

**TEMA: INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS DEL PENSIONADO-** El monto de la pensión reconocida en el RAIS depende de variables que pertenecen al mundo de lo financiero, de esta manera, sin duda alguna el monto de la prestación económica, puede muy diferente al que podría obtenerse en el RPM, y no por ello, con solo demostrar una diferencia en este y un valor inferior de la mesada, es que se da la demostración del daño. /

**HECHOS:** El señor (OAZD), solicita que se condene a Protección S.A., y Porvenir S.A., a pagar en su favor, a título de indemnización de perjuicios, el correspondiente al lucro cesante consolidado, la diferencia consolidada entre la mesada que actualmente recibe en el RAIS y la que debería estar recibiendo si estuviera en Colpensiones); así mismo los daños materiales al lucro cesante futuro, y la cesación de los derechos de sus beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y perjuicios morales, además que se declare la ineficacia del traslado, se ordene devolver todos los conceptos recibidos y se condene a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez y los intereses de mora. El Juez Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, absolvió a las demandadas de las pretensiones. La Sala debe Establecer, si el demandante acreditó que Porvenir S.A., le causó unos perjuicios con la falta de información al momento del traslado y si se debe reconocer la diferencia de la mesada pensional, si es procedente declarar ineficaz el traslado de régimen y cuáles son las consecuencias de esa declaratoria.

**TESIS:** Sobre el tema respecto de la ineficacia del traslado de una persona pensionada la Sala encuentra que la Corte Suprema de Justicia en sus inicios no había tenido un pronunciamiento concreto y claro respecto del tema, pues únicamente lo había hecho destacándose la sentencia 31314 del 9 de septiembre de 2008, donde estudió el caso de un pensionado que fue vinculado al RAIS faltándole apenas 6 meses para acceder a su derecho pensional y al que no se le advirtió de la proximidad de la consolidación de su derecho por parte de la administradora de pensiones, aspecto que fue advertido por la Corte como una clara falta del deber de información y que sancionó con la nulidad de la afiliación. (...) En cuanto a la diferencia existente entre un pensionado y un afiliado se tiene que: De conformidad con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se puede afirmar que el afiliado es aquella persona que pertenece al Sistema General de Pensiones, en virtud de la vinculación a una administradora de pensiones y la selección de un régimen pensional. La calidad de afiliado se adquiere frente al sistema de pensiones y se mantiene vigente durante toda la vida laboral del trabajador y hasta tanto se le reconozca alguna de las prestaciones consagradas en el artículo 10 de la Ley 100 de 1993, momento para el cual pasa a ser pensionado o excluido en el caso de que no haya cumplido con los requisitos para acceder a una prestación periódica y opte por el reconocimiento de una indemnización sustitutiva (literal d) artículo 2° Decreto 758 de 1990). (...) Entre tanto, la categoría de pensionado se adquiere una vez reconocida la pensión, y se mantiene durante toda la vida del pensionado por vejez, siendo por lo tanto un derecho adquirido. (...) Es necesario advertir de entrada que, el monto de la pensión reconocida en el RAIS depende de variables que pertenecen al mundo de lo financiero, como lo son el riesgo asumido, los rendimientos obtenidos, las condiciones del mercado, la volatilidad del pesos, entre muchas otras; así como las decisiones del propio afiliado, que pueden encajar en la edad, la conservación del empleo y su continuidad en la cotización, la mejora o desmejora del salario, la conformación del grupo familiar como son cónyuge o compañera e hijos, y por supuesto sus edades; de esta manera, sin duda alguna el monto de la prestación económica, puede muy diferente al que podría obtenerse en el RPM, y no por ello, con solo demostrar una diferencia en este y un valor inferior de la mesada, es que se da la demostración del daño. (...) En el caso concreto, para la fecha de traslado del actor, esto es, 28 de noviembre de 1994, no se podría predecir que le resultaría más favorable el valor de la pensión que obtendría en el régimen de prima media o el de ahorro individual, teniendo en cuenta las variables,

tanto las económicas o financieras, como las decisiones personales del afiliado; por tal razón, en cada proceso se debe demostrar si era claro o se podía prever al momento del traslado que dicho monto pensional futuro sería más beneficio en el RPM o en el RAIS, no solo desde lo que debió informar el fondo privado, sino de acuerdo con los presupuestos de ley y del mercado. (...) En la sentencia del 30 de marzo de 2023 con ponencia del Dr. Hugo Alexander Bedoya Díaz, que a la vez mencionó la decisión proferida el 24 de mayo de 2021, radicado 05001310502202015012701, en la que enlistó una serie de criterios a modo situaciones relevantes que deben ser tenidas en cuenta al momento del traslado, que por su importancia se transcriben: La edad del trabajador al momento del traslado de régimen pensional. La densidad de tiempo de servicio o semanas cotizadas que se poseían al momento del traslado de régimen pensional. El ingreso base de cotización (IBL) con el que cotizaba al momento del traslado de régimen pensional. La existencia o no al momento del traslado de régimen pensional, de beneficiarios que pudieran obtener una pensión de sobrevivientes. 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. 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. 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. Los actos de relacionamiento. El pago anticipado de la pensión o la solicitud de excedentes de libre disposición. La posición asumida en la asesoría. (...) De lo anterior, al haber realizado un análisis de cada uno de los supuestos para encontrar acreditado el daño sufrido con el traslado, vemos que éste no quedó probado y ello lleva a que deba confirmarse en su integridad la sentencia que se revisa en el grado jurisdiccional de consulta.

MP. CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

FECHA: 27/11/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN**



**SALA LABORAL**

**Acta 307**

Proyecto discutido y aprobado en Sala virtual

Medellín, veintisiete (27) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024)

En la fecha, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelve el grado de consulta a favor de la actora, en el proceso ordinario laboral interpuesto por **OCTAVIO ARTURO ZAPATA DUQUE contra COLPESIONES, PROTECCIÓN S.A. PORVENIR S.A. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.**

De acuerdo a lo dispuesto en la ley 2213 de junio de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita.

**ANTECEDENTES**

**Pretensiones**

La parte demandante solicita que se condene a Protección S.A., y Porvenir S.A., a pagar en favor de Octavio Arturo Zapata Duque a título de indemnización de perjuicios, el correspondiente al lucro cesante consolidado, la diferencia consolidada desde el 24 de abril de 2020, hasta la fecha de la presentación de la demanda, suma que asciende a \$22.388.651. (diferencia consolidada entre la mesada que actualmente recibe en el RAIS y la que debería estar recibiendo si estuviera en Colpensiones).

Condenar a los fondos privados a pagar en favor del actor a título de indemnización de perjuicios, correspondiente a los daños materiales 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.

Condenar a pagarle como consecuencia del daño inmaterial la suma de 100 smlmv correspondiente al concepto de perjuicios morales y el pago de las costas procesales y agencias en derecho.

De manera subsidiaria solicita que se declare la ineficacia del traslado y se ordene a los fondos privados devolver todos los conceptos recibidos con motivo del traslado del actor.

Y a su paso se condene a Colpesiones a reconocer la pensión de vejez y los intereses de mora.

### **Hechos**

En los hechos que sirven de fundamento de las pretensiones se señaló lo siguiente:

El señor Octavio Arturo Zapata Duque nació el 27 de diciembre de 1957, fue afiliado ISS e hizo aportes entre el 14 de abril de 1981 y el 30 de noviembre de 1994, para un total de 553.2 semanas.

El demandante se trasladó al régimen de ahorro individual a Horizonte el 28 de noviembre de 1994 y a Protección S.A., el 8 de febrero de 1996, luego a Porvenir S.A. el 27 de enero de 1999.

El actor realizó un total de 1306 semanas de aportes en el RAIS y en 1859 en toda su vida laboral.

Las AFP Porvenir SA y Protección S.A. respectivamente, al momento del traslado, no suministraron información adicional consistente en la edad mínima y en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, es decir, con qué IBC debía cotizar con el fin de obtener una pensión anticipada o completar el capital para poder acceder a una pensión de vejez, tampoco le informaron a qué edad se le redimía el bono pensional, ni la diferencia entre la mesada pensional que recibiría en el RAIS y en el RPMPM.

Porvenir S.A. mediante comunicado del 16 de abril de 2020, le aprobó al señor Octavio Arturo Zapata Duque el reconocimiento de garantía de pensión mínima por valor de \$877.803; para el año 2020.

El señor Zapata Duque, mediante derecho de petición radicado ante la A.F.P. Protección S.A., el 14 de julio de 2022, solicitó el reconocimiento a título de la indemnización de perjuicios, la diferencia mensual que existe entre la mesada pensional que está recibiendo en el RAIS y la que hubiese recibido en el RPMPD; y subsidiariamente tener como nula y/o ineficaz la afiliación al RAIS.

El fondo mediante comunicado del 1° de agosto de 2022, precisó que actualmente el actor no se encuentra como afiliado activo en dicha entidad y, además, la afiliación que presentó se presume válida para todos los efectos

legales y tampoco son la autoridad competente para determinar si hay lugar a indemnizaciones.

Si se calcula la mesada pensional que debía recibir el demandante en el RPMPD, tenemos un IBL de los últimos diez años que asciende a la suma de \$1.854.683, y al aplicar una tasa de reemplazo del 80% por contar con un total 1859 semanas, la primera mesada pensional para el año 2020 debió ser la suma de \$1.483.747

Al señor Zapata Duque se le causaron unos daños inmateriales, puesto que su promedio salarial durante los último 10 años (2010 y 2020) ascendía a la suma de \$1.854.683, lo cual le otorgaba una calidad de vida para sus gastos necesarios, que se representaban en mantenimiento de su núcleo familiar, los cuales se derivan en: vivienda, alimentación, educación, canasta, familiar, servicios públicos, transporte, medicamentos y vestuarios.

Constantemente padece zozobra, angustia, temor, dolor, aflicción puesto que no cuenta con una actividad económica diferente que le ayude a solventar sus gastos económicos.

#### **Contestación Porvenir S.A.**

Por medio de apoderada indicó que, es cierto que el actor se afilió a esa administradora luego de ser debidamente asesorado al momento del traslado, siendo informada sobre las condiciones y requisitos de cada régimen, encontrándose pensionado en el RAIS.

En cuanto a los perjuicios, debe probar que le fueron ocasionados por motivo del traslado.

Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones: Prescripción, falta de causa para pedir, buena fe, improcedencia del traslado, aprovechamiento indebido de recursos, improcedencia de devolución y compensación, inexistencia de perjuicios.

#### **Respuesta de Protección S.A.**

La AFP menciona en su respuesta que no le constan los hechos de la demanda y deben probarse por el actor.

Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones: Prescripción, cumplimiento obligaciones por el fondo, falta de causa para pedir, buena fe, improcedencia del traslado, aprovechamiento indebido de recursos, falta de juramento estimatorio e improcedencia de condena a perjuicios.

#### **Contestación Colpensiones**

A través de apoderada la administradora presentó respuesta manifestando que en general no le constan los hechos de la demanda y corresponde al demandado probarlos.

Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones: Inexistencia de obligación de ineficacia del traslado, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas e improcedencia de la indexación de las condenas, falta de causa para pedir.

### **Respuesta del Ministerio de Hacienda.**

La entidad publica en su respuesta, asegura que no le constan los hechos de la demanda, son ajenos a sus funciones.

Propuso como excepciones: Inexistencia de obligación de ineficacia del traslado, improcedencia del traslado, buena fe.

### **Sentencia de primera instancia**

El Juez Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del **19 de junio de 2024**, absolvió de todas las pretensiones de la demanda, toda vez que el demandante fue pensionado por el Fondo Privado, por lo que no era procedente declarar la ineficacia del traslado, al encontrarse frente a un acto jurídico nuevo.

Para fundamentar su decisión indicó que, era improcedente declarar la ineficacia del traslado, toda vez que es un tema pacífico en el Tribunal y la Corte Suprema de Justicia, incluso mediante sentencia de unificación.

En cuanto a la indemnización de perjuicios también señaló que el actor no acreditó el daño ni la culpa causados con el traslado.

Esta decisión no fue recurrida por las partes, por lo que al ser adversa a los intereses de la parte actora se conoce en consulta a favor de esta.

### **Alegatos de conclusión**

Corrido el término para alegatos establecido en la ley 2213 de 2022. Parte actora señaló:

Se solicita a la Sala que, al decidir sobre el grado jurisdiccional de consulta, proceda a revocar la sentencia de primera instancia, para que en su lugar se condene a las demandadas al pago de los perjuicios deprecados en la demanda.

Debe tener presente el despacho, que contrario a lo dicho por el a quo, en el caso que nos ocupa se encuentra acreditado el daño, la culpa y el nexo causal. Frente al daño, el cual se materializa de manera puntual al momento del reconocimiento de la pensión de vejez al demandante en el RAIS, debe tenerse presente, que si bien a la AFP demandada por la naturaleza de capitalización del régimen de ahorro individual

no le era previsible establecer el valor de la mesada pensional del demandante en el RAIS, si podía prever de manera razonable, si al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional le era o no beneficioso al afiliado su traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, o si este tránsito de sistema le podía significar una pérdida de mejores oportunidades frente al régimen que abandonaba.

Así pues, el daño material, se concreta en la diferencia que existe entre la mesada pensional reconocida al demandante en el régimen de ahorro individual frente a la que le hubiese recibido en el régimen de prima media, que se encuentra debidamente con la liquidación de la pensión con el IBL de los últimos 10 años y la tasa de remplazo que en aplicación del artículo 34 de la Ley 100 de 1993 corresponde, liquidación de la mesada pensional que por ser de orden legal puede ser liquidada y corroborada por el operador jurídico. Ahora en lo referente a la culpa, debe tener presente la Sala que para el momento en que se efectuó el traslado de régimen pensional, se encontraba vigente la obligación legal del fondo privado de dar una información veraz y exacta al afiliado al momento de la afiliación y durante la vigencia de la misma, tal y como lo indican el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, misma que en ningún momento se proporcionó al demandante por parte de los fondos demandados, por lo cual, al tratarse de una obligación de orden legal, la AFP debía demostrar que si la dio para eximirse de responsabilidad. Así mismo debe tenerse en cuenta que al demandante no se le informó por parte de la AFP privada, previo al cumplimiento de los 52 años de edad, la posibilidad que tenía de regresar al régimen de prima media.

En lo que tiene que ver con el nexo causal entre la conducta y el daño, debe tener presente el despacho que, a mi poderdante, la AFP privada, al momento de efectuar el traslado inicial de régimen pensional, no le brindó una asesoría clara, completa y eficiente, siendo esta falta de información la causa de que el demandante se haya trasladado y mantenido en el régimen de ahorro individual, omisiones que en ningún momento fueron enmendadas por las AFP demandadas, perdiendo el actor la posibilidad de obtener una mesada pensional en el régimen de prima media con prestación definida en una cuantía superior. Teniendo en cuenta las normas aplicables al caso concreto, así como el criterio jurisprudencial que debe aplicarse para resolver las pretensiones de la demanda y el material probatorio que reposa en el expediente, se solicita una vez más a la Sala Laboral, que proceda a revocar la sentencia que fue proferida en primera instancia condenando al pago de los perjuicios solicitados.

#### **Alegatos Colpensiones señaló:**

Es un hecho acreditado que el señor OCTAVIO ARTURO ZAPATA DUQUE disfruta de una pensión de vejez desde el año 2020, en la modalidad de pensión de garantía mínima, a cargo de PORVENIR S.A, bajo esta circunstancia se debe dar aplicación estricta a la sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en su sala laboral ponente SL373-2021 Radicación n.º 84475 del diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021) y a la sentencia SALA ESPECIALIZADA LABORAL AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO Siendo las 2:00 de la tarde del día 14 de agosto de 2019, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Especializada Laboral, en ambas sentencias se indicó de forma reiterada que NO ES POSIBLE bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que un demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

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

En el caso bajo examen, el señor Octavio Arturo Zapata Duque disfruta de una pensión de vejez desde el año 2020, en la modalidad de pensión de garantía mínima, a cargo de PORVENIR S.A. La pensión se financió con el dinero con que contaba la demandante en su cuenta de ahorro individual y eventualmente con negociación del bono pensional. Estas circunstancias denotan que los recursos de su cuenta de ahorro individual, de manera que no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende. 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. El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños.

### **Alegatos Porvenir S.A.**

Se pone de presente que, la carga de la prueba es un elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva. Se conoce como principio “onus probandi”, el cual indica que por regla general corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tanto los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo.

En este orden de ideas, cuando el demandante dentro de la demanda por medio de la cual alega haber sufrido unos perjuicios por el presunto incumplimiento del deber de información, y pretende la indemnización de éstos, no es posible predicar ni aplicar la carga dinámica de la prueba, ni mucho menos dar por ciertos los hechos en los que se fundamenta tal pretensión, toda vez que se parte de “negaciones indefinidas”, negaciones que, en línea con lo dispuesto en el inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso, no son susceptibles de ser probadas.

Es importante precisar que las negaciones indefinidas son aquellas que no implican ni directa ni implícitamente la afirmación de un hecho concreto y contrario y por lo tanto son de imposible demostración judicial, no por ser negativas sino por su indeterminación. Ahora bien, la imposibilidad aun absoluta en la que se puede encontrar el demandante para justificar los hechos negativos no podría ser un motivo para descargarlo de la prueba e imponer ésta al demandado, particularidad que no se analizó de forma detallada por la juez de primera instancia, mal haría el tribunal en invertir la carga de la prueba sobre PORVENIR S.A. y que esta deba desvirtuar las afirmaciones de la parte actora, y sobre las cuales fundamente los perjuicios, desconociendo así las reglas expuestas.

En efecto, en todos los casos nuestro ordenamiento jurídico ha señalado que los perjuicios deben probarse, y que, por ende, el reconocimiento de los mismos por parte del juez se encuentra condicionado a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso. Por esta razón, al momento de imponerse cualquier condena, deben hacerse explícitos los razonamientos y las pruebas que llevaron a dicha autoridad a tomar tal decisión, ya que la ausencia de tales aspectos conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso.

En este orden, como quiera que los perjuicios alegados por el demandante, según su dicho, se generaron como consecuencia de una presunta falta del deber de información, ha de advertirse que corresponde al demandante probar que el perjuicio reclamado, se generó con ocasión de la asesoría que se le suministro al momento de su afiliación y que pese a que el misma permaneció afiliado al RAIS hasta la fecha de presentación de la demanda, no existió ningún elemento constitutivo de la voluntad consiente de la persona de mantenerse en el régimen, pues contrario a lo manifestado por el actor, y conforme lo probado en el proceso, no existe reclamo alguno a la administradora y/o petición requiriendo dentro de las diferentes oportunidades legales previstas para el efecto en la norma, sobre el traslado hacia PORVENIR S.A., y es que teniendo en cuenta las pruebas practicadas, es claro que el demandante cotizó más de 1/3 de semanas al sistema general de pensiones estando afiliado en el RAIS, por lo que claramente al momento del traslado era totalmente imposible de predecir para mi representada que en 20 años el monto de la pensión que actualmente devenga el demandante iba a ser un poco mayor en el RPMD, máxime cuando el actor nunca fue beneficiario del régimen de transición que trae el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 Sumado a que no puede darse una aplicación extensiva al precedente jurisprudencial que ha creado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en materia de ineficacia de traslado de régimen pensional, ello por cuanto, en presente asunto se debate cosas totalmente distintas, y PORVENIR S.A. no debe demostrar que cumplió con el deber de información como sucede en los casos de ineficacia, sino que casos de perjuicios le corresponde a la parte demandante demostrar la conducta que según afirma le ocasiono un daño, que en este caso, le corresponde a la parte actora, probar más allá de una simple negación que PORVENIR S.A. incumplió con el deber de información y que ello derivo en un perjuicio.

No puede existir un trato diferenciado entre quienes optan por el régimen de ahorro individual y quienes lo hacen por el de prima media, consistente en que para estos no existe ningún derecho a recibir una información suficiente sobre las implicaciones de su decisión, mientras que aquellos sí tienen derecho a una asesoría que les permita conocer las características de los dos regímenes y las consecuencias de su decisión. Razón está por la que se estima que, en caso de revocarse la sentencia proferida, deberá adicionarse a efectos de declarar procedente el llamamiento en garantía a Colpensiones, como administradora responsable en la información que debió suministrar a efectos de que la actora tomara una decisión informada al momento del traslado, ello en razón a que el administrador del régimen de prima media con prestación definida no es un simple espectador indiferente sin ninguna responsabilidad en la ilustración de quien tomó la decisión de seleccionarlo para manejar su futuro pensional y por ello también le corresponde acreditar que cumplió con la obligación a su cargo en esa materia.

No puede interpretarse de manera errada el citado artículo, máxime cuando la conducta de la AFP no fue debatida de forma rigurosa por la juez de primera instancia, sin embargo, en segunda instancia si se debe examinar, por cuanto de lo que establece esta norma, de la misma no se deriva un traslado inmediato al deudor

de la carga de la prueba de un cumplimiento contractual, sino, lo que es distinto, la posibilidad que tiene ese deudor de probar la diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, cuando esa diligencia forme parte de sus deberes contractuales, lo cual ocurre como regla general en desarrollo del principio de buena fe contractual y del tipo de culpa por el que se debe responder. Esa especie de presunción de culpa a la que acudió la Juez de primera instancia sobre la AFP que dio paso al traslado de régimen pensional, solo sería posible si se entendiese que las obligaciones de las administradoras son de resultado, y, como se explicó, el deber de información es, en realidad, de medio, conforme lo considera un sector representativo de la doctrina nacional e internacional. De conformidad con el artículo 1604 del Código Civil el deudor solo es responsable por no haber observado el nivel de diligencia que le era exigible según la utilidad que el acto o contrato le reporta, culpa leve en este caso, luego no hay una presunción de culpa que gravite en su contra, y el asegurar un determinado monto de pensión, no hace parte del deber de diligencia que debe desplegar un fondo de pensiones, por el contrario, ello le compete únicamente al afiliado quien que realiza los aportes. Por otra parte, aunque se hallan vinculados, la diligencia es diferente al deber de información, ya que está relacionada con la forma como se ejecutan las obligaciones, esto es, con prudencia, cuidado, prontitud, agilidad. Una cosa es la ejecución de la prestación o el cumplimiento del deber y otra, diferente, la diligencia con la que deben ejecutarse o cumplirse.

Tratándose de la culpa es necesario precisar que se pueden presentar múltiples circunstancias como lo son la naturaleza, los hechos de terceros e incluso las actuaciones desplegadas por la parte que manifiesta haber sido víctima del daño o perjuicio. Esta última cobra total relevancia en los procesos en los que se reclaman perjuicios, como este, pues no puede perderse de vista que el pensionado, ahora demandante, luego de afiliarse a mi representada adoptó una conducta pasiva y totalmente desinteresada respecto de su futuro pensional pues durante los más de veinte años que lleva afiliada al RAIS ha guardado silencio en cuanto a su deseo inicial de afiliarse a este régimen y tampoco se preocupó por obtener información que le permitiera dilucidar cuál de los dos regímenes le convenía más teniendo en cuenta las condiciones y características propias. En ese sentido, la parte demandante luego de afiliarse a mi representada o incluso antes de hacerlo tenía el deber de auto informarse sobre los aspectos más relevantes de ambos regímenes con el único propósito de determinar cuál le sería más conveniente dependiendo de su vida laboral y los ingresos derivados de esta. Por lo tanto, es claro que con la actuación negligente de la parte demandante se configura la culpa exclusiva de esta en razón a que: (i) por sus propios medios no buscó más información de la entregada por mi representada al momento del traslado de régimen, pese a que tuvo la oportunidad para ello; (ii) no comparó la información suministrada por mi representada frente a las condiciones del régimen en el cual se encontraba afiliado y debía conocer; (iii) no tomó la decisión de retornar al RPMPD dentro del plazo establecido en la ley; y (iv) durante los más de veinte años que lleva afiliada al RAIS no elevó ninguna solicitud para averiguar por su situación pensional. Finalmente, ante la ausencia de culpa en cabeza de mi representada y del daño supuestamente alegado por la parte actora, comoquiera que si se causó uno fue responsabilidad de éste, no se cumple con el nexo causalidad requerido para declarar responsable a mi representada, por lo que, se reitera, mi poderdante deberá ser absuelta de las pretensiones de la demanda, pues debe resaltarse que, como consecuencia de la adopción de nuestro sistema dispositivo, en aquellos eventos en los que quien demanda alega haber padecido un perjuicio y pretende ser indemnizado, tiene la carga probatoria de acreditar el daño causado y los elementos en los que se funda éste como lo son la culpa, el daño en sí y la relación de causalidad entre la culpa y el daño, lo cual no ocurrió en el presente caso.

En conclusión, Honorables Magistrados, les solicito tengan en cuenta que lo manifestado en este numeral a efectos de que no se traslade carga de la prueba del deber de información sobre mi representada, pues esto llevaría a concluir que PORVENIR S.A. no acreditó el cumplimiento de ese deber, cuando quien ha debido demostrar el incumplimiento por parte de mi defendida, era el demandante

### CONSIDERACIONES

El problema jurídico a resolver en esta segunda instancia atendiendo al grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora será: Establecer: Si la demandante acreditó que Porvenir S.A., le causó unos perjuicios con la falta de información al momento del traslado y debe condenarse a reconocer la diferencia de la mesada pensional que hubiera recibido en el RPM., si es procedente declarar ineficaz el traslado de régimen y cuáles son las consecuencias de esa declaratoria.

Antes de resolver considera la Sala importante realizar las siguientes precisiones de conformidad con las pruebas que obran en el expediente:

1. El actor fue afiliado inicialmente al ISS hoy **Colpensiones el 14 de abril de 1981.**
2. El **28 de junio de 1994** suscribió formulario de vinculación a la AFP **Porvenir S.A.**, posteriormente a Protección en el año 1996 y nuevamente retornó a **Porvenir el 19 de septiembre de 200**
3. Fue pensionado por Porvenir S.A., a partir del 16 de abril de 2020.

Efectuadas las anteriores precisiones procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento:

Es importante señalar que, si bien la indemnización de perjuicios fue presentada como pretensión principal, la Sala por razones de metodología abordará en primer lugar la solicitud subsidiaria de declarar ineficaz el traslado.

#### **Ineficacia del traslado cuando se es pensionado en el RAIS**

Sobre el tema respecto de la ineficacia del traslado de una persona pensionada la Sala encuentra que la Corte Suprema de Justicia en sus inicios no había tenido un pronunciamiento concreto y claro respecto del tema, pues únicamente lo había hecho destacándose la sentencia **31314 del 9 de septiembre de 2008**, donde estudió el caso de un pensionado que fue vinculado al RAIS faltándole apenas 6 meses para acceder a su derecho pensional y al que no se le advirtió de la proximidad de la consolidación de su derecho por parte de la administradora de pensiones, aspecto que fue advertido por la Corte como una clara falta del deber de información y que sancionó con la nulidad de la afiliación.

Además de este caso a todas luces particular, puede encontrarse un antecedente en la sentencia **SL-3676 de 2020**, caso en el que la Corte un estudio del artículo 107 de la Ley 100 de 1993, indicando que el contenido de lo allí normado apenas se aplica al traslado entre administradoras del RAIS, sin que pueda extenderse al régimen de prima media, debiendo dejarse claro que en el caso particular estudiado quien demandó la ineficacia no aceptó la pensión que le fuera reconocida por la AFP privada.

Sin embargo la Sala Laboral de La Corte Suprema de Justicia se pronunció respecto al tema mencionado en la sentencia **SL 373 del 10 de febrero de 2021**, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas, donde se analiza un evento de un pensionado anticipadamente, bajo la modalidad de retiro programado en la cual la Sala Laboral no **casó** la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Cali, no por las razones esbozadas en segunda instancia, sino por tratarse de una persona con estatus de pensionado desde el año 2008. Al respecto señaló la Corte lo siguiente:

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

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

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

**En cuanto a la diferencia existente entre un pensionado y un afiliado se tiene que:**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se puede afirmar que el afiliado es aquella persona que pertenece al Sistema General de Pensiones, en virtud de la vinculación a una administradora de pensiones y la selección de un régimen pensional.

La calidad de afiliado se adquiere frente al sistema de pensiones y se mantiene vigente durante toda la vida laboral del trabajador y hasta tanto se le reconozca

alguna de las prestaciones consagradas en el artículo 10 de la Ley 100 de 1993, momento para el cual pasa a ser pensionado o excluido en el caso de que no haya cumplido con los requisitos para acceder a una prestación periódica y opte por el reconocimiento de una indemnización sustitutiva (literal d) artículo 2° Decreto 758 de 1990).

Entre tanto, la categoría de pensionado se adquiere una vez reconocida la pensión, y se mantiene durante toda la vida del pensionado por vejez, siendo por lo tanto un derecho adquirido.

Esta diferenciación es bien explicada por la Corte Constitucional en la sentencia C-841 de 2003, en la que para resolver acerca de la constitucionalidad de la prohibición contenida en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, señaló que en el régimen de pensiones existen dos categorías claramente delimitables: la de afiliado y la de pensionado, las cuales tienen derechos y obligaciones que les son inherentes.

A partir de esa diferencia esta Sala de Decisión Laboral en sentencia de unificación del **14 de agosto de 2018**, en ejercicio de la independencia consagrada en el artículo 230 de la Constitución, expuso como razones para apartarse de los lineamientos generales trazados por su órgano de cierre, los siguientes: (i) Al momento de accederse a la pensión se genera un nuevo estatus para el afiliado, luego surge una categoría jurídica que le genera unos nuevos derechos y obligaciones, (ii) el traslado entre regímenes de personas que tienen la condición de pensionados afecta la estabilidad financiera del sistema de pensiones; y (iii) de avalarse el traslado de pensionados se crearía inseguridad económica para el sistema de pensiones y afectación para sus afiliados y se atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera.

En el aludido fallo se indicó que el tránsito de la calidad de afiliado a la de pensionado supone la celebración de un nuevo acto jurídico, subjetivo y diverso del primero, cuyos efectos sobrevinientes no deberían afectarse por la ilegitimidad del acto primigenio. Ello se ha justificado en que afiliado ha franqueado la línea que lo separa de estatus, convirtiéndose en pensionado, lo que lo sitúa en la categoría de beneficiario de un derecho adquirido bajo las normas que rigen su nueva condición.

En lo que respecta a la seguridad económica y la sostenibilidad financiera del Sistema de Pensiones, fue más en enfática la Corte en la sentencia **C-1024 de 2004**, en la que con ocasión del estudio de la constitucionalidad del literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que prohíbe el traslado entre regímenes pensionales cuando falten menos de 10 años para el cumplimiento de la edad pensional, dijo que esta resultaba razonable y proporcional por cuanto tenía

como objetivo de evitar la “...descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros.”

En el mismo pronunciamiento se recordó que el derecho a elegir un régimen pensional no es absoluto y que este se encuentra subordinado a límites constitucionales admisibles que buscan la seguridad y sostenibilidad financiera del Sistema de Pensiones.

Adicional a ello no se pueden desconocer los efectos económicos que la determinación de una ineficacia traería al fondo común de naturaleza pública que administra **Colpensiones**, entidad, que, en el negocio entre el demandante y la AFP privada, es un tercero de buena fe y que ninguna injerencia tuvo en el acto jurídico de traslado, el que se vería abocado a recibir un capital menguado para asumir el pago de una prestación que no fue presupuestada.

En lo que refiere al caso estudiado, estas dos situaciones se presentan claramente delimitadas, dado que, la condición de afiliado la tuvo el señor Octavio Arturo Zapata desde el 14 de abril de 1981 y hasta el 16 de abril de 2020, cuando le fue reconocida la pensión de vejez por el Fondo Privado Porvenir S.A.

Es importante precisar que el monto de la pensión reconocida fue aceptado por parte del actor en esas condiciones, sin que posterior a esta decisión se pueda retrotraer del acto para que sea declarada la ineficacia de un negocio predecesor, máxime que fue el demandante quien adelantó todos los trámites ante el Fondo para que procediera a reconocerle la pensión, recibiendo el retroactivo reconocido, y disfrutando de su mesada pensional.

A partir de lo anteriormente expuesto encuentra la Sala que no hay lugar a la declarar la ineficacia pretendida y en ese sentido se **Confirmará** la decisión de primera instancia en este aspecto consultado.

### **De la indemnización de perjuicios y sus requisitos**

En el caso no existe controversia en que el demandante goza de una pensión en la modalidad de garantía de pensión mínima, reconocida a partir del 16 de abril de 2020 por parte de Porvenir S.A.

El a quo encontró que no se demostraron los presupuestos para la imposición de la indemnización de perjuicios a cargo de **Porvenir S.A.**, toda vez que no probó en primer lugar el daño causado al pensionado, por lo que se procede a análisis de la Sala.

En lo relacionado a los perjuicios, la obligación de indemnizar de los fondos de pensiones por el reconocimiento de una pensión surge del contenido de la sentencia SL373-2021, en la que la Corte Suprema de Justicia hizo mención del principio general del derecho según el cual “*todo aquel que causa un daño antijurídico está obligado a indemnizarlo*”, y en tal sentido trazó el lineamiento de que las personas pensionadas en el RAIS que consideren que sufrieron un perjuicio por parte de la AFP, tienen derecho a reclamarlo, para lo cual deben acudir a la responsabilidad civil regulada en el artículo 2341 del Código Civil, lo que implica que deben probar los elementos estructurales de la misma.

Lo anterior significa que estando en el terreno de la culpa contractual, siguiendo los lineamientos generales el pensionado debe acreditar los 4 elementos estructurales de la responsabilidad, consistentes en el (i) el hecho, (ii) la culpa, (iii) el daño y (iv) la relación de causalidad entre el daño y la culpa, los cuales se encuentran descritos de forma clara por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que siguiendo en este aspecto la normativa civil, indicó en la sentencia SL4665-2018:

*“...Como quiera que se imputa una responsabilidad subjetiva de naturaleza contractual, resulta menester demostrar la culpa del empleador, el daño o perjuicio ocasionado y el nexo de causalidad entre el primero y el segundo:*

*(...) la demostración de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios exige la prueba del (i) daño originado por causa o con ocasión del trabajo; (ii) la culpa suficientemente comprobada del empleador, y (iii) el nexo de causalidad entre el daño y la culpa, sin que ninguno de esos elementos sea susceptible de presumirse legalmente pues no existe una norma en el esquema de responsabilidad subjetiva de culpa probada que así lo indique. (CSJ SL14420-2014).”*

Una vez establecido cuáles son los criterios para que proceda el reconocimiento de lo pretendido por la actora, procede la Sala al estudio del caso.

### **Del daño causado**

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

Respecto del daño que pretende el demandante le sea resarcido, es el reconocimiento de la diferencia de la mesada por parte del RAIS y el que le debió haber reconocido actualmente Colpensiones; por lo que Porvenir S.A. y Protección está en la obligación de indemnizarlo por los perjuicios materiales

ocasionados, como es asumir el mayor de la pensión de vejez, como lucro cesante.

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

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

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

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

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

pasan a sus herederos, lo que no ocurre en el RPM, pues los dineros cotizados no son devueltos.

Por lo anterior, hay que señalar que dado que el monto pensional fue inferior en el RAIS con relación al que pudo obtener en el RPMPD por eso se causó un daño, sin tener en cuenta las variables mencionadas no se acompasa a la normativa de la responsabilidad civil.

En el caso concreto, para la fecha de traslado del actor, esto es, 28 de noviembre de 1994, no se podría predecir que le resultaría más favorable el valor de la pensión que obtendría en el régimen de prima media o el de ahorro individual, teniendo en cuenta las variables ya enunciadas, tanto las económicas o financieras, como las decisiones personales del afiliado; por tal razón, en cada proceso se debe demostrar si era claro o se podía prever al momento del traslado que dicho monto pensional futuro sería más beneficio en el RPM o en el RAIS, no solo desde lo que debió informar el fondo privado, sino de acuerdo con los presupuestos de ley y del mercado.

Como puede verse en la jurisprudencia citada es carga del demandante demostrar cada uno de los elementos que componen la responsabilidad, aspecto que ha sido seguido por el precedente horizontal de este Tribunal en aquellos asuntos en los que el trabajador pretende el reconocimiento de perjuicios<sup>1</sup> desatacándose en este sentido el fallo del 15 de septiembre de 2022 proferido por la Sala Tercera de Decisión con ponencia de la Dra. Luz Amparo Gómez Aristizabal en el proceso promovido por **Mario Alberto Gómez Rojas** contra **Porvenir, S.A., Colpensiones** y **La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, rad. 05001310500120190009301, en la que, al referirse de forma concreta al daño, puntualizó:

*“Y es que el razonamiento efectuado por la a quo para concluir en la procedencia de la reparación patrimonial, carece en forma total de sustento probatorio, pues ninguno de los supuestos de hecho planteados encuentra respaldo alguno, toda vez que el demandante no acreditó circunstancia que evidencie deterioro o afectación de su mínimo vital, ni afectación en sumo grado de su proyecto de vida y el de su familia, y en el hecho décimo segundo refiere la pérdida de un retroactivo al verse precisado a continuar cotizando, sin que tampoco se encuentre justificación o no frente a ello.*

*Además, deducir una responsabilidad patrimonial a partir de las distintas fórmulas aplicadas para liquidar la pensión de vejez en el RAIS y en RPM, equivaldría a desconocer la constitucionalidad y legalidad de ambos regímenes, que como claramente lo explicó la juzgadora, cuentan con regulación propia y fuentes de financiación diferentes (...)*

---

<sup>1</sup>Sentencia 10 de diciembre de 2021. Sala Primera. MP Dr. Francisco Arango Torres. Rad. 05001310500220150127601.  
Sentencia del 17 de marzo de 2022. Sala Primer. MP Dr. Francisco Arango Torres. Rad. 05001310500220180001401.  
Sentencia del 27 de octubre de 2022. Sala Tercera. MP. Dra. Luz Amparo Gómez Aristizabal. Rad. 05001310500320200013201.  
Sentencia 31 de octubre de 2022. Sala Cuarta. MP. Nancy Gutiérrez Salazar. Rad. 05001310500620170068701.

*Luego, no es posible inferir de la sola diferencia de la mesada, que valga puntualizar se efectúa de acuerdo con las fórmulas para el efecto fijadas por la Superintendencia Financiera, y sin ningún elemento de convicción, la existencia de un daño patrimonial, pues como ya se vio, en materia de responsabilidad – contractual o extra contractual-, la prueba debe aparecer nítida, lo que en este asunto no acontece, por lo que se impone revocar la condena impuesta a Porvenir S.A.”*

Por su parte, esta Sala en fallo del pasado 14 de octubre de 2022 con ponencia del Dr. Hugo Alexander Bedoya Díaz, en el proceso promovido por la señora **Gloria Amparo Patiño Ospina** contra **Protección S.A.** y **La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, rad. 05001310502120210013001, en el cual dijo sobre el estudio del daño, indicando que:

*“(…) no bastaría con demostrar un monto y una cifra representada en una mesada inferior a la que recibiría en Colpensiones por parte del pensionado, sino porque se llegó a que se pensionara en el RAIS y no en el RPMPD, pese a haber transcurrido más de 12 años de estar en el primero, es decir analizarse que beneficios podría obtener en ambos regímenes y no sólo demostrando la diferencia en el monto pensional, al final del proceso.*

*Obsérvese que si el monto de la pensión en el RPMPD se sabe de antemano, en el RAIS, depende de variables que pertenecen al mundo de lo financiero (riesgo asumido, rendimientos obtenidos, condiciones del mercado, etc), y otras a la toma de decisiones del propio afiliado (la edad en que inicia, su mantenimiento en el empleo, mejora del salario, si tiene pareja, la edad de la compañera o cónyuge, si tiene hijos, la edad de los mismos, etc), por ello el monto de la pensión puede ser más alto o más bajo que en RPMPD y no por ello con sólo demostrar una diferencia en este y un valor de mesada inferior es que se da la demostración del daño.”*

De los argumentos contenidos en los precedentes citados es importante extraer dos fundamentales en lo que refiere al daño: (i) no se puede establecer la existencia un daño a partir de la forma en que se liquida la pensión de vejez en el RPM y el RAIS, puesto que dichos regímenes pensionales tienen un sustento constitucional y se liquidan a partir de unos lineamientos legales y reglamentarios y (ii) no se puede concluir que existe un daño por la diferencia entre los valores pensionales, por cuanto estos pueden ser más beneficios en uno u otro régimen dependiendo de las circunstancias del pensionado, lo que implicaría que llegado el momento de la liquidación de la prestación la sola diferencia favorable en cualquiera de los dos regímenes sería prueba suficiente de la existencia de un daño.

Ahora, vale la pena agregar que en la sentencia radicado 05001310502120210013001, previamente reseñada, esta Sala indicó que el daño bien puede estudiarse a través de la tipología de la pérdida de oportunidad, pero para ello resulta necesario que para al momento del traslado se presenten elementos que con algún grado de certeza permitan establecer que existía una eventual diferencia en el valor de la pensión, este criterio fue

retomado en la sentencia del 30 de marzo de 2023 con ponencia del Dr. Hugo Alexander Bedoya Díaz proferida en el radicado 05001310500620180022901, que a la vez mencionó la decisión proferida el 24 de mayo de 2021, radicado 05001310502202015012701, en la que enlistó una serie de criterios a modo situaciones relevantes que deben ser tenidas en cuenta al momento del traslado, que por su importancia se transcriben:

**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.*

Una vez valorados los anteriores aspectos, a juicio de la Sala se puede entrar a estimar lo relativo a si hubo un perjuicio con el menor monto de la pensión que habría obtenido la trabajadora en el RPM de no haberse trasladado al RAIS, o al menos una **pérdida de oportunidad** de haber alcanzado un mayor monto de pensión de vejez en el RPM, debiéndose indemnizar.

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

- 1. En lo que respecta a la edad de la demandante**, se observa que este nació el 27 de diciembre de 1957, cumpliendo los 62 años de edad el mismo día y mes de 2019, estuvo afiliado al RPM, siendo su traslado al RAIS administrado por Porvenir S.A. para el 28 de noviembre de 1994, contando para dicha fecha de traslado con 39 años de edad, por lo que no tenía una expectativa cercana de alcanzar la edad para obtener el derecho a una pensión de vejez en el RPM. **Por lo tanto, la edad no significa un perjuicio.**
- 2. La densidad de tiempo de servicio o semanas cotizadas con que contaba el demandante al momento del traslado de régimen pensional.** Se tiene que, para la fecha de traslado de régimen, es decir, 28 de noviembre de 1994, el actor contaba con 445., semanas cotizadas al ISS, en ese sentido, no contaba con el número mínimo de semanas requeridas para obtener la pensión de vejez en el RPM, faltándole 855, para llegar a las 1.300 semanas en toda la vida que exige el artículo 9 de la ley 797 de 2003, toda vez que no es beneficiario del régimen de transición de que

trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues para la entrada en vigencia de dicha norma no contaba con 35 años de edad o 15 años de servicios, por lo que en principio se puede decir que **no existía un perjuicio ante su traslado del RPM al RAIS.**

3. En lo relativo al **ingreso base de cotización (IBL) con el que cotizaba la actora al momento del traslado de régimen pensional.** Se observa en la historia laboral del accionante que cotizaba para la fecha de traslado en 1994, con un IBC de \$247.563, salario superior al mínimo legal para la fecha de, sin embargo, también se pueden observar salarios anteriores muy variables, que se aproximan al mínimo legal. Por tal razón, **en principio no habría un riesgo alto de sufrir un perjuicio al trasladarse del RPM al RAIS.**
4. En lo que refiere a **la existencia o no al momento del traslado de régimen pensional, de beneficiarios que pudieran obtener una pensión de sobrevivientes.** Conforme al formulario de afiliación de la demandante al RAIS, si contaba con beneficiarios, por ello podría representaba un beneficio en caso de su fallecimiento con relación a la pensión de sobrevivientes, al igual que sucedería en el RPM; sin embargo, el capital ahorrado de su cuenta individual sería susceptible de heredarlo, situación que no ocurriría en el RPM. Pero **esta solo situación no da cuenta de la existencia de un perjuicio ante su traslado del RPM al RAIS.**
5. Respecto de **la información que se le haya brindado o no al actor, según la norma legal vigente el momento del traslado de régimen pensional,** para el año 1994 que se produjo el traslado estaban vigentes los Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994, los cuales en lo que respecta a la información a que estaban obligadas las AFP a brindar a sus usuarios, establecía lo siguiente:

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

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

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

*“Artículo 10. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones. Los costos que generen los convenios que celebren las sociedades administradoras del sistema general de pensiones con los promotores no podrán trasladarse, directa o indirectamente, a los afiliados.”*

*“ART. 12. Obligaciones de los promotores. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado. Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado, según las disposiciones pertinentes.”*

La falta de información por parte de la AFP **podría representar un perjuicio real para la accionante.**

- 6. Si al momento del traslado del trabajador al RAIS el actor era o no beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.** Como se dijo anteriormente, la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, pues al haber nacido el 27 de diciembre de 1957, arribó a los 40 años de edad el mismo día y mes de 1997, esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993; asimismo, para tal momento no contaba con 15 años de servicios. De acuerdo a esto, se concluye que el hecho de no ser beneficiario del régimen de transición **no conlleva a un perjuicio al trasladarse del RPM al RAIS.**
- 7. Si el accionante supo o no que el monto de la pensión que podría obtener en el RAIS podría ser inferior al que obtendría en el RPM.** En la primera asesoría, quedó demostrado de acuerdo a lo arriba argumentado, que era imposible de acuerdo a las características que tenía la accionante saber si le era mejor o no trasladarse de régimen; no obstante, con la simulación pensional realizada por Porvenir S.A. cuando reclamó la pensión, tuvo oportunidad de saber que el valor de la pensión en el RAIS sería equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para la época, mientras que en el RPM sería ligeramente mayor. **Por lo que inicialmente no existiría un perjuicio de lo que recibiría si estuviera en el RPM, sino la diferencia de existir un monto inferior a dicha probabilidad.**

**8. Los actos de relacionamiento**, que serían las actuaciones realizadas de la parte accionante con posterioridad al traslado, indicando su conformidad frente al régimen tales como interés por continuar en otros fondos de acuerdo al rendimiento, solicitud de beneficios propios del RAIS, o realizar por ejemplo ahorros voluntarios con el fin de incrementar el monto de la mesada pensional. Si bien está posición para el caso de la ineficacia del afiliado en el traslado entre regímenes no es aceptada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, como se puede leer en sentencia SL4609-2021, donde indicó lo siguiente:

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

De acuerdo a esta variable, se observa que la parte actora no realizó traslados horizontales; no obstante, ningún perjuicio se evidencia de este hecho.

**9. El pago anticipado de la pensión o la solicitud de excedentes de libre disposición.** La pensión de vejez no fue reconocida de manera anticipada, ya que esta se concedió cuando el actor acreditó 62 años de edad y más de 1.150 semanas de cotización.

**10. La posición asumida en la reasesoría.** Porvenir S.A., de esta no hay prueba de que se le haya realizado, sin embargo, para la Sala si bien es un hecho importante, pos si solo no es prueba del daño, porque para el momento de solicitar la pensión se le hizo saber las condiciones en las cuales se pensionaría en el RAIS, bajo la garantía de pensión mínima, lo cual ella misma aceptó en el interrogatorio, al señalar que sí le dieron a conocer como se iba pensionar y además escogió la modalidad de retiro programado.

De lo anterior, al haber realizado un análisis de cada uno de los supuestos para encontrar acreditado el daño sufrido con el traslado, vemos que éste no quedó probado y ello lleva a que deba confirmarse en su integridad la sentencia que se revisa en el grado jurisdiccional de consulta.

### **Costas Procesales**

Sin costas en esta instancia.

### **Decisión**

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juez Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, el día **19 de junio de 2024**, en el proceso ordinario laboral promovido por **OCTAVIO ARTURO ZAPATA contra COLPESIONES Y PROTECCIÓN S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva.

Sin costas en esta instancia.

La anterior decisión se notifica por **EDICTO**.

### **Firmado Por:**

**Carmen Helena Castaño Cardona**  
**Magistrada**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Martha Teresa Florez Samudio**  
**Magistrada**  
**Sala 07 Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Hugo Alexander Bedoya Diaz**  
**Magistrado**  
**Sala 008 Laboral**

Radicado 05001310501920230005601  
Radicado Interno P26224  
Asunto: Confirma Sentencia

## **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:

**a2387507ffc4ce70bd161cb297e0a4e2c5647285ec900547f11d7007e469cae1**

Documento generado en 27/11/2024 01:18:54 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente**

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