



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: FLOR ELBA QUINTERO QUINTERO
Demandados: ACP COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Y
MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
Radicado: 05001 31 05 001 2019 00465 01
Sentencia: S-088

AUTO

En atención a la sustitución de poder presentada por la Dra. MARICEL LONDOÑO RICARDO, el despacho le reconoce personería para actuar la Dra. AURA DIMELSA OSPINA VIDAL, portadora de la T.P. N° 312.786 del C. S. de la Judicatura, para que siga actuando en los mismos términos que la apoderada principal de COPENSIONES.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

En la fecha indicada, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ quien obra en este acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A., por razón de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín el día 30 de julio de 2021.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

PRETENSIONES

FLOR ELBA QUINTERO QUINTERO demandó a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A., pretendiendo se **declare** i) la ineficacia o de manera subsidiaria la nulidad absoluta de la afiliación tanto al fondo de pensiones PORVENIR S.A. como a COLFONDOS S.A.; ii) que se debe tener como válida y sin solución de continuidad la afiliación al régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) administrado por COLPENSIONES desde el 10 de octubre de 1995; iii) que tiene derecho a que PORVENIR S.A. le pague, a título de perjuicios, las mesadas pensionales dejadas de percibir a partir de la fecha en que acreditó los requisitos necesarios para acceder a la prestación en el RPMPD bajo los postulados de la ley 797 de 2003, debidamente indexada, esto es, a partir del 06 de octubre de 2017; iv) que se declara que tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez desde la fecha en que cumpla el último requisito para pensionarse de conformidad con la ley 797 de 2003, con su respectivo retroactivo e indexación; v) que se declare que tiene derecho a que le sea reconocido el IBL con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años y a una tasa de reemplazo correspondiente a la totalidad de semanas; y vi) que se declare que tiene derecho a los intereses moratorios.

En consecuencia, solicita se **condene**: i) a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos y cada uno de los aportes con sus respectivos rendimientos, sin descuento alguno; ii) a pagar a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. la diferencia existente entre los aportes realizados a estos fondos privados y los que se debieron realizar a COLPENSIONES; iii) a COLPENSIONES a recibir los aportes y reactivar la afiliación para que sea cargada en su historia laboral; iv) a PORVENIR S.A. a pagar a

título de perjuicio las mesadas dejadas de percibir a partir de la fecha en logró acreditar los requisitos para acceder a la pensión en el RPMPD bajo los postulados de la ley 797 de 2003, debidamente indexadas, a partir del 6 de diciembre de 2017, y hasta que se genere el traslado a COLPENSIONES; v) a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez desde el último requisito, teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años y una tasa de reemplazo con la totalidad de semanas de toda su vida laboral, junto con el retroactivo pensional debidamente indexado; vi) a PORVENIR S.A. a cancelar los intereses moratorios o de manera subsidiaria a COLPENSIONES, o de en caso de no prosperar esta condena se acceda a la indexación; vii) y a las costas procesales a cargo de las demandadas.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 29 de octubre de 1960, se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 19 de octubre de 1995 y realizó cotizaciones allí hasta el 16 de enero de 1999. Indica que se afilió al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. el 9 de noviembre de 1998, cuando contaba con 355.57 semanas cotizadas a COLPENSIONES. Que el traslado se dio porque el asesor del Fondo le dijo que podría acceder a la pensión a cualquier edad y con mayor mesada pensional, más no le explicó con qué IBL debía cotizar, ni las ventajas y desventajas del traslado, tampoco le informó cómo sería liquidada su pensión, los costos o comisiones y demás. Que al momento de la afiliación la indujo a error pues no le suministró información adecuada, clara suficiente, comprensible y cierta con respecto a las consecuencias legales y económicas que tendría el cambio de régimen, es decir, incumplió con su deber de información y buen consejo. Indica que ha cotizado en toda su vida un total de 1.312 semanas; así mismo, señala que el 17 de mayo de 2002 suscribió formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., pero no fue ella quien diligenció tal formulario ni este contiene información clara sobre la permanencia en el RAIS. Que en este traslado entre Fondos tampoco

recibió información correcta, veraz y transparente. Que el día 05 de diciembre de 2017 COLFONDOS S.A. le comunicó el reconocimiento de la pensión de vejez, con un SMLMV; el 16 de julio de 2019 le solicitó a COLPENSIONES el traslado a dicho régimen, la cual no fue aceptada por cuanto ya se encontraba pensionada o en trámite de pensión en el RAIS; el 27 de junio de 2019 le solicitó a COLPENSIONES la proyección pensional pero la entidad omitió realizarla. Que devengó siempre una suma superior al mínimo legal vigente y así realizó las cotizaciones, no obstante, el valor de la mesada pensional que ofrece el Fondo privado es bastante inferior a la que tendría en el RPMPD. Que solicitó la pensión de vejez a COLPENSIONES, el 27 de junio de 2019. Que en el RPMPD obtendría una pensión de \$1'066.209 a partir del 6 de diciembre de 2017, y que hoy estuviera recibiendo \$1'153.299. Y que no ha recibido pensión ni está recibiendo salario al llegar a un acuerdo transaccional con la empresa, por lo que ha tenido que acudir a préstamos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES acepta la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al régimen de prima media, y los traslados de la actora al RAIS. Sobre los demás hechos relacionados con las circunstancias de la afiliación al RAIS, no le constan por tratarse de situaciones ajenas a COLPENSIONES. Se opuso a las pretensiones, toda vez que se pretende invalidar un acto fuera de ser válido por ser un acto libre y voluntario de la actora, produjo efectos jurídicos, y por tal razón se adhiere a lo probado. Como excepciones propuso varias excepciones de mérito, entre las cuales está la validez y eficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la nulidad del traslado, improcedencia de intereses e indexación buena fe, compensación, prescripción, entre otras.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, expuso que no le consta ninguno de los hechos, ya que no hacen referencia a acciones u omisiones ni competencia de la entidad. Y que de acuerdo a la

información suministrada por COLFONDOS S.A., la actora se encuentra disfrutando de una pensión de vejez a partir del mes de diciembre de 2017. Se opuso a todas las pretensiones, por totalmente improcedentes frente a la entidad. Y como excepciones planteó la de inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de la nación, improcedencia de la nulidad o ineficacia, anulación del bono pensional tipo A, ante la ineficacia o nulidad de la afiliación, buena fe y prescripción.

COLFONDOS S.A. a su vez, acepta la fecha de nacimiento de la demandante, pero no le consta su afiliación al RPMPD, tampoco el traslado a PORVENIR S.A. Que es cierto que se afilió a esta entidad en mayo de 2002, mediante un formulario de afiliación, el cual cumple los requisitos de ley, entregándosele una información suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad. Indica que la demandante está pensionada por esta entidad, desde diciembre de 2017, bajo la modalidad de retiro programado devengando un salario mínimo legal mensual vigente. Y sobre los demás hechos manifiesta que se refieren a situaciones fácticas de la demandante ante un tercer ajeno, y debe ser la parte actora quién demuestre y se pronuncie de fondo sobre estos hechos. Se opuso a las pretensiones de la demanda, toda vez que a la demandante si se le brindó una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la actora al fondo de pensiones COLFONDOS SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación, pago, entre otras.

PORVENIR S.A. indicó que no le consta la edad de la demandante ni la fecha de afiliación al RPMPD. Sobre la afiliación a esa administradora, indica que fue el 1º de enero de 1999, de acuerdo a la solicitud de vinculación realizada el 9 de noviembre de 1998. Expresa que a la demandante si se le puso de presente lo que implicaba el cambio de régimen, explicándole las diferencias y la forma de cotizar a cada

régimen, cumpliendo todas las obligaciones legales vigentes para la fecha. No le constan los hechos que van dirigidos en contra de otra entidad. Se opuso a todas las pretensiones tanto principales como subsidiarias, ya que la demandante no demostró la causal de ineficacia que invalide la afiliación al RAIS. Y como excepciones propuso prescripción, buena fe, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistía de la obligación.

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

COLFONDOS S.A. interpuso demanda de reconvención solicitando se declare que en el evento de que se autorice el traslado de régimen pensional, se deberá condenar a la demandante para que reintegre las sumas de dinero que se le han cancelado por concepto de mesadas pensionales derivadas de la pensión de vejez a partir de la fecha del reconocimiento, es decir, diciembre de 2017 y hasta la ejecutoria de la sentencia, todos estos conceptos debidamente indexados. Y que se condene a la demandante a las costas procesales.

La parte demandante dio contestación a la demanda de reconvención, manifestando, en síntesis, que, si bien se le reconoció la pensión de vejez, solo se limitaron a la firma del formulario para acceder a la prestación económica, teniendo en cuenta que nunca recibió una asesoría completa, comprensible, verdadera y transparente por parte de COLFONDOS S.A. Se opuso a las pretensiones, ya que es este fondo, el cual a título de perjuicios deberá asumir el capital y la diferencia de aportes que requiera Colpensiones, para el reconocimiento de la pensión de vejez, ante la falta del deber de información. Y como excepciones planteó la de la inexistencia de la obligación demandada en reconvención, la inexistencia de veracidad de la información, compensación y pago, inexistencia de manifestación libre y voluntaria, no existencia de ratificación del traslado, entre otras.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 30 de julio de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín tomó las siguientes decisiones:

“PRIMERO: DECLARAR **prospera**, de oficio, la excepción de IMPROCEDENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO, e impróspera la excepción de PRESCRIPCIÓN, las demás implícitamente resueltas con los fundamentos de la decisión.

SEGUNDO: ABSOLVER a **COLPENSIONES**, con NIT 900.336.004-7 y representada legalmente por JUAN MIGUEL VILLA LORA, **COLFONDOS S.A.**, con NIT 800.149.496-2 y representada legalmente por MARCELA GIRALDO GARCIA, y **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, con NIT 899.999.090-2 y representada legalmente por ALBERTO CARRASQUILLA BARRERA, de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante **FLOR ELBA QUINTERO QUINTERO**, con CC 21.659.814.

TERCERO: DECLARAR que **PORVENIR S.A.** con NIT 800.144.331-3 y representada legalmente por MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ, es responsable de los perjuicios que se traducen en el menor valor que percibe la demandante **FLOR ELBA QUINTERO QUINTERO** por pensión de vejez en el RAIS, comparado a lo que recibiría en el RPM, por falta al deber de información al momento su afiliación al régimen.

CUARTO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** a la indemnización de los perjuicios causados a la demandante **FLOR ELBA QUINTERO QUINTERO**, de la siguiente forma:

A) La suma de **DIECISEIS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS (\$16'358.347)** por concepto de perjuicios causados hasta el 31 de julio de 2021.

B) Los perjuicios que se causen desde el 1 de agosto de 2021 y hasta que se extinga su derecho de percibir pensión de vejez, calculados como la diferencia entre la mesada que percibe y la que le correspondería en el RPM, calculada año a año conforme se dijo en las consideraciones.

C) Intereses legales del **6% E.A.**, calculados sobre los perjuicios causados y los que se causen, atendiendo a la mensualidad de las mesadas sobre las que se calcula la diferencia.

QUINTO: ORDENAR a **COLFONDOS S.A.** que informe a **PORVENIR S.A.** cualquier cambio en la prestación de vejez reconocida a **FLOR ELBA QUINTERO QUINTERO** y su extinción

SEXTO: ABSOLVER a **PORVENIR S.A.** de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a cargo de **PORVENIR S.A.** y a favor de **FLOR ELBA QUINTERO QUINTERO**, se señalan agencias en derecho en la suma de **UN MILLÓN QUINIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS (\$1'599.347).**

OCTAVO: ABSTENERSE de condenar en costas a favor o en contra de las demás demandadas, por lo expuesto en la parte considerativa

RECURSO DE APELACIÓN

Es necesario rememorar que, mediante auto del 23 de noviembre de 2021, se admitió el desistimiento del recurso de apelación presentado por la parte actora, conforme al memorial interpuesto por esta misma.

Por otro lado, inconforme con lo decidido, la apoderada de **PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación frente a la condena por indemnización de perjuicios, manifestando que la responsabilidad que le está siendo imputada, en lo que se refiere al incumplimiento del deber legal de asesoría, no se exigía conforme a la normatividad vigente para el traslado. Que la obligación que se imputa a este fondo privado, del deber de información, no es exclusiva, pues también le asistía a **COLPENSIONES** quien debió explicarle las características del **RPMPD**, y, por tanto, debe ser una responsabilidad compartida entre **COLFONDOS** y **COLPENSIONES**. Añade que la reparación de perjuicios no debe operar de manera oficiosa, pues para que el daño pueda ser objeto de indemnización requiere que sea antijurídico y cierto, es decir, que el daño sea real, concreto y no simplemente un eventual o un hipotético; y en el presente caso no es real, toda vez que la demandante esta pensionada bajo el retiro programado lo cual conlleva a que su mesada pensional pueda variar en el tiempo, conforme a los

rendimientos, entonces no se puede generar de manera precisa, exacta y real, el perjuicio que se está imponiendo.

Que la parte actora incurre en una indebida acreditación del perjuicio sufrido, toda vez que lo fundamenta con una simulación de la pensión que se debió adquirir en el RPM, creando su propia prueba, y no basta con observar una simple diferencia en la mesada pensional para concluir por esa vía que dicho valor se constituye como el aparente perjuicio que debe ser resarcido, ya que una simple negación indefinida no es suficiente para probar un daño, pues este debe hacerse conforme a la teoría de las obligaciones de tracto sucesivo, continuas, en el entendido que se trata de un acto sujeto de variables, como la expectativa de vida la demandante, la modalidad de la pensión y el agotamiento de los correspondientes ciclos mensuales de pago de mesadas pensionales; además, debe tenerse en cuenta que la demandante se encuentra disfrutando de su derecho pensional bajo la modalidad de retiro programado con negociación del bono pensional, lo que supone que el monto de la mesada pensional que hoy recibe puede varía en el tiempo, según la rentabilidad y los rendimientos económicos, debiendo ser analizada la diferencia mes a mes y no en un solo único pago, y cobra más relevancia cuando se tiene en cuenta que la demandante no aporta ninguna prueba de lo que sería la fluctuación de su derecho prestacional en el tiempo y el posible incremento de la mesada pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora en sus alegatos, expuso que está conforme con la sentencia, la cual debe confirmarse, ya que no podía trasladarse y la única opción era la de solicitar la pensión de vejez. Que, si es dable reconocer la indemnización de perjuicios, en la medida de que se efectuó un daño al omitirse el deber de información, y que no fue probado por el fondo privado que este si se haya dado; cumpliéndose entonces el nexo causal entre el hecho dañoso y el perjuicio. Y recalca

que el reconocimiento de la pensión debe realizarse desde el 29 de octubre de 2017 y no desde el 6 de diciembre como lo dijo la juez.

PORVENIR S.A., a su vez indicó en síntesis en sus alegatos que no se probaron las circunstancias del hecho dañoso, imputación de dicho hecho a quien se reclama, el menoscabo de un bien o interés legítimo, nexo de causalidad y el perjuicio, toda vez que a la demandante si se le brindó la información existente para el momento del traslado, y no se pueden desconocer los efectos temporales de las leyes en el tiempo. Que hay ausencia de daño, ya que la parte actora fue negligente con el deber de auto informarse, y además no probó haber padecido un perjuicio, estando en cabeza de ésta la acreditación del mismo. Y que no se le debe condenar en costas, ya que siempre obró de buena fe.

COLPENSIONES, expuso que se debe confirmar el fallo en lo que respecta a la absolución de esta entidad, pues la demandante se trasladó válidamente siéndole reconocida por parte de COLFONDOS una pensión de vejez. Además, la demandante nunca hizo uso de los medios o canales de información para solicitar información sobre su traslado, lo que demuestra su conformismo. De igual forma señala que se debe tener en cuenta que todas las cotizaciones realizadas en el RAIS, generaron rendimientos financieros que incrementaron el patrimonio de la demandante. Y que no puede pretenderse dejar sin efecto un acto que fue válido, y que, al reconocérsele la pensión de vejez, se entiende superado el traslado, por ser éste un nuevo acto jurídico.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, señaló en sus alegatos que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que esta entidad no tiene competencias para decidir sobre solicitudes y pago de derechos pensionales de afiliados, como tampoco determinar la afiliación o traslado de régimen. Que debe tenerse en cuenta que la posibilidad de traslado consagrada en la norma, solo está referida para aquellas personas que no ostentan una pensión de vejez, y la demandante actualmente goza de una prestación económica

reconocida por COLFONDOS. Y que se debe seguir los lineamientos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

C O N S I D E R A C I O N E S:

Se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A. en contra de la sentencia de primera instancia, con arreglo al principio de consonancia de que trata el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66 A del CPTSS. Vale decir, el tema único recurrido por la única apelante, concierne a la indemnización de perjuicios por el traslado entre regímenes pensionales, imputándose culpa a la AFP PORVENIR S.A.

Conviene puntualizar que, entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado acreditados, se encuentran los siguientes: *i)* la Sra. FLOR ELBA QUINTERO QUINTERO nació el 29 de octubre de 1960; *ii)* se afilió por primera vez al sistema pensional en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –ISS- y realizó cotizaciones desde el 3 de abril de 1988, conforme a la historia laboral obrante a folio 36 del expediente digitalizado y la historia laboral para bono pensional del Ministerio de Hacienda y de Crédito Público de folios 227 y ss.; *iii)* el 9 de noviembre de 1998 suscribió formulario de afiliación o traslado ante la AFP PORVENIR S.A.; *iv)* el 17 de mayo de 2002 se afilió a la AFP COLFONDOS S.A., entidad que le reconoció la pensión de vejez a partir del 1º de diciembre de 2017, bajo la modalidad de retiro programado, en cuantía de un salario mínimo para la época.

Indemnización de perjuicios de pensionado del RAIS.

Ante todo, es pertinente indicar, que esta Sala ha considerado que la indemnización de perjuicios en casos como el presente, es decir, fundada en una inadecuada asesoría al afiliado por parte de los promotores de un Fondo privado para lograr el traslado al régimen que estos administran, no es cosa de poca monta, de suerte que la demanda

que tal cosa persiga, debe construirse con el suficiente soporte fáctico, jurídico y probatorio, es decir, al menos, indicando con claridad y precisión los hechos en que se basan las pretensiones, cuáles son los fundamentos jurídicos que las sustentan y qué pruebas hará valer.

En el caso bajo examen, de entrada, se observa que la demanda adolece de estas condiciones, pues solo tangencialmente se refiere al punto de los perjuicios. La demanda en verdad apunta, esencialmente, a lograr la declaratoria de ineficacia del traslado con todas sus consecuencias; revisado el libelo, se aprecia que solo en los hechos 41, 42 y 44, refiere que el valor de la mesada pensional que le ofrecía el Fondo privado resultaba bastante inferior a la que tendría en el RPM, de no haber sido engañada por los asesores de PORVENIR y de COLFONDOS. Y aún estas someras alusiones, parecen estar orientadas a reforzar la tesis de la ineficacia misma, según se infiere del conjunto de la acción.

Lo anterior no es irrelevante, en la medida en que las accionadas no estarían obligadas a controvertir hechos no propuestos en la demanda, ni a presentar sus argumentos jurídicos, fácticos o probatorios para oponerse a una eventual condena por perjuicios, aspecto que, se reitera, debería tener la misma trascendencia e iguales exigencias que la petición de ineficacia.

Y de modo semejante, en el acápite de las pretensiones en este caso, se limita a solicitar se condene a PORVENIR S.A. a pagar, a título de perjuicio, las mesadas dejadas de percibir a partir de la fecha en que logró acreditar los requisitos para acceder a la pensión en el RPMPD bajo los postulados de la ley 797 de 2003, debidamente indexadas, a partir del 6 de diciembre de 2017, y hasta que se genere el traslado a COLPENSIONES, sin explicarle al operador jurídico cuál es la fuente formal y material de dicha reparación, o bajo cuáles modalidades o a qué título, V. gr., se cimienta semejante petición

Como tampoco ayuda en ese propósito, la fundamentación jurídica o de derecho de la demanda, toda ella encaminada a sustentar su cometido principal, que no era otro que obtener, se repite, la ineficacia del traslado.

Con todo, habida cuenta de la decisión que la jueza a quo tomó y atendiendo al recurso de apelación, deberá la Sala entrar en materia para la resolución del mismo. En este orden es menester partir del supuesto innegable de la calidad de pensionada que ostenta la parte actora, punto frente al cual está más que decantada la postura de esta Corporación y de la Corte Suprema de Justicia en lo que al tema se refiere y a su improcedencia, pudiéndonos remitir a lo expuesto en la sentencia SL373 de 2021, postura que comparte esta Sala.

Sin embargo, lo que acá debe analizarse es la existencia o no de una responsabilidad indemnizatoria por los posibles perjuicios generados a la demandante con ocasión del traslado de régimen pensional, el cual pudo haberle significado un detrimento en el valor de su pensión frente a lo que le habría correspondido en caso de haber permanecido en el RPMPD, y es este el aspecto único en el cual se basa la petición reparatoria. Por lo tanto, se estudiarán los elementos configurativos de la responsabilidad civil, los cuales son: el hecho, el daño, la culpa y el nexo causal.

En primer lugar, se examinará la existencia del **daño**, pues, de éste no existir, no hay razón para examinar los siguientes requisitos que permitan estructurar la responsabilidad civil, daño que debe ser cierto, cuantificado o al menos cuantificable, y que se configura, según la demandante se reitera, en el menor valor de la pensión que fue reconocida por COLFONDOS frente a la que debió haber recibido en el RPM.

De entrada se advierte 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 peso, entre muchas otras; así como las decisiones del propio afiliado, que dicen relación a 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 matemática en este y un valor inferior de la mesada, es que se da la demostración del daño.

En lo que se refiere al daño, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 18 de diciembre de 2008, dentro del expediente 88001-3103-002-2005-00031-01, manifestó 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.»

Teniendo en cuenta lo transcrito, para los precisos efectos que aquí se están abordando, 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, ya que cada régimen trae o no beneficios de acuerdo a la situación particular del futuro pensionado, que permite a las personas escoger el que más les convenga. Se quiere significar, que no es la diferencia entre pensiones según el régimen al que se pertenezca, el único ingrediente para dictaminar la existencia de un daño o perjuicio, sino que existen y confluyen otra serie de características que

pueden llegar a influir en la decisión del afiliado según sea su situación particular. A título enunciativo, v.gr., algunos de los beneficios del RAIS, que no posee el RPM, serían:

1. La devolución de saldos, la cual es bastante más favorable en su monto que la indemnización sustitutiva del RPM.
2. 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.
3. 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.
4. 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 siempre se puede indicar en forma indiscriminada, 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 distintas 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 caso objeto de estudio, para la fecha de traslado de la actora, esto es, 9 de noviembre 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

eventualidades ya enunciadas, tanto las económicas o financieras, como las que atañen al fuero interno de la afiliada; por tal razón, en cada caso, se debe analizar si era claro o se podía prever al momento del traslado, que dicho monto pensional futuro sería más beneficioso 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.

De esta manera y acogiendo los fundamentos jurídicos ya expuestos por los Magistrados de este mismo Tribunal, FRANCISCO ARANGO TORRES en sentencia 05001 31 05 002 2015 01276 01 y HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ con radicado 05 001 31 05 021 2021 00130 01, 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 efecto, esta Sala aplicó cada uno de los anteriores elementos al caso objeto de estudio, para entrar a valorar si existió un perjuicio con el monto de la pensión obtenido en el RAIS, arrojando los siguientes resultados:

- 1.** En lo que respecta a la edad de la actora, se observa que esta nació el 29 de octubre de 1960, cumpliendo los 57 años de edad el mismo día y mes de 2017, y su traslado a PORVENIR S.A. se dio el 9 de noviembre de 1998, contando para esta última fecha con 38 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, 9 de noviembre de 1998, la actora contaba con 355.57 semanas cotizadas al ISS, por lo que le faltaban 944.43 semanas para alcanzar las 1.300 exigidas en el RPM para obtener la pensión de vejez, pudiéndose 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 la actora al momento del traslado de régimen pensional. Se observa en la historia laboral que esta cotizaba para la fecha de traslado en 1998, con un IBC de \$617.000, salario 3 veces superior al mínimo legal para la fecha de \$203.826. **Por tal**

razón, en principio habría un riesgo de sufrir un perjuicio al trasladarse del RPM al RAIS.

- 4.** En lo que refiere a la existencia o no de beneficiarios al momento del traslado de régimen pensional, que pudieran obtener una pensión de sobrevivientes. Conforme al formulario de afiliación de la demandante al RAIS, ésta ya contaba con 2 hijos, y por esta razón, puede establecerse que el traslado al RAIS no le representaba un beneficio en caso de fallecimiento, ya que, **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 a la actora, según la norma legal vigente el momento del traslado de régimen pensional, para el año 1998 que se produjo el traslado, estaban vigentes los Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994, los cuales en lo que corresponde a la información a que estaban obligadas las AFP a brindar a sus usuarios, establecía lo siguiente:

El numeral 1º 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.”

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 representa un perjuicio para la accionante, tal y como lo señaló la juez de primera instancia.

6. Si al momento del traslado del trabajador al RAIS la actora, era o no beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Se tiene pues, que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, pues al haber nacido el 29 de octubre de 1960, al 1º de abril de 1994 contaba con 34 años de edad, y cumpliría los 55 con posterioridad al 2014, año en que concluyó el régimen de transición, **lo cual no conlleva a un perjuicio al trasladarse del RPM al RAIS.**

7. Si la actora, 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 la accionante saber si le era mejor o no trasladarse de

régimen, no obstante, en caso que PORVENIR S.A. o COLFONDOS S.A., hubieran 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 la demandante, con los cuales hubiese podido obtener una mesada pensional superiora la reconocida en el año 2017. **Lo cual sería una responsabilidad directa de la AFP frente al daño.**

8. Los actos de relacionamiento, si bien está posición para el caso de la ineficacia de los afiliados en el traslado entre regímenes, no es aceptada por la Corte Suprema de Justicia, como se puede observar en sentencia SL4609 del 6 de octubre de 2021; en el caso de autos, la actora realizó traslados horizontales de PORVENIR S.A. a COLFONDOS S.A., lo cual es un indicativo de la conformidad de estar en un régimen; por lo que, **se puede llegar a la conclusión de 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 aplica, pues la 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 a la demandante una reasesoría, para esclarecer que comportamiento asumió la actora; debe decirse que **es una conducta reprochable de la entidad privada**, al no otorgarse la misma en todo el transcurso de la afiliación

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

- I. No se puede establecer la existencia de 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 beneficiosos 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, si bien el daño puede estudiarse a través de la tipología de la pérdida de oportunidad, 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 aprecian en el presente caso, ya que, la demandante para el 9 de noviembre de 1998, cuando seleccionó el RAIS, apenas contaba con 38 años de edad, lo que implica que le faltaban 19 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 la actora al momento del traslado de régimen pensional, se prueba que para el momento en que se vinculó al RAIS, contaba con 355.57 semanas aportadas al ISS, lo que implica que estaba a 944.43 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 cercana su expectativa en el RAIS, puesto que, para acceder a la pensión de garantía mínima le faltaban 794.43 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 la demandante elevó sin presión alguna la solicitud para el reconocimiento pensional, suscribiendo el contrato de retiro programado para el pago de mesadas pensionales, en donde se explican las condiciones de su reconocimiento.

Así las cosas, 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 de la demandante la existencia de un daño, encuentra la Sala que no son de recibo los argumentos dados por la juez de conocimiento, y como consecuencia se **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia.

Costas de las dos instancias a cargo de la demandante. Las agencias en derecho de la segunda instancia se fijan en la suma de \$1'160.000.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, el día 30 de julio de 2021. En su lugar, se **ABSUELVE** a PORVENIR S.A. de todas las pretensiones formuladas en su contra por la demandante.

Costas de las dos instancias a cargo de la demandante. Las agencias en derecho de la segunda instancia se fijan en la suma de \$1'160.000

Notifíquese por EDICTO.

Firmado Por:

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **ef265bce0e83aa4f8306a9c344ef293cd3c2d19b4ff6633abbedb61ecc3bbbd0**

Documento generado en 13/04/2023 01:47:32 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>