



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, tres (03) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: AURA ARANGO GUARÍN
Demandados: ACP COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.
Integrado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO -OBP-
Radicado: 05001 31 05 019 2022 00304 02
Sentencia: S-307

AUTO

En atención a la escritura pública 3374 del 2 de septiembre de 2022 allegada al expediente, en la que se otorga poder general para representar a la ACP COLPENSIONES a la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERÍA S.A.S., se le reconoce personería como apoderada judicial a la Dra. ELIANA MORENO PEDROZA. Se accede además a la sustitución de poder presentada por la referida apoderada, a favor de la Dra. LINDA SOFFY RODRIGUEZ DAZA, portadora de la T.P. N° 293.382 del C. S. de la Judicatura, a quien se le reconoce personería judicial para actuar en los mismos términos que a la apoderada principal, con efectos desde el momento mismo de la presentación del memorial.

De igual forma, se le reconoce personería para actuar a la Dra. PAULA ANDREA ESCOBAR SANCHEZ, portadora de la T.P 108.843 del C.S. de la Judicatura para que continúe con la representación judicial de la demandante dentro del proceso de la referencia.

Y, en atención a la Resolución 0849 de 19 de abril de 2021, en donde

el Ministerio de Hacienda y Crédito Público le delega la función de representarlo judicial y extrajudicialmente a la Dr. SANDRA MÓNICA ACOSTA GARCÍA, y esta a su vez le confiere poder especial al doctor SAMIR BERCEDO PÁEZ SUÁREZ portador de T.P. N°. 135.713 para que ejerza la defensa de este Ministerio, se le reconoce personería judicial para actuar en los mismos términos que a la apoderada principal.

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 demandante** en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín el día 24 de julio de 2023.

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

AURA ARANGO GUARÍN demandó a COLPENSIONES y a las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., pretendiendo lo siguiente:

“DECLARATIVAS PRINCIPALES

1.: DECLARAR que la Sociedad Administrativa de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Porvenir S.A., no le brindaron a AURA ARANGO GUARIN, asesoría y buen consejo al momento de traslado de régimen previo análisis y potenciales riesgos y beneficios en cada uno de los regímenes.

2: DECLARAR que Aura Arango Guarín, nunca obtuvo re asesoría justo antes de cumplir los 47 años de edad, en aras de que ella,

optara por el traslado de régimen y regresara al ISS, hoy Colpensiones, perdiendo con ellos la posibilidad de trasladarse nuevamente al régimen de prima media, previo análisis y ponderación de los potenciales riesgos y beneficios en cada uno de los regímenes.

3. DECLARAR que PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. incumplieron con el deber de información (culpa) y están obligados a reparar a la señora Aura Arango Guarín conforme art. 2341 del Código Civil.

4. DECLARAR que PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. deben pagar a título de indemnización de perjuicios, correspondiente al lucro cesante consolidado la diferencia existente entre la mesada que está recibiendo en el RAIS y la que debió recibir en COLPENSIONES si nunca se hubiere traslado, que para el año 2021 asciende a la suma de \$1.575.450 desde la fecha de causación del derecho y que a la fecha de presentación de la demanda asciende a la suma de \$12.361.455 el año 2021.

CONDENAS PRINCIPALES

1. CONDENAR a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a pagar en favor de la señora Aura Arango y a título de indemnización de perjuicios, correspondiente al lucro cesante consolidado por valor de \$12.361.455.

2. CONDENAR a PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. a pagar en favor de la señora Aura Arango a título de indemnización de perjuicios, correspondiente al lucro cesante futuro, la diferencia existente entre la mesada que está recibiendo y la que debió recibir en COLPENSIONES si nunca se hubiere trasladado, hasta la fecha de su fallecimiento y la cesación de los derechos de sus beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

3. CONDENAR a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a pagar a Aura Arango como consecuencia del año extra patrimonial la suma de 50 SMLMV correspondientes al concepto de perjuicios morales.

4. CONDENAR a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

5. CONDENAR a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a todo lo extra y ultra petita a lo que resulte probado en el proceso.

DECLARATIVAS SUBSIDIARIAS

1. DECLARAR LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO de AURA ARANGO GUARIN al RAIS y, en consecuencia, la misma quede sin efecto, por existir vicio en el consentimiento y afectar los mínimos derechos y garantías del demandante.

2. DECLARAR válida, y vigente y sin solución de continuidad la afiliación de Aura Arango al RPMPD, hoy administrado por COLPENSIONES.

3. DECLARAR que Aura Arango Guarín, nunca obtuvo re asesoría justo antes de cumplir 47 años de edad, en aras de que la, optara por el traslado de régimen y regresara al ISS, hoy Colpensiones, perdiendo con ello la posibilidad de trasladarse nuevamente al RPMPD, previo análisis y ponderación de los potenciales riesgos y beneficios en cada uno de los regímenes.

4. DECLARAR que AURA ARANGO GUARIN le asiste el derecho a regresar al RPMPD, por el hecho de que la demandada no le brindó asesoría y buen consejo al momento de la afiliación al RAIS.

5. DECLARAR que COLPENSIONES debe reconocer y pagar la pensión de vejez a Aura ARANGO Guarín, desde la última cotización efectuada en el sistema general de pensiones y sin descontar las mesadas recibida por este en el RAIS.

6. DECLARAR que PORVENIR S.A. debe pagar la mesada pensional al demandante hasta el día en que COLPENSIONES proceda con la inclusión en nómina de pensionados.

CONDENAS SUBSIDIARIAS

1. CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSINES, todos y cada uno de los aportes que Aura Arango Guarín efectuó al RAIS, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración.

- 2. CONDENAR a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de Aura Arango Guarín al RPMMD y recibir los aportes que sean trasladados por PORVENIR S.A.*
- 3. CONDENAR a COLPENSIONES, a reconocer y pagar la pensión de vejez a Aura Arango Guarín, desde la última cotización efectuada en el sistema general de pensiones y si descontar las mesadas recibidas por este en el RAIS.*
- 4. DECLARAR que PORVENIR S.A. debe pagar la mesada pensional a la demandante hasta el día en que COLPENSIONES proceda con la inclusión en nómina de pensionados*
- 5. CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a favor del de la demandante los intereses de mora tal como lo establece el art. 141 de la ley 100 de 1993, (independiente de la novedad reportad en la planilla pila, es decir sea R o P o no tenga novedad alguna)*
- 6. En caso de no prospera la pretensión de intereses de mora, se condene subsidiariamente a COLPENSIONES, al pago de la indexación de las condenas.*
- 7. CONDENAR a las entidades demandadas a l pago de las costas procesales.*
- 8. CONDENAR a las entidades demandas entra y ultra petita o lo que resulte probado en el proceso."*

LOS HECHOS

Expone como fundamento de las anteriores peticiones, que nació el 5 de julio de 1958, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 2 de diciembre de 1994 y cotizó allí hasta el 28 de febrero de 1997, un total de 114 semanas. Que se trasladó al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. el 25 de febrero de 1997, cuando laboraba como Auxiliar Administrativa en Sata Rosa - Risaralda; que en marzo de 2003 se trasladó a PORVENIR S.A. laborando como Secretaria en la alcaldía del mismo municipio y cotizó al RAIS 805.7 semanas, y en toda su vida laboral un total de 1.410 semanas. Aduce que ninguno de los Fondos Privados codemandados le suministró, al momento de la afiliación,

información adicional como la edad mínima y saldo que debía acreditar, o cuándo se redimía el bono, tampoco las diferencias entre un régimen y otro; que PORVENIR S.A. no la re-asesoró antes de los 47 años de edad y además aprobó pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2019 en cuantía de \$828.116. Que en mayo de 2022 solicitó ante las AFP reconocimiento de indemnización de perjuicios por diferencia de mesada entre el RPM y el RAIS y de forma subsidiaria la nulidad o ineficacia de la afiliación; que PROTECCIÓN negó la solicitud y PORVENIR respondió que no cuenta con soporte físico de su vinculación, pues ésta fue verbal; que también radicó ante Colpensiones reclamación administrativa solicitando la ineficacia o nulidad de su afiliación al RAIS y se aceptara su traslado y reconociera la pensión de vejez. Indica que la mesada que recibiría en el RPM es más beneficiosa que la que recibe en el RAIS; que las AFP no cumplieron con el deber de información, estando obligadas a repararlos, por la suma de \$50'000.000 y por lucro cesante en la suma de \$12'361.455. Expresa que también le causaron daños inmateriales, y que por esta situación padece zozobra, angustia al no contar con una actividad económica diferente para solventar sus gastos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES acepta hechos tales como la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación y cotización al otrora ISS, su traslado a Protección en el año de 1997 y la reclamación administrativa ante Colpensiones. Frente los demás hechos manifestó que no le constan por ser circunstancias ajenas al conocimiento de Colpensiones. Se opuso a las pretensiones y como excepciones propuso prescripción, inexistencia de vicio en el consentimiento, imposibilidad de condena en costas, compensación, inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios y devolución de cuotas de administración.

PORVENIR S.A. expuso que no le consta la fecha de nacimiento de la demandante, tampoco la afiliación al ISS, ni su afiliación a

PROTECCIÓN S.A. Que es cierta la afiliación a PORVENIR en marzo de 2003, y advierte que ostenta actualmente la calidad pensionada desde enero de 2019; es cierto el total de semanas cotizadas en toda su vida laboral; sostiene que al momento de la afiliación sí se le brindó información sobre las características y funcionamiento del RAIS, lo que se acredita con la firma en el formulario; que siempre se le garantizó el acceso a la información y en la actualidad está percibiendo una pensión desde el 1° de enero de 2019, en la modalidad de retiro programado de \$1'000.000. Dice que se atiene a la respuesta dada frente al contenido íntegro de la solicitud elevada por la actora, pero niega que se le hayan causado daños materiales o inmateriales; y que no le constan los hechos que van dirigidos frente a terceros. Se opuso a todas las pretensiones y excepcionó, con carácter de previas, la falta de competencia de la especialidad laboral para conocer de este asunto y prescripción de la acción de indemnización. Como excepciones de mérito propuso prescripción de la acción indemnizatoria, prescripción de la obligación de tracto sucesivo, inexistencia del daño o perjuicio, enriquecimiento sin causa, entre otras.

PROTECCION S.A. manifestó que es cierta la fecha de nacimiento de la demandante, como el traslado que efectuó a esta entidad cuando laboraba para el municipio de Santa Rosa; que es cierto el traslado a PORVENIR como se evidencia en el SIAFP; que no es cierto que al momento de la afiliación no se le haya brindado información, pues esta se le dio de manera transparente y profesional; que es cierta la petición realizada por la demandante, así como la respuesta dada en lo que se refiere a no tener derecho a la indemnización de perjuicios; que a la actora no se le causaron perjuicios patrimoniales y daños inmateriales y que no le constan los hechos que corresponden a situaciones ajenas a esta entidad. Se opuso a todas las pretensiones. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado de aportes a Porvenir S.A.,

inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguro previsional, entre otras.

Por último, el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO da por cierta la fecha de nacimiento de la demandante; dice no constarle su afiliación y cotizaciones la ISS, lo cual deberá ser probado; admite el traslado al RAIS primero a PROTECCIÓN y posteriormente a PORVENIR; y que no le constan los demás hechos por desconocer las circunstancias en que se materializó el traslado de régimen y la información suministrada. Se opuso a las pretensiones. Como excepciones propuso falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 24 de julio de 2023, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, **ABSOLVIÓ** a COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. e igualmente a la NACION-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, a quien **CONDENÓ** en costas.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Interpuesto por el apoderado de la parte actora, lo sustenta señalando que tal y como lo ha sentado la Sala de Casación Laboral en sentencia SL373 del 2021, es esa diferencia en la mesada pensional la que se considera vulnera al pensionado cuando el fondo que efectúa el traslado de régimen pensional ha incumplido el deber de información, y por lo tanto, al incumplir dicho deber, incurre en culpa, y es esta la que da lugar a la indemnización de perjuicios que se materializa en la diferencia entre la mesada pensional que hubiese recibido el pensionado si hubiese permanecido en el RPM, frente a la mesada pensional que otorga el RAIS.

Indica que es clara la sentencia de la Sala de Casación Laboral SL373-2021, cuando analiza el caso de un afiliado que ya está pensionado en el RAIS, al decir que no es viable la ineficacia y su retorno al RPM por tener una situación consolidada y estar pensionado ya en el RAIS, sin embargo, la sentencia en mención señala que no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación, es un principio general del derecho aquel según el cual si se comete un daño por culpa está obligado a repararlo según el artículo 2341 del Código Civil, por consiguiente si un pensionado considera que el administrador incumplió su deber de información - "culpa" - y por ello sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

Se acredita que quien incurrió en culpa es la AFP PROTECCIÓN S.A., pues en su momento la AFP COLMENA - hoy PROTECCIÓN S.A. - no cumplió con el deber de información al efectuar el traslado de régimen pensional, cuando trasladaron a la demandante del Instituto de los Seguros Sociales a COLMENA S.A., y es que no acredita por parte alguna al interior del proceso que se hubiese cumplido con el deber de información al efectuar dicho traslado de régimen, es decir, en ningún momento a la actora se le otorgó una información clara, completa, suficiente y pertinente, como para que se hubiera considerado que la AFP demandada cumplió con el deber y la obligación que tenía consagrada desde el artículo 97 del decreto 663 de 1993. Es por ello que en la demanda se pide una reparación de perjuicios materiales que se consolidan en la diferencia entre la mesada pensional que hubiese obtenido en el RPM, frente a la reconocida en el RAIS.

Agrega que a la actora nunca se le explicó que por situaciones particulares como lo es el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos de la misma y la edad de sus beneficiados, serían estas las situaciones que se tendría en cuenta para determinar el valor de su mesada pensional. Señala que la jurisprudencia citada ha

dicho que si la administradora incumple el deber de información, incurre en culpa, y por ello lesiona el derecho económico de la actora, al poder recibir una pensión más alta en el RPM frente a la que se está reconociendo en el RAIS, perjuicio material que se consolida en la diferencia de mesadas, debidamente acreditado al interior del plenario, pues se encuentra probada la mesada pensional que devenga en este momento en el RAIS pagada por la AFP PORVENIR S.A, frente a la liquidación que se realiza conforme al artículo 21 de la ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 34 de la misma ley, situación que es verificable por el despacho, pues la liquidación es de ley y se hace como establece la norma, entonces está debidamente acreditado el daño, la culpa y el nexo causal.

Por lo tanto, es la AFP PROTECCIÓN S.A quien efectuó el traslado del régimen pensional, la que debe asumir el pago del perjuicio económico.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la parte DEMANDANTE, en sus alegatos, plantea que la sentencia debe ser revocada y en su lugar condenar al pago de perjuicios solicitados, toda vez que debe tenerse en cuenta que PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado de régimen no cumplió con su deber de información, permitiendo así tomar una decisión informada sobre su futuro pensional, por lo que no se puede decir que el traslado se dio de forma libre y voluntaria; es así como el traslado se torna en ineficaz; pese a ello, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ, no se es posible el retorno por encontrarse pensionada en el RAIS, tendiendo una situación jurídica consolidada, lo cual no significa que no pueda ser reparado por quien cause el ,daño que en este caso es PROTECCIÓN S.A., sufriendo perjuicios morales y materiales sobre la cuantía de su pensión, todo lo anterior como lo enseña la sentencia SL373 de 2021.

Por su parte, COLPENSIONES a través de su apoderada señaló se debe tener en cuenta que esta entidad es un tercero ajeno al negocio jurídico del cual hoy se pretende su ineficacia, es por ello que no debe verse perjudicado por el error en el cual incurrió la parte demandante, siendo además este traslado libre y voluntario y que podría afectar la sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la ineficacia (sic) debe ordenarse a PROTECCIÓN la devolución de la totalidad del aporte realizado en favor de la demandante, incluidos los destinados a la administración de la cuenta y al pago de primas de seguros previsionales para invalidez y muerte, debidamente indexados.

PORVENIR S.A. por medio de apoderado judicial presentó y sustentó alegatos de conclusión solicitado se confirme la decisión, ya que la demandante tiene una situación consolidada pues es pensionada por PORVENIR desde 2019 en la modalidad de retiro programado, sin ser factible la declaratoria de ineficacia de traslado. Y si bien, en el presente asunto se pretende la indemnización de unos perjuicios, los mismos no se encuentran acreditados, y aunque por parte de la CSJ en sentencia SC2107 de 2018 no dice nada frente a la carga de la prueba, si se debe remitir a la fuente legal, art 167 del CGP, que la carga está en cabeza de quien pretende el pago de la indemnización; así las cosas, si bien el órgano de cierre dejó abierta la posibilidad de que el pensionado que considere sufrir un menoscabo en su derecho pensional por el incumpliendo del deber de información al momento del traslado, pueda obtener una indemnización integral de perjuicios, este debe encontrarse probado por quien lo aduce sin la posibilidad de invertir la carga probatoria en dichos procesos indemnizatorios.

Por último, el MINISTERIO DE HACIENDO Y CRÉDITO PÚBLICO, indica que debe confirmarse la decisión y exonerar de cualquier tipo de responsabilidad a esta entidad, ya que el Ministerio no es la llamada a atender las pretensiones de la demanda como se evidencio en el fallo de primera instancia al ser absuelta de las pretensiones; esta entidad únicamente responde por la liquidación, emisión, expedición,

redención, pago y anulación de los bonos pensionales o cupones de los bonos pensionales a cargo de la Nación, por lo que la vinculación a este proceso resulta inoficiosa, al no tener la facultad de pronunciarse respecto de qué derecho debe ser reconocido al demandante, pues la tarea le corresponde al fondo donde se encuentra afiliado, evidenciándose una falta de legitimación en la causa por pasiva.

CONSIDERACIONES:

Se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora 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.

Conviene puntualizar que, entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado acreditados, se encuentran los siguientes: **i)** la Sra. AURA ARANGO GUARÍN nació el 5 de julio de 1958¹; **ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y cotizó allí desde el 2 de diciembre de 1994²; **iii)** el 25 de febrero de 1997 suscribió formulario de traslado a la AFP COLMENA S.A. (hoy PROTECCIÓN S.A.)³; **iv)** y el 27 de marzo de 2003 se afilió a la AFP PORVENIR S.A.⁴, entidad que finalmente le reconoció la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado a partir del 1º de enero de 2019⁵, misma que fue solicitada el 6 de febrero de 2019⁶, pagadera en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.

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,

¹ Folio 20 de la demanda

² Folio 36 y 64 de la demanda

³ Folio 68 de la demanda y 50 de la contestación de PROTECCIÓN S.A.

⁴ Folio 34 de la demanda y 107 de la contestación de PORVENIR S.A.

⁵ Folios 38 y 39 de la demanda y 153 a 155 y 156 de la contestación de PORVENIR S.A.

⁶ Folios 143 a 152 de la contestación de PORVENIR S.A.

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 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 RMPD, y es este el aspecto único en el cual se basa la petición reparatoria por parte de la demandante. Por lo tanto, para esta Sala se deben estudiar 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, determinado o al menos cuantificable, y que se configuraría en este caso, según las pretensiones de la demandante, 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 y aleas 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 compañero (a) e hijos y por supuesto sus edades; de esta manera, sin duda alguna el monto de la prestación económica puede ser muy diferente al que podría obtenerse en el RPM, y no por ello, per se, 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 beneficios que le son propios, sin obviar la situación particular del futuro pensionado, que permite a las personas escoger el que más les convenga, atendiendo, se itera, a la situación particular y concreta de cada afiliado. 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, 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, el equivalente aproximado a 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 objeto de devolución.

Así pues, no necesariamente se puede indicar en forma indiscriminada, que se causa un daño al afiliado por el solo hecho de afirmarse que el monto pensional es inferior en el RAIS con relación al que pudo obtener en el RPM, ya que como se observó, existen otras 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, a la fecha del traslado de la actora, esto es, el 25 de febrero de 1997, no se podía predecir que le resultaría más favorable el valor de la pensión que obtendría en el régimen de prima media frente al de ahorro individual, o viceversa, teniendo en cuenta las eventualidades ya enunciadas, tanto las económicas o financieras, como las que atañen al fuero interno de la afiliada y su entorno familiar; 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 atañe a la edad de la actora, se tiene que nació el 5 de julio de 1958, esto es, cumplió los 57 años el mismo día y mes del año 2015, y su traslado a COLMENA S.A. - hoy PROTECCIÓN S.A. se dio el 25 de febrero de 1997, contando para esta última fecha con 38 años cumplidos, por lo que no tenía, relativamente, 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, 25 de febrero de 1997, la demandante contaba con 114,86 semanas cotizadas al ISS, y 191.64 semanas por servicios laborados al Municipio de Santa Rosa de Cabal, es decir en total 306.5 semanas, lo que indica que le faltaban 993.5 semanas para alcanzar las 1.300 exigidas en el RPM para acceder a la pensión

de vejez, por lo cual podría decirse, **no existía un perjuicio ante su traslado del RPM al RAIS.**

3. En lo relativo al ingreso base de cotización (IBC) con el que cotizaba la actora al momento del traslado de régimen pensional. Se observa en la historia laboral que esta cotizaba, al momento del traslado en el año 1997, sobre un IBC de \$266.770, salario superior al mínimo legal que para ese año ascendía la suma de \$172.005, pero que no alcanzaba los dos salarios mínimos legales para tal fecha. **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 estuvieren legitimados para obtener una pensión de sobrevivientes. Conforme al formulario de afiliación de la demandante al RAIS⁷, a la sazón ésta contaba con su cónyuge y dos 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 estos beneficiarios de la 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 1997 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:

⁷ Folio 50 de la contestación de PROTECCIÓN S.A.

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.”

Por lo anterior, respecto de la información brindada, se puede decir que si representaría un perjuicio para la accionante.

- 6.** Si al momento del traslado de la trabajadora al RAIS, era o no beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. La demandante no era beneficiaria del régimen de transición, pues en tanto nació el 5 de julio de 1958, si bien al 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, cumpliría los 55 en el año 2013 cuando concluyó el régimen de transición, y no contaba con las 750 semanas exigidas por el acto legislativo 01 de 2005 para que se le extendiera el acto legislativo posterior al año 2010, **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 eventualmente obtendría en el RAIS, podría ser inferior al que lograría 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 llevó a cabo, o al menos no existe 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 2019. **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, por lo que en cierta manera **se puede concluir que la demandante estaba conforme en pertenecer al RAIS.** (Apreciación esta

que debe entenderse de manera independiente a los procesos de ineficacia, como son independientes los objetos de cada uno)

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 qué comportamiento asumió la actora, debe decirse que **es una conducta reprochable a 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 solo 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, al 25 de febrero de 1997 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 afiliada al momento del traslado de régimen pensional, se prueba que para el instante en que se vinculó al RAIS, contaba con 306.5 semanas aportadas al ISS y a una entidad pública, lo que se traduce en que estaba a 993.5 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 843.5 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, tal y como lo señaló el juez.

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, importa citar 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 consignado 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 la 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, 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 son de recibo los argumentos dados por el juez de conocimiento, y como consecuencia se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

Y aunado a lo anterior, es pertinente indicar, que la indemnización pretendida por la parte actora se encuentra prescrita, toda vez que este presupuesto recae en una responsabilidad endilgada a una administradora de pensiones (PORVENIR S.A.); en ese orden de ideas, la naturaleza del derecho no es pensional sino resarcitorio, dado que se busca la reparación de un daño ocasionado con una conducta jurídica, aspecto claramente delimitado en la sentencia SL373-2021, en la que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia expresó:

“Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.”

Entonces al tratarse de la reparación de un daño, la acción que se sigue es la indemnización de perjuicios, y para efectos de la prescripción, el momento fundamental es aquel a partir del cual se tiene la condición de pensionado, pues como lo afirmará la misma Corte en la sentencia que se viene de citar *“...el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.”*

Siguiendo estas enseñanzas resulta evidente que en el caso de autos la prescripción que establece el artículo 151 del CPT y la SS. operó, toda vez que, el reconocimiento del derecho pensional y el valor de la mesada fue conocido a la demandante desde el **1º de enero de 2019** a través del documento proferido el 14 de marzo del mismo año, y dentro de los 3 años siguientes a esta fecha no promovió ninguna acción tendiente al reconocimiento del perjuicio, toda vez que la demanda fue presentada el **21 de julio de 2022**, conforme se anota

a folio 1 del expediente digital, por lo que también se encontraría prescrita la pretensión indemnizatoria.

Costas de la segunda instancia a cargo de la demandante, por no salir avante el recurso de apelación. Las agencias en derecho de la segunda instancia se fijan en la suma de \$580.000.

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:

CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, el día 24 de julio de 2023.

Costas como se dijo en la parte motiva de esta providencia.

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: **91633cdb51a69f320d9b4771807dba4db3b28b363fa68c075e2e5917b1dd57d0**

Documento generado en 03/11/2023 01:25:59 PM

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