva a un perjuicio al trasladarse del RPM al RAIS.**

7. Si el actor, supo o no que el monto de la pensión que podría obtener en el RAIS, podría ser inferior al que obtendría en el RPM. En la primera asesoría, quedó demostrado de acuerdo a lo arriba argumentado, que era imposible de acuerdo a las características que tenía el accionante saber si le era mejor o no pasarse de régimen, no obstante, en caso que PORVENIR S.A. hubiera realizado la reasesoría ordenada por Ley, antes de los 10 años anteriores a cumplir la edad mínima (la cual no se adelantó, al no existir prueba de ello), se hubiera podido concluir que le era más beneficioso permanecer en el RPM, con ocasión a los IBC reportados por el demandante, con los cuales hubiese podido obtener una mesada pensional superiora la reconocida en el año 2018. **Lo cual es una responsabilidad directa de la AFP frente al daño.**

8. Los actos de relacionamiento, que serían las actuaciones realizadas de la parte accionante con posterioridad al traslado, indicando su conformidad frente al régimen tales como interés por continuar en otros fondos de acuerdo al rendimiento, solicitud de beneficios propios del RAIS, o realizar por ejemplo ahorros voluntarios con el fin de incrementar el monto de la mesada pensional. Si bien está posición para el caso de la ineficacia del afiliado en el traslado entre regímenes,

no es aceptada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, como se puede leer en sentencia SL4609 del 6 de octubre de 2021, donde indicó lo siguiente:

“Por último, considera también la Sala que la circunstancia de aparecer varios traslados dentro del régimen de ahorro individual, no puede tenerse como indicativo del conocimiento informado del régimen pensional que pudiera atribuírsele el afiliado o de la información que recibió de parte de la AFP, pues lo que se discute no es la validez del cambio de administradora sino del traslado de régimen pensional, que es lo que tiene incidencia prestacional y restricciones para la movilidad, lo que no ocurre con los traslados dentro del régimen de ahorro individual, porque el afiliado se puede cambiar de administradora indefinidamente cada seis (6) meses, con cierta uniformidad en el nivel de las prestaciones que tienen a su cargo las AFPs, por la aproximación en el comportamiento de las rentabilidades que obtienen, en razón a la inversión de sus recursos y la regulación que les imparte la Superintendencia Financiera (cita radicado despacho 2021).”
(Negrilla de la Sala)

De acuerdo a esta variable, se observa que la parte actora, realizó traslados horizontales de ING a COLFONDOS y de COLFONDOS a PORVENIR S.A., lo cual es un indicativo de la conformidad de estar en un régimen; por lo que, se **puede concluir la inexistencia de un perjuicio, ante la conformidad del demandante.**

9. El pago anticipado de la pensión o la solicitud de excedentes de libre disposición. Para el caso en análisis, **no se aplica**, pues el accionante no realizó ninguna solicitud al respecto.

10. La posición asumida en la reasesoría. Si bien, no existe prueba que demuestre que se le otorgó al demandante una reasesoría, para esclarecer que comportamiento asumió el actor; debe decirse que es una conducta reprochable de la entidad privada, al no otorgarse la misma al actor en todo el transcurso de la afiliación.

De todas las variables anteriores, es importante extraer 2 argumentos fundamentales en lo que refiere al daño:

- i. No se puede establecer la existencia un daño a partir de la forma en que se liquida la pensión de vejez en el RPM y el RAIS, puesto que

dichos regímenes pensionales tienen un sustento constitucional y se liquidan a partir de unos lineamientos legales y reglamentarios.

- ii. No se puede concluir que existe un daño por la diferencia entre los valores pensionales, por cuanto estos pueden ser más beneficios en uno u otro régimen dependiendo de las circunstancias del pensionado, lo que implicaría que llegado el momento de la liquidación de la prestación la sola diferencia favorable en cualquiera de los dos regímenes sería prueba suficiente de la existencia de un daño, como sucede en el presente caso.

Ahora, vale la pena agregar que en anteriores oportunidades esta Sala indicó que, el daño bien puede estudiarse a través de la tipología de la pérdida de oportunidad, pero para ello resulta necesario que para al momento del traslado se presenten elementos que con algún grado de certeza permitan establecer que existía una eventual diferencia en el valor de la pensión, como la cercanía a la causación del derecho y la densidad de semanas cotizadas, los cuales no se vislumbran en el caso de autos, puesto que, el actor para el 24 de septiembre de 1998, cuando seleccionó el RAIS, apenas contaba con 42 años de edad, lo que implica que le faltaban 20 años para arribar a la edad pensional.

En lo que tiene que ver con la densidad de tiempo de servicios o semanas cotizadas que tenía el actor al momento del traslado de régimen pensional, se prueba que para el momento en que se vinculó al RAIS, contaba con 582.14 semanas aportadas al ISS hoy Colpensiones, lo que implica que estaba a 717.86 semanas de alcanzar el número mínimo de semanas requeridas para obtener la pensión de vejez en el RPM, esto para llegar a 1.300 semanas, siendo más cerca su expectativa en el RAIS, puesto que, para acceder a la pensión de garantía mínima le faltaban 567.86 semanas, y por ello se puede considerar que en razón a su densidad de semanas cotizadas, al momento del traslado, no existía un perjuicio ante su traslado del RPM al RAIS.

Por otro lado, no se puede pasar por alto, que el actor suscribió el contrato de retiro programado para el pago de mesadas pensionales, en donde se explican las condiciones del reconocimiento pensional, aceptando la historia laboral oficial para la reconstrucción y emisión del bono pensional, y, además, llama

la atención los múltiples actos de relacionamiento efectuados por el demandante.

A partir de lo anterior, encuentra esta Sala que no se demuestra la existencia del daño y como quiera que este elemento es básico en la responsabilidad civil, infructuoso resulta determinar la conducta subjetiva de la persona a que se atribuye o el establecimiento de una conexidad entre el mismo y su hecho.

En este sentido resulta importante hacer mención de la sentencia del 4 de abril de 1968, en la que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, expresó:

Por todo ello cabe afirmar que, dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial; y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación; establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, y teniendo en cuenta que no se demostró por parte del demandante la existencia de un daño, encuentra la Sala que no son de recibo los argumentos dados por el juez de conocimiento, en el sentido de que, por cotizar valores superiores al mínimo para la época, daría cuenta que la pensión en el RPM podría ser superior al RAIS, y como consecuencia se **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia.

Con los argumentos anteriores y atendiendo al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala hizo un pronunciamiento implícito de las alegaciones presentadas.

Las costas procesales de la primera instancia son a cargo de la parte demandante. En esta instancia no se causaron.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Se **REVOCA** la sentencia de primera instancia, revisada por vía de apelación, de fecha y providencia conocidas, y en su lugar se **ABSUELVE** a **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, de todas las pretensiones incoadas en su contra, conforme se indicó en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia.

TERCERO: Las costas procesales como se dijo en la parte motivan de esta providencia.

Se notifica lo resuelto por **EDICTO**. De no ser susceptible del recurso extraordinario de casación se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

Los Magistrados,



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Mario de Jesús Yaver López
DEMANDADOS	Colpensiones, Colfondos S.A., Porvenir S.A. y el Ministerio de Hacienda
LITISCONSORCIO	Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-019-2020-00083
DECISIÓN	Revoca sentencia
MAGISTRADO PONENTE	Guillermo Cardona Martínez

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/148> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN
Fijado el 16 de marzo de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 16 de marzo de 2023 a la 5:00 pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO