

TEMA: INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS – Considera, este órgano colegiado que la ausencia de prueba de la responsabilidad contractual en cabeza de PORVENIR, quien simplemente actuó como fondo administrador del régimen optado por la demandante, impide que pueda imponerse una condena a título de indemnización de perjuicios. /

HECHOS: La actora pretende que se condene a PORVENIR S.A. a pagarle a título de indemnización de perjuicios, lo correspondiente al lucro cesante consolidado, es decir, la diferencia existente entre la mesada que recibe en el RAIS y la que debió recibir en el RPM desde el 31 de marzo del año 2016, al pago del lucro cesante futuro dicha diferencia hasta su fallecimiento, y el cese de derechos a sus beneficiarios y daño extrapatrimonial por perjuicios morales, lo ultra y extra petita que resulte probado en el asunto. El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, condenó a Porvenir a pagar a la demandante, la indemnización de perjuicios materiales por el incumplimiento del deber de información con ocasión al traslado de régimen pensional que acarreó la pérdida del régimen de transición, indemnización por perjuicios morales debidamente indexado, indemnización de perjuicios, e incrementos de ley; absolvió a PORVENIR S.A. de las demás pretensiones. El problema jurídico consiste en determinar, si confluyen los requisitos de carácter legal para que se genere a cargo de la AFP PORVENIR S.A. la indemnización de perjuicios en los términos solicitados.

TESIS: La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 373 de 2021, tuvo la oportunidad de pronunciarse, en derredor de la ineficacia del traslado de régimen pensional en tratándose de pensionados, con la prédica de su improcedencia, de la siguiente manera. (...) «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». (...) Con todo lo anterior, la Corporación mencionada determinó «abandonar el criterio sentado en la sentencia SL de 9 septiembre de 2008, radicado 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado». (...) “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. (...) Vale la pena memorar lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la ya referida sentencia SL 373 de 2021, en torno de la concreción del daño, al resaltar que: “el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado”, lo que en efecto se presenta en el caso que ocupa la atención de la Sala, en razón a que la falta del deber de información detallada e íntegra por parte de la A.F.P. previo al momento del traslado de régimen pensional, determinante de su consentimiento, su permanencia y pleno y satisfactorio disfrute de la pensión, privó a la actora de la oportunidad de pensionarse con mejores condiciones en el RPMPD, visto que en el ámbito de la responsabilidad subjetiva se denomina “pérdida de oportunidad” como daño reparable. (...) Se hace importante recalcar, que, en Colombia, subsisten dos regímenes pensionales, diferentes, incompatibles entre sí y cuya voluntad de permanecer en uno y en otro depende únicamente del afiliado. En el caso bajo estudio, si bien la demandante era beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, podría, a

voluntad propia, trasladarse al régimen de ahorro individual dentro de los límites normativos para ello, en razón a que dicha libertad se encuentra precisamente constitucionalmente protegida. (...) Es así, como mediante ningún elemento de prueba, se pudo constatar que la señora (MPJ) hubiera sido coaccionada a suscribir el formulario que dio pie a la afiliación a PORVENIR, por el contrario, mediante misiva del 26 de abril del año 2001 se indica con total claridad, firmado por la demandante que es consciente que se encuentra inmersa en el régimen de transición, que goza de un tratamiento especial, pero que ratifica su decisión de vincularse al fondo privado, escrito que se repite, es anterior a la suscripción del formulario. No puede trasladar la demandante el peso de su decisión a la pasiva PORVENIR S.A., por no resultar la mesada pensional en la cuantía que esperaba. (...) De otro lado, si bien podría pensarse solo en principio, que el daño o perjuicio está representado en la diferencia de la mesada pensional, como se narra en el petitum y lo explicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3535 de 2021, no puede olvidarse que el monto de la mesada pensional en el RPMPD, es consecuencia del aporte estatal, tratándose de una pensión en la cual el Estado subsidia las prestaciones legalmente definidas, para cuyo reconocimiento cuando resultan insuficientes los aportes pensionales, subsidio que no existe en el RAIS, no por la actuación de los fondos privados, sino por disposición legal. (...) Considera, por tanto, este órgano colegiado que la ausencia de prueba de la responsabilidad contractual en cabeza de PORVENIR, quien simplemente actuó como fondo administrador del régimen optado por la demandante, impide que pueda imponerse una condena a título de indemnización de perjuicios, y se itera, que, para obtener una indemnización de perjuicios por responsabilidad civil derivada del contrato de afiliación, se requiere que el promotor del proceso asuma la carga probatoria de demostrar los elementos que configuran la citada responsabilidad, que no puede ser automática por la diferencia pensional como lo dedujo el a quo, los cuales no se observan en el plenario, por el contrario, se determina que la demandante expresó su renuncia al régimen de transición, y al no demostrarse el daño, elemento es básico en la responsabilidad civil, infructuoso resulta determinar la conducta subjetiva de la persona a que se atribuye o el establecimiento de una conexidad entre el mismo y su hecho. (...) Es así, como deberá revocarse íntegramente la sentencia proferida por el juzgado de primera instancia, y en su lugar, absolver a la pasiva de lo pretendido.

MP: JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ

FECHA: 06/09/2024

PROVIDENCIA: AUTO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

Medellín, septiembre seis (6) del año dos mil veinticuatro (2024)

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por los Magistrados Jaime Alberto Aristizábal Gómez quien actúa como ponente, John Jairo Acosta Pérez y Francisco Arango Torres, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ordinario radicado con el número **05001310500220210041301**, promovido por la señora **MARÍA PATRICIA JARAMILLO GUTIÉRREZ**, en contra de **PORVENIR S.A.**, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la pasiva en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022, se toma la decisión correspondiente mediante providencia escrita número **245** de **2024**, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

ANTECEDENTES

La actora elevó acción judicial pretendiendo se condene a PORVENIR S.A. a pagarle a título de indemnización de perjuicios, lo correspondiente al lucro cesante consolidado, es decir, la diferencia existente entre la mesada que recibe en el RAIS y la que debió recibir en el RPM desde el 31 de marzo del año 2016, al pago del

lucro cesante futuro dicha diferencia hasta su fallecimiento, y el cese de derechos a sus beneficiarios y como daño extrapatrimonial, la suma de 100 SMLMV por perjuicios morales, costas del proceso y lo *ultra* y *extra petita* que resulte probado en el asunto.

Como fundamento fáctico de lo pretendido, indicó que nació el 3 de junio del año 1958, inició su vida laboral afiliada al entonces ISS efectuando cotizaciones, entre el 23 de junio de 1978 y el 30 de abril de 2001 y el 27 de abril del año 2001, se trasladó a RAIS administrado por PORVENIR, en donde alcanzó más de 1.357 semanas. Precisó que era beneficiaria del régimen de transición, pero el fondo privado no le suministró la información necesaria respecto a lo que necesitaba para acceder a la pensión. El 26 de septiembre del año 2018 la mencionada AFP aceptó la solicitud pensional desde el año 2018. Elevó derecho de petición requiriendo la indemnización de perjuicios por la diferencia mensual que existe en la mesada pensional que se encuentra recibiendo con la que debió percibir por parte de Colpensiones con un IBL de \$2.986513 una tasa de reemplazo del 90% para un total de \$2.687.918, perjuicios patrimoniales que considera evidentes y que deben sumarse a los perjuicios morales.

Notificado del libelo gestor, la accionada dio respuesta oponiéndose a lo pretendido y elevando los medios exceptivos de: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica.

En sentencia de primera instancia, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a pagar a la señora MARIA PATRICIA JARAMILLO GUTIERREZ CC No 24.363.267, la indemnización de perjuicios materiales por el incumplimiento del deber de información con ocasión al traslado de régimen pensional que acarreo la pérdida del régimen de transición. Corresponde por diferencias pensionales \$133.096.778; sumas que deberán ser indexadas al momento del pago, asimismo se concede indemnización por perjuicios morales en cuantía de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a pagar a la señora MARIA PATRICIA JARAMILLO GUTIERREZ, a partir del 1° de febrero de 2022, la suma de \$2.254.055, en forma vitalicia y transmisible a los eventuales beneficiarios de una pensión de sobrevivientes, por concepto de diferencia en el valor de ambas mesadas a título de

indemnización de perjuicios, sin perjuicio de la diferencia respecto de la mesada adicional de diciembre y de los incrementos de Ley, debiendo reliquidar este monto anualmente, teniendo en cuenta que en el RPM se aplican los criterios del artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

TERCERO: ABSOLVER a PORVENIR S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante.

CUARTO: DECLARAR IMPROBADAS las excepciones de mérito propuestas por PORVENIR S.A.”.

RECUROS DE APELACIÓN

La procuradora judicial de la parte accionada elevó recurso de alzada en contra de la sentencia que le fue notificada, considerando que no existe lucro cesante o daño emergente por un eventual incumplimiento de la accionada, a razón que, la administradora generó y cumplió con su deber de información desde el momento de la afiliación de la demandante, sin que ésta por su lado acreditara la carga procesal que tenía respecto al supuesto perjuicio ocasionado, siempre se le garantizó a la demandante la posibilidad de retornar al RPM en las condiciones y periodos expresamente manifestados por la ley para tal efecto, ni tampoco hizo uso a la posibilidad de retracto, su conducta, siempre atribuyó y convalidó de manera inequívoca su deseo de pertenecer al RAIS. Expresó que dicha situación releva de responsabilidad al fondo pensional, quien veló por que los rendimientos de la Cuenta de Ahorro Individual siempre estuvieren por encima de los señalados por la Superintendencia Financiera, y ante el cumplimiento de las obligaciones por parte del fondo, no puede existir daño alguno. Invitó a la revisión de los presupuestos de los artículos 1716 y 2341 del Código Civil, ya que ante el cumplimiento por parte de la accionada no hay lugar a los perjuicios que se peticionan. Recordó que fue la misma demandante la que elevó la solicitud pensional y en ese momento, recibió las capacitaciones sobre las diferentes modalidades pensionales, aceptando la generación de la mesada pensional que ahora reprocha, y sin reparos la pensión de vejez que le fue concedida, es decir, son dos actos jurídicos diferentes que mostraron su voluntad. Resonó que la demandante al momento del afiliarse al RAIS perdió el régimen de transición, conociendo sin reparo dicha situación, incluso en la misiva en donde manifestó que conoció la información de la transición indicó que quería pertenecer al RAIS.

La afiliación de la demandante al fondo se dio por más de 21 años, con constantes interacciones, pudiéndose comunicar por distintos canales, y teniendo la oportunidad de retornar no lo hizo. Expuso que la señora Jaramillo Gutiérrez no realizó el juramento estimatorio plasmado en el artículo 206 del CGP, y al no demostrarse el daño, no hay perjuicio alguno para reclamar la inexistencia del nexo causal. Resalto que el RPM y RAIS son regímenes pensionales diferentes y excluyentes; y la condena, al no encontrar sustento en la ley 100 de 1993 no puede darse. Además, refirió que la demandante permitió los descuentos del fondo, dan claridad de su aceptación. Que el proceso que se estudia no es de ineficacia del traslado y, por tanto, no se puede hablar de la línea jurisprudencial de ello, ni se invierte la carga probatoria en este proceso, toda vez que la demandante tiene un derecho consolidado y los perjuicios no fueron probados en el proceso, ya que el valor de la mesada pensional en uno y otro régimen es conforme a la Ley. En atención a ello, peticionó la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA

La parte demandante indicó, que a la pensionada no se le brindó una asesoría clara, completa y eficiente que le permitiera tomar una decisión sobre su futuro pensional, y con ello, ante la ausencia de tal asesoría, no puede hablarse que el traslado de régimen fue libre y voluntario, haciendo imposible el retorno al encontrarse ya con una situación consolidada en el RAIS. Peticionó la confirmación de lo decidido por el *a quo*, en atención a que a la sentencia SL 373 de 2021. Explicó que quedo debidamente acreditado que al momento del traslado no se brindó la información necesaria, lo que equivale a un actuar con culpa por parte del fondo de pensiones que ocasionó un perjuicio moral y material consolidado en la diferencia del valor de la mesada pensional. Con lo anterior, peticionó la confirmación de la sentencia.

Por su parte, PORVENIR S.A. expresó en sus alegaciones, que la demandante no puede desconocer de manera arbitraria sus propios actos, y mediante formulario del 29 de junio del año 2018 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, que

le fue aprobada, en comunicación del 26 de septiembre del mismo año la cual, recibe desde el mes de julio del año 2017, con lo cual, se encuentra con una situación jurídica consolidada de acuerdo a la SL 373-2021, y la presunta omisión a la que dice incurrió el fondo pensional, se superó con la celebración de un nuevo acto jurídico y así la actuación de la demandante contribuyó en la consolidación de su derecho pensional, con lo que no puede aducir que sufrió un daño por parte de la accionada. Expresó que existe una inexistencia de la causación de perjuicios, pero estos daños no aparecen probados en el proceso. Solicita se dé aplicación a la sentencia SC-2107-2018, en donde la cara probatoria se reduce a quien aduce los daños, así como el nexo causal entre el hecho culposo y el presunto daño. Expresó que el juzgador de primera instancia incurrió en un error al considerar que se deben estimar los perjuicios a partir de la diferencia de las mesadas cuando la Ley 100 de 1993 desde siempre estableció la coexistencia de regímenes excluyentes, con lo cual recordó la sentencia SL 2924 de 2023, y que no se realizó un estudio debido a las pruebas aportadas por la parte demandante, recordando la sentencia SU 107 de 2024 con la cual, la conclusión de primera instancia es equivocada. Reitero la inexistencia de la acreditación del daño. Finalmente solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme lo expuesto en el recurso de alzada el problema jurídico de esta segunda instancia consiste en determinar, si confluyen los requisitos de carácter legal para que se genere a cargo de la AFP PORVENIR S.A. la indemnización de perjuicios en los términos solicitados por la parte actora.

CONSIDERACIONES

La prueba documental que milita en el expediente digital da cuenta que:

1. La señora María Patricia Jaramillo Gutiérrez nació el 3 de junio del año 1958 de acuerdo a copia de la cédula de ciudadanía que adjuntó.
2. En misiva del 26 de septiembre del año 2018, se informó a la demandante que su solicitud pensional había sido aprobada, y con ello el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, desde el 8 de junio del año 2017, ordenándose el pago del retroactivo pensional en suma de \$10.667.963.
3. Mediante misiva del 26 de abril del año 2021 la demandante informó a PORVENIR S.A., de forma escrita, lo siguiente:

Luego de haber recibido la asesoría amplia y suficiente, conozco y entiendo las implicaciones legales que tiene mi decisión de trasladarme al Régimen de Ahorro individual por medio de la solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Porvenir S. A., que hoy firmo y adjunto a la presente. Así mismo consciente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 soy una persona que se encuentra en régimen de transición y que gozo de un tratamiento especial en el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de vejez respecto de los afiliados que se encuentran íntegramente bajo el esquema de la ley 100 de 1993, les ratifico mi decisión de vincularme al fondo de pensiones Porvenir y pensionarme con las condiciones vigentes para este régimen.

4. Un día después, el 27 de abril del año 2001, suscribió formulario de afiliación ante PORVENIR S.A.
5. En la historia laboral válida para bono pensional se logró evidenciar que se efectuaron cotizaciones para el entonces ISS desde el 23/06/1978, basándose la liquidación del título de deuda pública en 525 semanas cotizadas al RPM.
6. La demandante el 2001/04/27 suscribió traslado de régimen ante PORVENIR S.A., de acuerdo a pantallazo SIAFF.
7. Conforme certificación adjunta a la contestación se verifica que la demandante se encuentra actualmente pensionada bajo la modalidad de retiro programado.

8. En misiva del 29 de junio del año 2018, la demandante suscribió documentación en la cual expresó haber sido instruida respecto las diferentes clases de pensiones así:

Asunto: Contratación Renta Vitalicia

Mania Patricia Jaramillo Gohenez mayor de edad, identificado(a) con la cédula de ciudadanía número 24.363.267 expedida en Aguacadas, residente en la ciudad de Medellín, en desarrollo de la facultad establecida en el artículo 6° del Decreto 719 de 1994 y luego de haber recibido asesoría suficiente en relación con las diferentes modalidades de pensión, por medio del presente escrito autorizo en forma amplia a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., para que en mi nombre cotice la póliza de Renta Vitalicia con tres (3) compañías de seguros legalmente autorizadas para explotar el ramo correspondiente y para que proceda a contratar dicha póliza con la compañía que ofrezca el monto de pensión más favorable.

Me informaron que la Renta Vitalicia es la modalidad de pensión que consiste en el pago de la pensión mensual por parte de una compañía de seguros, que le garantiza el pago de una mesada que se ajusta año a año, sin excepción, con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) publicado por el DANE o de acuerdo el incremento del salario mínimo, si mi mesada equivale a ese monto.

Se allegó en diligencia del artículo 77 del CPT y SS, documentación que dio cuenta que la demandante presentó demanda de ineficacia de la afiliación, la cual, fue impróspera en primera instancia, y confirmada en segunda instancia por la Sala Quinta de esta Corporación.

En lo que tiene que ver con lo expuesto en el recurso de apelación en torno de la definición de esta clase de controversias, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 373 de 2021, tuvo la oportunidad de pronunciarse, en derredor de la ineficacia del traslado de régimen pensional en tratándose de pensionados, con la prédica de su improcedencia, de la siguiente manera:

«...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)¹, 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»

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

Con todo lo anterior, la Corporación mencionada determinó: «...abandonar el criterio sentado en la sentencia SL de 9 septiembre de 2008, radicado 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado».

Igualmente, el alto Tribunal de esta jurisdicción, subrayó en dicha oportunidad que el pensionado que se considere lesionado en su derecho puede obtener la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, bien a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria, siempre que, por lo menos, así se plantee en el *petitum* de la demanda, o en los hechos fundantes de la misma y se haya tenido oportunidad de discutirlos en el proceso, tal como a continuación se indica:

“...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. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

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...”.

Sustentó el *a quo* su decisión basándose en la línea jurisprudencial referida a la ineficacia del traslado, y el accionado fundó su recurso de alzada en la inexistencia del daño y el nexo causal imputable al fondo pensional.

Ahora, al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha delineado que la acción de indemnización de perjuicios no es ajena al derecho laboral, y en la sentencia con Radicado 35.795 de 2010, en un caso donde se

pretendían perjuicios morales a cargo de una A.F.P. por la demora en resolver la situación pensional, estimó que, el Tribunal se equivocó al denegar la pretensión por estimar que no pertenece al ámbito laboral, y en esa dirección señaló:

“...Para la Sala, al discurrir de esa manera, incurrió el Tribunal en los quebrantos normativos que se le imputan porque, en primer lugar, es claro que la obligación de indemnizar perjuicios morales en materia laboral no se contrae exclusivamente a la terminación del contrato de trabajo, ya que, como lo ha reconocido de tiempo atrás la jurisprudencia, acudiendo a principios generales del derecho, el daño moral siempre debe ser resarcido, independientemente de la fuente de su origen...”.

En la sentencia SL 924 de 2018, indicó:

“...Sea lo primero advertir que ha sido posición pacífica de la Corte Suprema de Justicia que el incumplimiento de la obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores al sistema general de pensiones no siempre conlleva a que aquél asuma las prestaciones propias de la ley de seguridad social, **dado que existirán algunos eventos en los que dicha omisión no genere perjuicio alguno; pero sí, por el contrario, produce algún daño debe repararlo, por ejemplo, reconociendo y pagando la respectiva prestación que el sistema hubiese otorgado...**” (Negrilla fuera del texto).

Así las cosas, considera esta Superioridad que, al no ser la acción de indemnización de perjuicios ajena al derecho laboral, en la que sin duda cabe la reparación del daño por la responsabilidad imputable a la A.F.P., debe la parte actora encausar las pretensiones en ese sentido, como acaece en el *sub examine*, en donde se pretende que se reconozcan estos a cargo de PORVENIR.

En este punto, vale la pena memorar lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la ya referida sentencia SL 373 de 2021, en torno de la concreción del daño, al resaltar que: “...*el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado...*”, lo que en efecto se presenta en el caso que ocupa la atención de la Sala, en razón a que la falta del deber de información detallada e íntegra por parte de la A.F.P. previo al momento del traslado de régimen pensional, determinante de su consentimiento, su permanencia y pleno y satisfactorio disfrute de la pensión, privó a la actora de la oportunidad de pensionarse con mejores condiciones en el RPMPD, visto que en el ámbito de la responsabilidad subjetiva se denomina “*pérdida de oportunidad*” como daño reparable, dentro de las siguientes condiciones:

“...La Sala, asimismo, en oportunidad reciente, se refirió a “la pérdida de una oportunidad” como “la frustración, supresión o privación definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación ulterior del patrimonio” y luego de hacer mención de las diferentes tesis que plantea la doctrina respecto de la naturaleza del detrimento que se estudia, concluyó que “[a]l margen de la problemática precedente, la pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual. (Sentencia del 01 de noviembre de 2013, ref: 08001-3103-008-1994-26630-01, Sala de Casación Civil) ...”.

Con lo anterior, procede la Sala al estudio de los elementos probatorios aportados.

Interrogatorio de parte a la demandante, la que de cara al artículo 191 del CGP, arrojó los siguientes de confesión:

- Expresó que al momento de la asesoría no le indicaron como podía afiliarse.
- Solicitó la pensión en el año 2018, por voluntad e iniciativa propia y en ese momento le efectuaron una asesoría del valor de su pensión.
- Elevó solicitud de retorno a Colpensiones mediante acción judicial solicitando la ineficacia de traslado.
- Nunca ha rechazado el pago de la mesada pensional.
- Inicialmente quería el pago de la devolución de saldos, pero no fue posible.

Se recibieron los siguientes testimonios

Juan David Vivero Jaramillo. Hijo de la demandante, expresó que la señora María Patricia trabajó en CONPOCNCRETO y la pensión que recibe es del salario mínimo, lo cual, le afecta su ritmo de vida. Sus dos hijos le colaboran económicamente para todo, y ha estado psicológicamente afectada por su cambio de vida, triste y desmotivada.

Catalina Isabel Velásquez Gil. Conoce a la demandante quien trabajó toda la vida en propiedad raíz, y el dinero que ahora recibe no le es suficiente para suplir las necesidades propias, lo que le ha desmejorado su estado de ánimo. Expuso que, depende económicamente de sus hijos. Cuando trabajaba la demandante tenía muy buenos ingresos.

No puede pasarse de lado este juez plural, que, en la misiva que fue adjuntada en el proceso, firmada por la demandante y en donde manera clara y precisa previo al acto jurídico de traslado, indicó conocer que este afectaría la pertenencia al régimen de transición del que era beneficiaria.

Es importante indicar, que los medios probatorios deben ser valorados en conjunto, con el fin de formar el libre convencimiento del juzgador, de cara al artículo 61 del CPT y S.S., recordándose que en el proceso de marras se dirige específicamente en el resarcimiento de perjuicios o no ante el cambio de régimen efectuado por la demandante.

No pone en duda este juez plural que la demandante fue beneficiaria del régimen de transición, ni tampoco, que en la actualidad haya menguado sus ingresos de cara al cambio de fondo pensional efectuado; sin embargo, afirmar *per se* que la señora Jaramillo Gutiérrez tuvo un perjuicio, sería como indicar que el régimen de ahorro individual no es legítimo.

Se hace importante recalcar, que, en Colombia, subsisten dos regímenes pensionales, diferentes, incompatibles entre sí y cuya voluntad de permanecer en uno y en otro depende únicamente del afiliado. En el caso bajo estudio, si bien la demandante era beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, podría, a voluntad propia, trasladarse al régimen de ahorro individual dentro de los límites normativos para ello, en razón a que dicha libertad se encuentra precisamente constitucionalmente protegida.

Es así, como mediante ningún elemento de prueba, se pudo constatar que la señora María Patricia Jaramillo hubiera sido coaccionada a suscribir el formulario que dio pie a la afiliación a PORVENIR, por el contrario, mediante misiva del 26 de abril del año 2001 se indica con total claridad, firmado por la demandante que es consciente que se encuentra inmersa en el régimen de transición, que goza de un tratamiento especial, pero que ratifica su decisión de vincularse al fondo privado, escrito que se repite, es anterior a la suscripción del formulario.

No puede trasladar la demandante el peso de su decisión a la pasiva PORVENIR S.A., por no resultar la mesada pensional en la cuantía que esperaba, pues en sentencia C- 538 del año 1996 la Honorable Corte Constitucional explicó:

“Tratándose del asunto bajo revisión se tiene que del hecho de que la Ley 100 de 1993 contemple dos regímenes diferentes con características propias no puede deducirse, como lo pretende el demandante, que se vulnere el principio de igualdad máxime cuando al regularlos el legislador también consagró la libertad de escogencia por parte del afiliado[14]. En este sentido es evidente que el legislador le brinda igual tratamiento a las personas al garantizarles la libre elección, dependiendo de los beneficios que les ofrezca cada uno de los regímenes dentro del sistema general y el trasladarse de uno a otro.

“La Constitución no impone al legislador la creación de un sistema único de pensiones, puede establecer diferentes regímenes para lograr el cometido estatal atinente a la prestación del servicio de seguridad social, que contengan la necesaria protección y asistencia de las referidas personas.

“La ley dispuso la creación de un sistema dual, que comprende subsistemas que operan cada uno en forma autónoma e independiente y, además excluyente, lo cual, a juicio de la Corte, se adecua a los mandatos constitucionales; por lo tanto, no es válido, como lo pretende el demandante, unificar los regímenes en materia de pensión mínima, porque de este modo se iría en contra de la voluntad del legislador, fundada en el consenso político logrado en el Congreso y en los sectores más representativos de la comunidad, en el sentido de consagrar la dualidad de regímenes y que la participación de los particulares en la prestación de seguridad social no excluyera al Instituto de Seguros Sociales.

“La dualidad de regímenes, de otra parte, ejercita y estimula como lo quiso el legislador la competencia en el sector público y el privado, lo cual redundará en beneficio de la eficacia y eficiencia de los servicios de seguridad social. Hacer una igualación de los regímenes, mediante la reducción a uno de dichos sistemas, de lo que concierne a los aspectos básicos de la pensión mínima, esto es, en cuanto a su estructura, financiamiento u operatividad, puede significar la desaparición de dicha competencia y favorecer a los fondos privados de pensiones en perjuicio del Instituto de Seguros Sociales, aparte de que limitaría las opciones que tienen los destinatarios del servicio para escoger el régimen que más convenga a sus intereses o particulares situaciones.

“No encuentra la Corte, en consecuencia, que las normas acusadas que hacen parte del universo del sistema de ahorro individual, por sí mismas, esto es, por su contenido material, sean inconstitucionales, como el propio demandante lo acepta. Tampoco halla que sean inconstitucionales, por no obedecer al mismo diseño de las normas sobre pensión mínima del sistema de prima media, particularmente en lo que atañe con la garantía a que alude el art. 138”.

Igualmente enunció:

“No puede hablarse de trato discriminatorio cuando es el mismo afiliado quien voluntariamente se somete a un régimen o a otro; no se impone en consecuencia, un solo régimen.”

“... la distinta posición en que pueden hallarse los afiliados en uno y otro sistema, que obedece a la consideración de situaciones fácticas y jurídicas diferentes, evaluadas por el legislador no constituye una discriminación prohibida por el Art. 13, porque no puede

hablarse de trato discriminatorio cuando es el mismo afiliado quien voluntariamente se somete a un régimen o a otro; no se impone en consecuencia, un solo régimen.”

Contrario a lo expuesto en el libelo gestor sobre que a la demandante no se le dio información respecto a la manera en que se liquidaría su mesada pensional y la pérdida del régimen de transición, si queda en este caso acreditado por manifestación expresa de la demandante que ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, a pesar de ser consciente de encontrarse cubierta por el régimen de transición pensional, y con ello, su decisión, y la diferencia en la mesada pensional, no puede imputarse como un perjuicio a cargo de la entidad de seguridad social, quien administra un régimen permitido en el ordenamiento colombiano, que además dinamiza las competencias mismas del mercado.

Adicionalmente, pertinente resulta precisar que la regla jurisprudencial que determina la inversión de la carga de prueba, en virtud de la cual se declara la ineficacia de la selección o traslado de régimen pensional, (ahora valorada con la sentencia SU 107 de 2024) no puede extrapolarse a la responsabilidad civil que nos ocupa en el caso de autos, en razón a que la ineficacia del traslado permite imponer a los fondos privados las consecuencias jurídicas adversas ante la ausencia de prueba de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado de régimen pensional, y de la información brindada por el fondo probado al potencial afiliado, mientras que la indemnización plena de perjuicios, exige inexorablemente que el promotor del proceso asuma la carga probatoria de demostrar los elementos que configuran la citada responsabilidad, esto es, la conducta dolosa o culposa de la AFP, el daño ocasionado, y su nexo causal.

De otro lado, si bien podría pensarse solo en principio, que que el daño o perjuicio está representado en la diferencia de la mesada pensional, como se narra en el petitum y lo explicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3535 de 2021, no puede olvidarse que el monto de la mesada pensional en el RPMPD, es consecuencia del aporte estatal, tratándose de una pensión en la cual el Estado subsidia las prestaciones legalmente definidas, para cuyo reconocimiento

cuando resultan insuficientes los aportes pensionales, subsidio que no existe en el RAIS, no por la actuación de los fondos privados, sino por disposición legal.

En este sentido, importa citar la sentencia del 4 de abril de 1968, en la que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, expresó:

“...Por todo ello cabe afirmar que, dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial; y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación; establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria...”.

Lo cual se debe analizar en armonía con lo consignado en la mentada sentencia SL-5174 de 2021, en donde se refiere a la demostración del daño, indicando:

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

Así mismo, el presupuesto de la prueba del daño ya había sido advertido desde la sentencia SL-1689 de 2019, en la que la Sala de Casación Laboral concluyó la imposibilidad de estudio de la pretensión de perjuicios presentada por el accionante en la medida que no existía prueba cierta de su causación.

No encuentra la Sala entonces, que, la señora María Patricia Jaramillo Gutiérrez haya sufrido una desmejora en su condición de vida en el entendido de dignidad, mínimo vital y conservación de sus derechos fundamentales, imputable al fondo privado, ya que se le viene pagando su mesada pensional desde el año 2017, por la cual optó de manera voluntaria, y por ello, se configuró un nuevo acto jurídico consolidado.

Considera, por tanto, este órgano colegiado que la ausencia de prueba de la responsabilidad contractual en cabeza de PORVENIR, quien simplemente actuó como fondo administrador del régimen optado por la demandante, impide que pueda imponerse una condena a título de indemnización de perjuicios, y se itera, que, para obtener una indemnización de perjuicios por responsabilidad civil derivada del contrato de afiliación, se requiere que el promotor del proceso asuma la carga probatoria de demostrar los elementos que configuran la citada responsabilidad, que no puede ser automática por la diferencia pensional como lo dedujo el *a quo*, los cuales no se observan en el plenario, por el contrario, se determina que la demandante expresó su renuncia al régimen de transición, y al no demostrarse el daño, elemento es básico en la responsabilidad civil, infructuoso resulta determinar la conducta subjetiva de la persona a que se atribuye o el establecimiento de una conexidad entre el mismo y su hecho.

Es así, como deberá revocarse íntegramente la sentencia proferida por el juzgador de primera instancia, y en su lugar, absolver a la pasiva de lo pretendido.

DE LAS COSTAS

Correrán a cargo de la parte actora en primera instancia y a favor de la pasiva las que serán liquidadas por el despacho de origen.

En esta instancia a favor de la pasiva y cargo de la parte actora, ante la desventura del recurso de alzada. Se tasan las agencias en derecho en la suma de UN MILLÓN TRESCIENTOS MIL PESOS (\$1.300.000=), ante la prosperidad del recurso de alzada.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: Revocar la sentencia de primera instancia que se revisa en apelación.

05001310500220210041301

SEGUNDO: Absolver a la accionada AFP PORVENIR S.A. de las pretensiones elevadas en su contra por la señora Maria Patricia Jaramillo Gutiérrez.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la accionada.

Se tasan las agencias en derecho en la suma de UN MILLÓN TRESCIENTOS MIL PESOS (\$1.300.000=).

En primera instancia a favor de la pasiva las que serán tasadas por el despacho de origen.

Lo resuelto se notifica en **EDICTO**. Se ordena regresar el proceso al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Jaime Alberto Aristizábal Gómez

John Jairo Acosta Pérez

Francisco Arango Torres

Firmado Por:

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

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

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6da37331b548a2ff72150d1fe5586769877d243e1f15f0076ff74bbf3ab774c4**

Documento generado en 06/09/2024 02:28:52 PM

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