



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintisiete (27) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: MARTA ELENA PÉREZ DE URREGO
Demandados: ACP COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Litisconsorte: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
Radicado: 05001 31 05 001 2019 00622 01
Sentencia: S-110

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 26 de enero de 2022.

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

MARTA ELENA PÉREZ DE URREGO demandó a COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A., pretendiendo se **declare** i) la ineficacia y/o

nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- en atención a la falta de información; ii) que para efectos pensionales continúa afiliada sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD-; iii) y que le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 33 de la ley 100 de 1993.

En consecuencia, solicita se **condene**: i) a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes juntos con sus rendimientos; ii) a COLPENSIONES recibir el valor de los aportes trasladados por PORVENIR S.A. e imputarlos en la historia laboral; iii) a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez en aplicación del artículo 33 de la ley 100 de 1993; iv) a COLPENSIONES a reconocer y pagar el retroactivo de la diferencia causada entre las mesadas reconocidas en el RAIS y las que se reconocerían en el RPM; v) a COLPENSIONES a los intereses moratorios o en subsidio la indexación; vi) a PROTECCIÓN S.A. (sic) al pago de la indemnización por perjuicios ocasionada; vii) a las demandas a las costas procesales.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que inició sus cotizaciones en pensiones el 24 de septiembre de 1985 en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -ISS- hoy COLPENSIONES; que nació el 4 de julio de 1960, cumpliendo los 57 años en el 2017, fecha en la cumplió los requisitos para ser pensionada por lo dispuesto en el artículo 33 de la ley 100 de 1993; que se trasladó a PORVENIR S.A. el 7 de abril de 1994; que por el caos y la confusión de la vigencia de la ley 100 de 1993, un asesor la abordó y sin brindarle explicaciones de su situación pensional ni de las ventajas o desventajas como tampoco de los beneficios y los perjuicios de la vinculación, le realizó la afiliación; que fue abordada nuevamente el 30 de noviembre de 1994

por un asesor de HORIZONTE hoy PORVENIR, quien sin brindarle una asesoría clara, completa y de cara a su situación pensional, le realizó el traslado de fondo; que nunca se le informó del período de gracia; que se le concedió la pensión de vejez en el año 2018, en cuantía de un salario mínimo y la mesada adicional; y que es evidente que se le ocasionó un perjuicio patrimonial que debe ser indemnizado por el fondo privado, en virtud del incumplimiento del deber de información, haciéndola incurrir en la asesoría profesional de abogado conforme al contrato de prestación de servicios en el que se pactó un 30% del derecho pensional que llegare a reconocerse.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES acepta la fecha en que inició sus cotizaciones a este fondo y la fecha de nacimiento de la demandante; que no le constan los demás hechos, los cuales deben ser desmentidos o corroborados por PORVENIR S.A.; y que no se encuentran debidamente probados los perjuicios solicitados. Se opuso a las pretensiones, toda vez que es improcedente el traslado de régimen de un pensionado. Como excepciones propuso improcedencia del traslado de régimen cuando se ha adquirido el estatus de pensionado, inexistencia de presupuestos legales para decretar la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen, prescripción, compensación indexada, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, expuso que no acepta ningún hecho por no constarle lo manifestado, lo cual debe ser probado, pero que es cierto que la demandante está afiliada al RAIS desde el 7 de abril de 1994, y que actualmente está pensionada por vejez. Se opuso a todas las pretensiones por no haberse transgredido las disposiciones citadas por la demandante. Como excepciones planteó falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe.

PORVENIR S.A. indicó que no le consta la edad de la demandante ni la fecha en que empezó a efectuar cotizaciones al RPMPD; sobre la afiliación a esta administradora, se atiene al formulario de afiliación suscrito con el demandante en el año 1994, en el cual se evidencia la libre escogencia libre y voluntaria, después de haber recibido información, clara, precisa, veraz y suficiente, acerca de las condiciones, características y funcionamiento del mismo; que no es cierto que se haya omitido detalle alguno, y siempre se le hablo de las ventajas y desventajas; que siempre se le brindó la posibilidad de trasladarse de régimen pensional; que en lo que respecta al reconocimiento de la pensión de vejez, se atiene al contenido de la comunicación escrita emitida; y que la posible diferencia en el monto de la mesada pensional entre uno y otro régimen no constituye un presupuesto legal para acceder a declarar un supuesto vicio en el consentimiento. Se opuso a todas las pretensiones, ya que la afiliación de la demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada. Como excepciones propuso prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 26 de enero de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, tomó las siguientes decisiones:

*“**PRIMERO:** DECLARAR **prospera**, la excepción de IMPROCEDENCIA DEL TRASLADO DE REGIMEN CUANDO SE HA ADQUIRIDO EL STATUS DE PENSIONADO propuesta por COLPENSIONES, 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, 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 **MARTA ELENA PÉREZ DE URREGO**, con CC 43.040.098.*

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 **MARTA ELENA PÉREZ DE URREGO** 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 **MARTA ELENA PÉREZ DE URREGO**, de la siguiente forma:

A) La suma de **VEINTE MILLONES CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS QUINCE PESOS (\$20.186.815)** por concepto de perjuicios causados hasta el **30 de diciembre de 2021**.

B) Los perjuicios que se causen desde el **1 de enero de 2022** 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.

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

SEXTO: CONDENAR en costas a cargo de **PORVENIR S.A.** y a favor de **MARTA ELENA PÉREZ DE URREGO**, se señalan agencias en derecho en la suma de **UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS (\$1'500.000)**.

SÉPTIMO: ABSTENERSE de condenar en costas a favor o en contra de COLPENSIONES y la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, por lo expuesto en la parte considerativa

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, el apoderado de PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia al no compartir la decisión de pago de indemnización de perjuicios representada en la diferencia en la pensión de vejez que le hubiera correspondido en el RPM y la que se le viene reconociendo en el RAIS,

toda vez que si bien la Corte Suprema de Justicia ha establecido como una posibilidad que tiene el pensionado al no poder retornar al RPM, el resarcimiento de los perjuicios, lo cierto es que la parte que los solicita está en la obligación de demostrarlos, es decir, la parte demandante debió demostrar la acción que ocasionó el daño, el daño como tal y el nexo de causalidad, lo que obra por su ausencia en el presente caso, ya que lo pretendiendo principalmente era la ineficacia del traslado, y frente a la configuración de los perjuicios, la parte actora en ningún momento argumentó las justificaciones en las cuales se debía condenar por dicho concepto y adicional no asumió la carga probatoria para demostrar los mismos, y es regla general según la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, que quien pretende la indemnización de perjuicios debe demostrarlos en su esencia y cuantía, lo cual no se cumplió, pues la parte demandante solamente de manera general manifiesta que sufre unos eventuales perjuicios pero manifestar en que consistían los mismos ni la cuantía de estos.

Que la juez está desconociendo el artículo 206 del Código General del Proceso, cuando quien pretende el reconocimiento de una compensación o indemnización, debe estimar razonablemente bajo juramento, lo que no aparece en el acápite de la demanda como tampoco discriminó los mismos, de manera que se omite la carga de la prueba que le correspondía al demandante.

Que, no se puede hablar de perjuicio al haber reconocido la pensión bajo la modalidad elegida por la misma demandante, quien ha recibido el pago oportunamente, luego de que el capital hubiera sido administrado en debida forma alcanzando un rendimiento por el doble que exige la Superfinanciera, y máxime cuando la eventualidad de la diferencia en la mesada pensional en uno y otro régimen no constituye un perjuicio, sino que simplemente es una situación que corresponde al régimen que coexiste con el de prima media, al que

tuvo la oportunidad legal de regresar o demandar la ineficacia, sin haberlo hecho.

Que ocurre en un error la juez, al manifestar que por el solo hecho de la eventual falta de información se ocasiona un perjuicio a la parte demandante y presume el nexo causal entre la acción dañosa y el daño como tal que sufre la parte demandante, pues si bien la Corte Suprema de Justicia ha establecido la inversión de la carga de la prueba en casos de ineficacia, lo cierto es que en el tema de perjuicio sigue operando la regla general del artículo 167 del C.G.P., situación que no se cumple al no haber prueba de perjuicios generados como tampoco la cuantía, y mucho menos presenta una estimación juramentada de acuerdo con el artículo 106 del Código General del Proceso, asimismo tampoco se presenta una eventual proyección de la diferencia de la mesada que tendría en uno y otro régimen, y más bien se constata que los perjuicios que supuestamente manifiesta haber sufrido la parte demandante, están siendo suplidos en su carga probatoria por la juez.

Que se debe tener en cuenta que no se ocasionó ningún perjuicio, ya que la actora tomó su decisión libre e informada, debiéndose observar que para la fecha en que se afilió con la entidad no contaba tan siquiera con una mera expectativa pensional que se tuviera que amparar, faltándole aún muchos requisitos para pensionarse, pues no se tenía el IBC de los últimos 10 años, y además esta forma de pensionar tampoco le incumbe al fondo privado.

Que hay que dejar claro, sin que exista confesión por parte de PORVENIR S.A. que en el evento de que exista un perjuicio a favor de la demandante, se debe valorar si el daño que se produce ocurre simplemente como consecuencia de una conducta por parte de la persona a quien se le imputa esa responsabilidad, o si por el contrario también ha concurrido frente a ello el hecho u omisión de la parte que experimentó ese daño, pues cuando concurren actuaciones que

generaron ese perjuicio, debe reducirse razonablemente el monto de los perjuicios, toda vez que en el presente caso, la parte demandante tuvo la posibilidad de retornar en los términos de ley y antes de elegir la modalidad pensional pudo mediante demanda judicial solicitar el retorno al RPM y no lo hizo, lo que configura su actuar negligente sobre su situación pensional y un enriquecimiento sin justa causa, al querer recibir una pensión bajo la normatividad del RPM.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora en sus alegatos, expuso que se debe revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que había quedado acreditado dentro del debate procesal que PORVENIR S.A. en contravía de los mandatos legales, vulneró el derecho de la libre elección de régimen pensional de la demandante, generando en consecuencia una ineficacia de la filiación; que existe dentro del ordenamiento jurídico, la posibilidad de un resarcimiento de forma perfecta al daño causado, a través de un estricto cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social que se encuentran en cabeza del fondo privado de pensiones, cual es la reintegración del derecho a la pensión, esto es, reintegración del daño en forma específica, que resulta del equivalente a los términos que hubiese sido otorgada la prestación en el RPMPD, con carácter vitalicio y transferible a sus beneficiarios; que esta solución jurídica no se encuentra de forma expresa en materia laboral o seguridad social, pero si lo hace en otras figuras del ordenamiento jurídico, las cuales son aplicables conforme lo dispuesto en el artículo 19 del C.S.T. norma que de forma supletoria nos dirige a otras disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico; por tal razón, la pretensión reintegradora de la prestación por el equivalente, resulta procedente cuando la prestación originaria es imposible cumplirla, máxime cuando puede afectar en el presente caso derechos de terceros, de inversionistas de la nación de aseguradoras, y no resulta plausible el retorno al RPMPD, y atendiendo a lo anterior, se debe acoger la

indemnización de perjuicios entendida como reintegración del derecho a la pensión.

PORVENIR S.A., en sus alegatos solicitó extrañamente se confirmara la absolución (siendo totalmente lo contrario) en primera instancia, basando sus argumentos en el sentido de que la demandante había realizado su traslado de forma libre y voluntaria, habiendo permanecido en dicho fondo por más de 28 años.

COLPENSIONES, expuso que considera válido los argumentos de la juez, toda vez que la demandante ya adquirió el estatus de pensionada, pues no solo atentaría contra el principio de sostenibilidad del sistema, sino que también estaría vulnerando derechos de terceros que válidamente contrataron con aseguradoras el pago de dichas pensiones en especial la que se causaron bajo la modalidad de renta vitalicia, por lo que se debe confirmar la sentencia íntegramente.

CONSIDERACIONES:

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. MARTA ELENA PÉREZ DE URREGO nació el 4 de julio de 1960; **ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -ISS- y realizó cotizaciones desde el 24 de

septiembre de 1985¹; *iii*) el 7 de abril de 1994 suscribió formulario de afiliación ante la AFP PORVENIR S.A.²; *iv*) el 30 de noviembre de 1994 se afilió a la HORIZONTE S.A.³ hoy PORVENIR S.A., entidad que le reconoció la pensión de vejez a partir del año 2018, la cual fue solicitada el 20 de abril de dicho año⁴, y que es cancelada en cuantía de un salario mínimo.

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 el hecho décimo primero, refiere a la indemnización de perjuicios en virtud al incumplimiento del deber de información, lo cual generó que tuviera que contratar una asesoría profesional de abogado. Y aún estas someras alusiones, parecen estar orientadas a reforzar la tesis de la ineficacia misma, según se infiere del conjunto de la acción.

¹ Folio 45

² Folio 15

³ Folio 16

⁴ Folio 101 de la contestación de Porvenir S.A.

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 COLPENSIONES a reconocer y pagar el retroactivo de la diferencia causada entre las mesadas reconocida en el RAIS y las que se reconocerían en el RPM, 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

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 las pretensiones de la demandante se reitera, en la diferencia causada entre las mesadas reconocidas en el RAIS y las que se reconocerían 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, 7 de abril de 1994, 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 4 de julio 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 7 de abril de 1994, contando para esta última fecha con 33 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 la actora al momento del traslado de régimen pensional. Se tiene que, para la fecha de traslado de régimen, es decir, 7

de abril de 1994, la actora contaba con 422 semanas cotizadas al ISS, por lo que le faltaban 878 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 1994, con un IBC de \$126.907, salario un poco superior al mínimo legal para la fecha de \$98.700. **Por tal razón, podría decirse en principio que no 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 RAIS⁵, ésta contaba con un hijo y su madre, 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 1994 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:

⁵ Folio 15

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 4 de julio de 1960, al 1º de abril de 1994 contaba con 33 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., 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 la demandante, con los cuales hubiese podido obtener una mesada pensional un poco superior a la reconocida en el año 2018. **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 HORIZONTE 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.**

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 7 de abril de 1994, cuando seleccionó el RAIS, apenas contaba con 33 años de edad, lo que implica que le faltaban 24 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 422 semanas aportadas al ISS, lo que implica que estaba a 878 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 728 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.

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.

De igual manera, se debe evocar lo consagrado en la sentencia SL-5174 de 2021, en donde se refiere a la demostración del daño, indicando:

*“Y es que la Corte no niega la posibilidad de reclamar perjuicios frente a una eventual declaratoria de ineficacia del traslado, **siempre y cuando ellos sean reclamados dentro del proceso y se encuentren debidamente acreditados.** Lo que se ha dicho es que no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de quienes ya tienen la calidad de pensionados, porque frente a ese grupo en particular, ya no es posible retrotraer el estado de las cosas al punto en que se encontraban antes del dicho cambio, porque entre otras razones, ya hay situaciones consolidadas y podría afectarse a terceros de buena fe **y sólo procedería el resarcimiento de perjuicios, siempre y cuando, se insiste, se hayan reclamado, probado y no estén prescritos** (CSJ SL373-2021).” (Negrilla de la Sala)*

El presupuesto de prueba del daño, ya había sido advertido desde la sentencia SL-1689 de 2019, en la que la Sala de Casación Laboral como tribunal de instancia, donde al estudiar la pretensión de perjuicios presentada por el accionante, señaló que no era posible acceder a la misma en la medida que no existía prueba cierta de su causación.

Así pues. Resulta claro que es carga del demandante demostrar cual fue el daño ocasionado y que pretende le sea indemnizado, puesto que, la sola afirmación de haberlo sufrido incluso proceder a cuantificarlo en su demandada no es prueba de su existencia, sin que por lo demás este sea presumible.

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 26 de enero de 2022. 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: **1819c79b16487c05bfedb77808187d7d305d2c19f5ad82f1938fed6729d41641**

Documento generado en 27/04/2023 02:47:30 PM

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

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