

TEMA: INEFICACIA DE UN PENSIONADO – Declarar la ineficacia de un pensionado vulneraría el principio de solidaridad propio del régimen de Prima Media, así como el de equidad y de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, contemplados en el art. 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1° de 2005, en la medida en que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada.

HECHOS: Pretende el demandante que se declare la nulidad y/o la ineficacia de la afiliación al RAIS, su retorno y activación al RPMPD administrado por Colpensiones y, en consecuencia, se ordene a Porvenir trasladar a Colpensiones todos los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo los rendimientos financieros y el bono pensional.(...) El Juzgado 10º Laboral del Circuito de Medellín, en audiencia celebrada el 30 de enero de 2023, profirió sentencia en la que absolvió a las demandadas de la pretensión de ineficacia del cambio o del traslado de régimen pensional propuesta por el demandante; y condenó a Porvenir SA a pagar al actor la indemnización total de perjuicios por el incumplimiento del deber de información, en consecuencia, condenó al pago de las diferencias de la mesada pensional reconocida al demandante en el RAIS y estimada en el RPMPD, entre el 1º de marzo de 2017 y el 30 de enero de 2023 por la suma de \$174.163.070, suma que deberá ser indexada al momento del pago efectivo al demandante. A partir del 1º de febrero de 2023 Porvenir SA deberá continuar pagando al actor la pensión de vejez en la totalidad de la mesada que le habría correspondido en el RPMPD en forma vitalicia y transmisible a sus beneficiarios en cuantía de \$5.405.611 con el respectivo incremento anual. (...) El problema jurídico consiste en determinar si es procedente o no la condena impuesta a la AFP Porvenir SA por concepto de indemnización de perjuicios que ahora reclama el actor, no sin antes analizar la procedencia o no de la excepción de prescripción.

TESIS: Sea lo primero indicar que frente a la aplicación del fenómeno extintivo de la prescripción, lo explicado en la sentencia CSJ SL053-2022 permite concluir que la indemnización plena de perjuicios no puede ser equiparada al status pensional o a la imprescriptibilidad de la mesada pensional, así: El precepto normativo llamado a regir la indemnización plena de perjuicios solicitada, como lo señalara esta Corte, es el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que reza: ARTICULO 16. VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales. No obstante, «En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento» (CSJ SL373-2021), lo que lleva a colegir que en el presente asunto aquel se superó con creces como lo sostuvieron las demandadas al proponer el correspondiente medio exceptivo, pues la pensión anticipada de vejez que se le reconoció a Roberto Cesáreo José Francisco Ceballos Restrepo lo fue a partir del 5 de abril de 2002 (fl. 31-32) y la presente acción judicial tan solo se ejerció el 24 de enero de 2018 como da cuenta el acta de reparto visible al anverso de la carátula final del expediente, esto es, superado ampliamente el término trienal contemplado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, razón por la cual no resulta procedente su imposición. (...) Así las cosas, considera la Sala que en estos asuntos, el presunto daño que se pudo haber causado por la falta al deber de información se consuma una vez se adquiere la calidad de pensionado; y en consecuencia, es a partir de allí que debe contarse el término de prescripción -para incoar la acción de reparación del daño o indemnizatoria plena de perjuicios- consagrada en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, contados a partir de que la obligación se hizo exigible.(...) La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC093 de 2021, explicó que los elementos estructurales de la responsabilidad contractual, que para el caso es la que se deriva de

la celebración de un acto jurídico de traslado, son: “la existencia de un contrato válidamente celebrado, la lesión o menoscabo que ha sufrido el demandante en su patrimonio y la relación de causalidad entre el incumplimiento imputado al demandado y el daño causado”. Y en la SC 397 de 2021, expresó: “La responsabilidad, en general, dimana del artículo 95, numeral 1º de la Constitución Política. Impone como deberes de la persona y del ciudadano «[r]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios». El precepto recoge la máxima qui iure suo utitur, neminen laedere debet, según el cual, quien vulnere o incumpla sus obligaciones de conducta contractuales o extracontractuales, impuestas en interés de otro o de varios sujetos de derecho, debe reparar el daño producido. La extracontractual, fundada en el artículo 2341 del Código Civil, establece la obligación civil de indemnizar los perjuicios provenientes de los delitos y las culpas. Exige para su estructura, al decir de la Corte: «una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; un daño o perjuicio, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, finalmente, un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva (v.gr. riesgo)». (...) Igualmente, no puede desconocerse la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la coexistencia de los regímenes pensionales, las técnicas excluyentes para la financiación del sistema pensional y la diferencia en el concepto de solidaridad de cada uno de los regímenes, lo cual se puede constatar en lo expuesto, entre otras, en sentencia CC C-083-2019, que señaló: “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas. De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. (...) Así las cosas, declarar la ineficacia de un pensionado vulneraría el principio de solidaridad propio del régimen de Prima Media, así como el de equidad y de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, contemplados en el art. 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1º de 2005, en la medida en que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer, pues la prestación que hoy percibe, es a su vez financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional (CSJ SL373-2021, CSJ SL1577-2022, CSJ SL2160-2022).

MP. LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

FECHA:15/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

SALVAMENTO DE VOTO: DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN



República de Colombia



Sala Quinta de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 05 001 31 05 **010 2019 00128** 02
DEMANDANTE: CARLOS IVÁN RESTREPO VÉLEZ
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CENSATÍAS PORVENIR SA.

Medellín, quince (15) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los Magistrados **SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**, quien asume como magistrada ponente en esta decisión, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir SA, respecto de la sentencia proferida el 30 de enero de 2023, por el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Medellín.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la nulidad y/o la ineficacia de la afiliación al RAIS, su retorno y activación al RPMPD administrado por Colpensiones y, en consecuencia, se ordene a Porvenir trasladar a Colpensiones todos los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo los rendimientos financieros y el bono pensional. Se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez y su retroactivo pensional y a Porvenir SA al pago de la indemnización de perjuicios. En subsidio se condene a Porvenir SA a pagar la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y los intereses moratorios (págs. 17 a 20 arch. 01, C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 24 de noviembre de 1954, alcanzando los 62 años de edad para el mismo día y mes del año 2016; que se afilió inicialmente a Colpensiones para el mes de abril de 1979 y a la entrada en vigencia del SGP fue visitado por un promotor de Porvenir, quien sin brindarle una asesoría completa, amplia y suficiente, lo convenció de trasladarse al RAIS el 6 de septiembre de 2000, pero que nunca le explicaron que la pensión se obtenía por capital, los requisitos para una pensión anticipada, la garantía de pensión mínima y cuándo operaba, así como tampoco los factores que influyen para establecer el monto de la pensión como expectativa de vida propia y de los beneficiarios; y que solicitó la pensión de vejez a Porvenir el 1º de diciembre de 2016 la cual le fue reconocida mediante comunicación del 3 de febrero de 2017, siendo más favorable la mesada pensional que le hubiese sido reconocida en Colpensiones generándose así un grave perjuicio que hace procedente su indemnización (págs. 1 a 17 arch. 01, C01).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió mediante auto del 27 de julio de 2017 y se ordenó la notificación y traslado a las demandadas (arch. 03, C01) quienes dieron respuesta, en término oportuno.

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones; propuso excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, compensación indexada e imposibilidad de condena en costas (arch. 06, ídem).

Porvenir SA se opuso a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el traslado efectuado por el demandante obedeció a una decisión libre y voluntaria, ratificando su decisión con el hecho de solicitar la pensión de vejez, la cual, le fue reconocida por reunir el capital suficiente para financiar la prestación desde el mes de enero de 2017 con su respectivo retroactivo pensional, por lo que Colpensiones no se encuentra legitimada para definir el derecho pensional del actor, aunado a que, no resulta conducente hablar de "reparación de perjuicios", cuando se trató de un acto

jurídico permitido por las leyes y, de contera, querido, propiciado y ejecutado por el demandante en forma libre y autónoma; formuló las excepciones de mérito denominadas improcedencia de la nulidad por reconocimiento de la pensión de vejez, falta de causa para pedir, buena fe, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y ausencia de prueba efectiva de daño o inexistencia del daño (arch. 10, ídem).

Interpuso demanda de **reconvención** en contra del demandante, para que en caso de que prosperen las pretensiones de la demanda, sea condenado a pagar los valores que le han sido pagados por concepto de mesadas pensionales de vejez, junto con la rentabilidad que ese dinero habría producido de haber permanecido bajo la administración de Porvenir SA (arch. 11, C01). Frente a este escrito, el **demandante** presentó oposición a todas y cada una de las pretensiones (arch. 13, C01).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado** a pesar de haber sido legalmente notificada acerca de la existencia del presente proceso, guardó silencio (pág. 4 arch. 04, *ídem*).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10º Laboral del Circuito de Medellín, en audiencia celebrada el 30 de enero de 2023, profirió sentencia en la que absolvió a las demandadas de la pretensión de ineficacia del cambio o del traslado de régimen pensional propuesta por el demandante; y condenó a Porvenir SA a pagar al actor la indemnización total de perjuicios por el incumplimiento del deber de información, en consecuencia, condenó al pago de las diferencias de la mesada pensional reconocida al demandante en el RAIS y estimada en el RPMPD, entre el 1º de marzo de 2017 y el 30 de enero de 2023 por la suma de \$174.163.070, suma que deberá ser indexada al momento del pago efectivo al demandante. A partir del 1º de febrero de 2023 Porvenir SA deberá continuar pagando al actor la pensión de vejez en la totalidad de la mesada que le habría correspondido en el RPMPD en forma vitalicia y transmisible a sus beneficiarios en cuantía de

\$5.405.611 con el respectivo incremento anual.

Declaró no probada la excepción de prescripción, y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas por el demandante, así como de la demanda de reconvención, e impuso costas a cargo de Porvenir SA y a favor de la parte actora.

En síntesis, consideró que en el presente asunto no opera la ineficacia del traslado, pues el demandante, al presentar la calidad de pensionado, tiene una situación jurídica consolidada; que se encuentran probados los elementos esenciales de la responsabilidad pues Porvenir SA no demostró al interior del proceso que le suministró al demandante una información clara y suficiente para una decisión libre y voluntaria al momento de su traslado; y que ese incumplimiento al deber de información le generó un perjuicio al actor, pues recibió una mesada pensional inferior a la que hubiera percibido en el RPMPD si hubiera permaneció en dicho régimen (arch. 36, C01).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir SA manifiesta que no basta con que una persona solicite el resarcimiento de perjuicios para que estos sean concedidos pues para ello es necesario que se acredite que se produjeron y sobre todo que los elementos que constituyen este tipo de responsabilidad se deben configurar, en otras palabras, se debe demostrar además del daño el nexo de causalidad que existe entre ese daño y la conducta del tercero, y en el presente caso la decisión de trasladarse al RAIS es únicamente imputable al demandante sin que con ello se genere algún perjuicio, y menos aun cuando en el presente caso el demandante disfruta de una pensión de vejez desde el año 2017. Asimismo, que en el presente caso operó la excepción de prescripción, pues teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda y la fecha en la cual se adquirió el status de pensionado han pasado más de 3 años.

Finalmente, indicó que ordenar a Porvenir SA el pago de la pensión de vejez como si el actor estuviera afiliado al RPMPD es una trasgresión al acceso real y efectivo de los derechos, pues al actor no se le ha negado el acceso al

derecho pensional, pues ya se encuentra pensionado en el RAIS.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias por la Corporación, se avocó conocimiento mediante auto del 31 de agosto de 2023 admitiendo el recurso impetrado y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04, C02); para lo cual los apoderados judiciales de Porvenir SA y Colpensiones reiteraron los argumentos expuestos en cada una de sus contestaciones (arch. 05 y 06, C02).

Ahora, toda vez que no fue aprobada por la mayoría de los miembros de esta sala de decisión, la ponencia presentada el día 29 de febrero de 2024 por el Dr. Diego Fernando Salas Rondón, fueron remitidas las presentes diligencias a la magistrada que sigue en turno (arch. 11, C03, C02).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo

se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver la apelación de Porvenir SA, y de conformidad con lo previsto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico consiste en determinar si es procedente o no la condena impuesta a la AFP Porvenir SA por concepto de indemnización de perjuicios que ahora reclama el actor, no sin antes analizar la procedencia o no de la excepción de prescripción.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 24 de noviembre de 1954 (pág. 6 arch. 02, C01); **ii)** se afilió al extinto ISS donde efectuó cotizaciones entre el 16 de abril de 1979 y el 31 de octubre de 2000 para un total de 746.43 semanas (pág. 7, arch. 06, *ibídem*); **iii)** el 6 de septiembre de 2000 se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA con fecha de efectividad desde el 1º de noviembre de esa anualidad (pág. 63 y 64, arch. 10, C01), administradora a la que actualmente se encuentra vinculado, alcanzando un total de 1570 semanas de cotización (pág. 26, arch. 02, C01); y, a través del documento expedido el 3 de febrero de 2017, se le reconoció la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, a partir del mes de febrero de dicha anualidad (págs. 88 a 90 arch. 10, C01).

Sea lo primero indicar que frente a la aplicación del fenómeno extintivo de la prescripción, lo explicado en la sentencia CSJ SL053-2022 permite concluir

que la indemnización plena de perjuicios no puede ser equiparada al status pensional o a la imprescriptibilidad de la mesada pensional, así:

El precepto normativo llamado a regir la indemnización plena de perjuicios solicitada, como lo señalara esta Corte, es el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que reza:

ARTICULO 16. VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

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

Así las cosas, considera la Sala que en estos asuntos, el presunto daño que se pudo haber causado por la falta al deber de información se consuma una vez se adquiere la calidad de pensionado; y en consecuencia, es a partir de allí que debe contarse el término de prescripción -para incoar la acción de reparación del daño o indemnizatoria plena de perjuicios- consagrada en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, contados a partir de que la obligación se hizo exigible.

Por todo lo anterior, y verificado el contenido del material probatorio obrante al interior del presente proceso, se tiene que al demandante se le notificó el reconocimiento de la pensión de vejez mediante comunicación del 3 de febrero de 2017, es decir, que contaba hasta el mismo día y mes de 2020 para efectos de la reclamación judicial y, presentó la demanda ordinaria laboral el 22 de junio de 2017, cuyo auto admisorio fue notificado personalmente a la representante legal de la demandada el 17 de octubre e 2017, sin que se encuentre por tanto vencido el término trienal, como lo concluyó el *a quo*.

Ahora, en cuanto a la **indemnización de perjuicios**, en criterio de la Sala mayoritaria, para su causación se deben demostrar no solo los elementos configurativos de la responsabilidad civil, ellos son: el hecho, el daño, la culpa o dolo, y no menos importante, el nexo causal entre la acción u omisión dolosa o

culposa de la AFP, y el resultado dañoso por el que se pretende la reparación del perjuicio, la intención de producir ese daño, o por lo menos la posibilidad de prever en el momento del traslado su producción, y con ello, que lo hubiera podido evitar.

Frente al daño, éste debe ser cierto, cuantificado o al menos cuantificable, y consecuencia directa y necesaria del actuar de la AFP a la que se le imputa; en este caso, según las pretensiones del demandante, se configura por la omisión de información por parte de la AFP que lo llevó a trasladarse de régimen pensional, en la diferencia causada entre las mesadas reconocidas en el RAIS y las que se hubieran reconocido en el RPMPD.

Al respecto, advierte la Sala 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 de la moneda, entre muchas otras; así como las decisiones del propio afiliado, como 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 ser muy diferente al que podría obtenerse en el RPMPD, 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, menos aún cuando aquel no podía ser presumido para establecer que era evitable por parte de la AFP, esto es, que actuó con culpa en su ocurrencia, y es consecuencia directa y necesaria de su culpa o dolo, por lo que para imponer condena se requiere la plena certeza de su generación, y los elementos que dan lugar a la reparación, en cada caso concreto, a partir del examen de los medios de convicción arrimados al plenario.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC093 de 2021, explicó que los elementos estructurales de la responsabilidad contractual, que para el caso es la que se deriva de la celebración de un acto jurídico de traslado, son: *“la existencia de un contrato válidamente celebrado, la lesión o menoscabo que ha sufrido el demandante en su patrimonio y la relación*

de causalidad entre el incumplimiento imputado al demandado y el daño causado". Y en la SC 397 de 2021, expresó:

“La responsabilidad, en general, dimana del artículo 95, numeral 1º de la Constitución Política. Impone como deberes de la persona y del ciudadano «[r]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios».

El precepto recoge la máxima *qui iure suo utitur, neminem laedere debet*, según el cual, quien vulnere o incumpla sus obligaciones de conducta contractuales o extracontractuales, *impuestas en interés de otro o de varios sujetos de derecho, debe reparar el daño producido*.

La extracontractual, fundada en el artículo 2341 del Código Civil, establece la obligación civil de indemnizar los perjuicios provenientes de los delitos y las culpas. Exige para su estructura, al decir de la Corte:

«una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; un daño o perjuicio, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, finalmente, un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva (v.gr. riesgo)».

En el caso objeto de análisis, se tiene que para la fecha de traslado del actor, esto es, el 6 de septiembre de 2000, no era posible prever que le resultaría más favorable el valor de la pensión que obtendría en el régimen de prima media respecto al que recibiría en el de ahorro individual, teniendo en cuenta las eventualidades ya enunciadas, el devenir económico y de los portafolios pensionales, que a posteriori mostró no coincidir con las expectativas del régimen de ahorro individual, en el que, se itera, el valor de la pensión de vejez en sus distintas modalidades, pende del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, acorde con los aportes que se efectúen y los rendimientos financieros que los mismos generen, a lo que se suma el desconocimiento de las condiciones particulares del afiliado, la continuidad en sus cotizaciones e ingresos base de cotización, su situación familiar y de posibles beneficiarios de una sustitución pensional, es decir, era imposible anticipar al momento de la celebración del acto jurídico de traslado, el valor que podría tener la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

Es por ello que en cada caso, debe analizarse si era claro o se podía prever al momento del traslado, que dicho monto pensional futuro sería más beneficioso en el RPM que en el RAIS, no sólo desde lo que debió informar el fondo privado, sino de acuerdo con los presupuestos de ley, a las

circunstancias particulares del afiliado y a las condiciones del mercado, y es que el demandante para la fecha de traslado, apenas contaba con 46 años de edad, lo que implica que le faltaban 16 años para arribar a la edad mínima pensional; y, en lo que tiene que ver con la densidad de cotizaciones, para esa época contaba con 746.43 semanas aportadas al ISS, es decir, le faltaban 553.57 semanas para alcanzar el número mínimo de semanas hoy requeridas para obtener la pensión de vejez en el RPM (1300), y por ello concluye la Sala mayoritaria que al momento del traslado de régimen, no existía un perjuicio inminente y/o previsible, que permita imputar a título de culpa o dolo, la responsabilidad del fondo demandado en el perjuicio económico que se reclama.

En este punto, no menos importante resulta resaltar que, con posterioridad a su traslado, el demandante tuvo la posibilidad de regresar al régimen de prima media con prestación hasta antes del 24 de noviembre de 2006, en los términos establecidos en el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad mínima pensional, y no lo hizo, continuó vinculado y cotizando al régimen de ahorro individual, en el que además solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, fue ilustrado respecto a las condiciones en las que se podía efectuar tal reconocimiento, acorde con lo cual, de manera informada eligió pensionarse bajo la modalidad de retiro programado, misma en la que en la actualidad viene recibiendo la prestación correspondiente en el sistema pensional.

Así las cosas, encuentra esta Sala que no se acredita la culpa o dolo en la ocurrencia del aducido daño, menos aún podría establecerse el nexo causal que debe existir entre la acción u omisión dolosa o culposa de la AFP demandada y ese perjuicio alegado, elementos que resultan indispensables para derivar la responsabilidad en la reparación del perjuicio que se alega, lo que hace innecesario adentrarse al análisis de su verdadera existencia.

Por lo expuesto, se **revocará** el numeral segundo de la sentencia apelada, para en su lugar, **absolver** a la demandada Porvenir de la pretensión

consistente en la indemnización total de perjuicios con ocasión del traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que habrá de confirmarse la decisión absolutoria respecto a las demás pretensiones incoadas, esto es, la ineficacia del traslado efectuado, y la subsidiaria de reconocimiento de la pensión a cargo de la AFP conforme en aplicación de lo dispuesto en el art. 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 33 de la Ley 100 de 1993, por cuanto además de haberse invocado la primera como principal, sin que controvirtiera la parte actora dicha absolución, no resulta procedente en su condición de pensionado tal declaratoria, en los términos de la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ni el reconocimiento de una prestación del régimen de prima media a cargo de una administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, toda vez que no es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haberse efectuado el traslado de régimen, o de no haberse afiliado al RAIS el demandante, puesto que aceptó el reconocimiento de la pensión en la modalidad de retiro programado que le hizo la AFP a través de documento expedido el 3 de febrero de 2017 ante su solicitud efectuada el 1º de diciembre de 2016, misma que le está siendo pagada (págs. 82 a 90 arch. 10, C01), sin que el monto de la mesada pensional se constituya, por sí sola, en una causal de nulidad o ineficacia.

Igualmente, no puede desconocerse la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la coexistencia de los regímenes pensionales, las técnicas excluyentes para la financiación del sistema pensional y la diferencia en el concepto de solidaridad de cada uno de los regímenes, lo cual se puede constatar en lo expuesto, entre otras, en sentencia CC C-083-2019, que señaló:

“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional [30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación [31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

Y, en la providencia CC C-1024-2004, al analizar la exequibilidad del art. 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el art. 13 de la Ley 100 de 1993, la citada Corporación manifestó:

“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...” y “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional...”.

De tal manera se colige que, al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad es disímil entre ellos, para quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, lo que no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión. Esa financiación no se suple con el simple

traslado del monto de la cuenta y demás valores como se indica en las sentencias que declaran la ineficacia o nulidad del acto de traslado.

Así las cosas, declarar la ineficacia de un pensionado vulneraría el principio de solidaridad propio del régimen de Prima Media, así como el de equidad y de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, contemplados en el art. 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1º de 2005, en la medida en que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer, pues la prestación que hoy percibe, es a su vez financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional (CSJ SL373-2021, CSJ SL1577-2022, CSJ SL2160-2022).

Por lo anterior, y dado que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del pensionado demandante, ni a ordenar el pago de una pensión propia del régimen de prima media a cargo de una administradora del régimen de ahorro individual y a favor de un pensionado de ese mismo régimen, por carecer de soporte jurídico alguno y contrariar los principios orientadores del sistema general de pensiones y la condición de excluyentes de los regímenes pensionales, se **confirmará** en lo pertinente la decisión.

Por último, se revocará el numeral cuarto de la sentencia confutada, que condenó en costas de primera instancia a Porvenir, para en su lugar, imponerlas a cargo de la Parte demandante, vencida en el Proceso, y a favor de las demandadas.

Sin costas en la alzada ante la prosperidad del recurso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los numerales segundo y cuarto de la sentencia proferida el 30 de enero de 2023, por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Medellín, y en su lugar **ABSOLVER** a la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Censatías Porvenir SA** de todas las pretensiones incoadas en su contra, según lo expuesto en las consideraciones anteriores.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, según lo motivado.

TERCERO: Costas de primera instancia a cargo de la parte demandante, y en favor de las demandadas. En esta instancia no se causaron.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendándose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

Magistrada

SALVAMENTO DE VOTO

DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des17sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ejg41k90I1FLj2lCehVgm0cBUc4ZvdSVJbsGBbOGVBuEXQ?e=2A7oi9

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala 017 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: **fc183e985292ef16aa7848ebc035ddf29edf08eb566b5cda34d1c8ffb5957aaa**

Documento generado en 15/04/2024 04:16:57 p. m.

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://capacitacion.ramajudicial.gov.co:9443/FirmaElectronica>



República de Colombia



Sala Quinta de Decisión Laboral

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL

RADICACIÓN. 05 001 31 05 **010 2019 00128 02**

DEMANDANTE: CARLOS IVÁN RESTREPO VÉLEZ

DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSATÍAS PORVENIR SA.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto por la decisión mayoritaria, de la manera más atenta me permito expresar mi disenso respecto la decisión de no acoger la correspondiente indemnización de perjuicios, conforme a lo siguiente:

Pretendió el demandante que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS y su consecuente retorno al RPMPD administrado por Colpensiones, con las resultas que ha delineado la jurisprudencia al respecto. En subsidio petitionó condena a cargo de Porvenir por los perjuicios generados a causa de dicho traslado.

Como fundamento de sus pedimentos sostuvo que nació el 24 de noviembre de 1954, alcanzando los 62 años de edad para el mismo día y mes del año 2016; que se afilió inicialmente a Colpensiones para el mes de abril de 1979 y a la entrada en vigencia del SGP fue visitado por un promotor de Porvenir, quien sin brindarle una asesoría completa, amplia y suficiente, lo convenció de trasladarse al RAIS el 6 de septiembre de 2000, pero que nunca le explicaron que la pensión se obtenía por capital, los requisitos para una pensión anticipada, la garantía de pensión mínima y cuándo operaba, así como tampoco los

factores que influyen para establecer el monto de la pensión como expectativa de vida propia y de los beneficiarios; que solicitó la pensión de vejez a Porvenir el 1º de diciembre de 2016 la cual le fue reconocida mediante comunicación del 3 de febrero de 2017, siendo más favorable la mesada pensional que le hubiese sido reconocida en Colpensiones generándose así un grave perjuicio que hace procedente su indemnización (págs. 1 a 17 arch. 01, C01).

Despachada desfavorablemente la solicitud de ineficacia - con la cual estoy de acuerdo pues se encuentra en consonancia con lo enseñado por el tribunal de cierre de esta jurisdicción - debió esta corporación haber accedido a la pretensión indemnizatoria, de acuerdo a lo siguiente:

En este tópico, consideró la Sala mayoritaria, que:

“para su causación se debe demostrar no solo los elementos configurativos de la responsabilidad civil, ellos son: el hecho, el daño, la culpa o dolo, y no menos importante, el nexa causal entre la acción u omisión dolosa o culposa de la AFP, y el resultado dañoso por el que se pretende la reparación del perjuicio, la intención de producir ese daño, o por lo menos la posibilidad de prever en el momento del traslado su producción, y con ello, que lo hubiera podido evitar”

No obstante, lo anterior procedió a despachar desfavorablemente la súplica señalando que en el caso de marras:

“[...] para la fecha de traslado del actor, esto es, el 6 de septiembre de 2000, no era posible prever que le resultaría más favorable el valor de la pensión que obtendría en el régimen de prima media respecto al que recibiría en el de ahorro individual, teniendo en cuenta las eventualidades ya enunciadas, el devenir económico y de los portafolios pensionales, que a posteriori mostró no coincidir con las expectativas del régimen de ahorro individual, en el que, se itera, el valor de la pensión de vejez en sus distintas modalidades, pende del capital acumulado

en la cuenta de ahorro individual, acorde con los aportes que se efectúen y los rendimientos financieros que los mismos generen, a lo que se suma el desconocimiento de las condiciones particulares del afiliado, la continuidad en sus cotizaciones e ingresos base de cotización, su situación familiar y de posibles beneficiarios de una sustitución pensional, es decir, era imposible anticipar al momento de la celebración del acto jurídico de traslado, el valor que podría tener la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

Es por ello que en cada caso, debe analizarse si era claro o se podía prever al momento del traslado, que dicho monto pensional futuro sería más beneficioso en el RPM que en el RAIS, no sólo desde lo que debió informar el fondo privado, sino de acuerdo con los presupuestos de ley, a las circunstancias particulares del afiliado y a las condiciones del mercado [...]

Sea lo primero afirmar, que comparto parcialmente estas apreciaciones; en verdad hay que revisar las circunstancias particulares del mercado e incluso las personales del afiliado, sin desconocer de otra parte que éste debe recibir una asesoría profesional previa, veraz y suficiente de quien ofrece el traslado, tal y como ha sido expresado reiteradamente por la jurisprudencia, para que la decisión de acogerse a uno u otro régimen sea informada y de esta forma el fondo pueda liberarse de cualquier responsabilidad, al acreditar que actuó con diligencia y cuidado con el fin de evitar un perjuicio al patrimonio del administrado. De tal forma que la previsibilidad o no por parte de la AFP, solo era posible y se podría concebir, si se hubiese realizado la asesoría o estudio previo, **sin ello cualquier evento se cataloga imprevisible y de esta forma la entidad financiera escaparía fácilmente a sus responsabilidades sin que se derivara consecuencia alguna de su actuar insidioso, pues es claro, que sin el estudio previo, lo único que persiguió la AFP fue lucrarse a costa de los intereses del afiliado.**

Allí está la falta del fondo privado y es por ello que en casos de responsabilidad contractual, se ha declarado la ineficacia, en la medida que ante una negación indefinida que formula una de las partes cual es que “*el fondo no brindó la asesoría o información necesaria*”, se

traslada la carga de la prueba y se radica en el accionado la necesidad de demostrar que efectivamente actuó con el cuidado y diligencia propia de un profesional del comercio, experto en materia financiera, frente a un ciudadano lego en estos temas.

De manera profusa ha expresado la jurisprudencia y la doctrina y este mismo tribunal en asuntos en que se ha declarado la ineficacia del traslado, que la prueba de la diligencia y cuidado corresponde a quien ha debido emplearla (art 1604 CC) y que la culpa se deriva del incumplimiento de cánones legales que imponen el deber de información, tales como el art. 271 de la Ley 100 de 1993, 97 del estatuto financiero, Decreto 663 de 1993, el artículo 4º del Decreto 656 de 1994 y los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, Ley 1328 de 2009, el Decreto reglamentario 2555 de 2010, Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular 016 de abril 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

En esa medida, considero que lo procedente era acceder a los perjuicios reclamados.



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

Magistrado