



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente
Fabio Hernán Bastidas Villota

Catorce (14) de Diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76001 31 05 013 2020 00087 01
Juzgado de origen	Trece Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Gloria Nelly León Zapata
Demandadas:	Colpensiones Porvenir S.A.
Interviniente	Ministerio Público
Asunto:	Revoca parcialmente – Niega la ineficacia del traslado por reconocimiento pensional en el RAIS. y perjuicios
Sentencia No.	367

I. ASUNTO

Pasa la Sala a resolver el **recurso de apelación** impetrado por Porvenir S.A. contra la sentencia No.114 emitida el 20 de mayo de 2022 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda y su reforma¹

Pretende el demandante: **i)** se declare la nulo/ineficaz el traslado el otrora ISS a Porvenir S.A. ante el incumplimiento del deber de información de la AFP, por ende, se ordene a la AFP el traslado a Colpensiones de los aportes, rendimientos y semanas cotizadas; **iii)** se suspenda el pago de la pensión a cargo del fondo privado, para que, en su lugar, Colpensiones acepte el traslado al RPM, reconozca y pague la prestación de vejez a partir del 3 de marzo de 2017 conforme a la Ley

¹ 02EscritoDemanda páginas 1 a 4 y 05Reforma de la demanda páginas 4 a 37

797 de 2003; ordenar a Colpensiones a cancelar el pago indexado de la prestación reconocida por la AFP hasta el 3 de mayo de 2017, los demás derechos que resulten probados de conformidad a las facultades ultra y extra petita y las costas procesales.

Subsidiariamente, se declare que Porvenir S.A. le causó un perjuicio económico por la ausencia en el deber de información, por tanto, el fondo de pensiones deberá cancelar durante *“la existencia jurídica de la prestación pensional”* las diferencias entre la mesada que percibe y la que hubiere recibido en Colpensiones, desde el 3 de marzo de 2017 de manera indexada, pago de intereses moratorios.

2. Contestaciones de la demanda

En el término legal, Colpensiones dio contestación², escrito que en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.). Pese a la notificación³, el Ministerio Público no presentó intervención en el asunto.

3. Sentencia de primera instancia

3.1. Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el Juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que decidió⁴: **i)** declaró no probadas las excepciones propuestas por Porvenir S.A.; condenó a la AFP a **ii)** pagar con su propio patrimonio a título de indemnización plena de perjuicios, las diferencias causadas entre la pensión de vejez pagada, y la que debió percibir en el RPMPD, entre el 3 de marzo de 2017 y el 31 de mayo de 2021, independientemente de las que se causen con posterioridad; al margen de continuar a su cargo con el pago de la pensión de vejez; **iii)** continuar pagando mensualmente de su propio patrimonio las diferencias entre la mesada de vejez en el RAIS, y la que debió concederse en el RPMPD, actualizada año a año, a partir del 1 de junio de 2022, por 13 mesadas al año; absolvió a **iv)** Porvenir S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra; **v)** Colpensiones de todas las pretensiones de la demanda; **vi)** condenó en costas a la AFP, fijó como agencias en derecho la suma de diez (10) smmlv.

² 13ContestacionAnexosColpensiones20210059100

³ 11NotificaAutoAdmisorio20210059100 páginas 4 y 5

⁴ 23ActaAudienciaJuzgamiento y 24AudioAudienciaJuzgamiento

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, se superó la ausencia de información con el reconocimiento de la pensión de vejez, por lo que no es posible dar aplicación a la figura de la ineficacia de la afiliación por traslado de régimen pensional, de conformidad con el precedente jurisprudencial en la materia.

Luego de ello precisó que, ante la imposibilidad de retrotraer las cosas a su estado anterior, es viable la solicitud de perjuicios moratorios, en ese sentido procedió a la valoración de los medios de prueba, precisó que la parte actora cuantificó por medio de un cálculo actuarial las diferencias entre las mesadas que percibe en el RAIS y las que eventualmente le hubieren correspondido en el RPM, con lo cual encontró acreditado el daño, con lo que encontró procedente el pago de la indemnización plena de perjuicios en favor de la activa.

Para el efecto indicó que la condena por perjuicios moratorios corresponde a la diferencia entre la suma "*ligeramente superior al salario mínimo*" establecida en el RAIS y las mesadas pensionales que debió percibir en el RPM la activa. Prestación que para el 3 de marzo de 2017 ascendía a \$5.406.983,52, valor que no hace parte del derecho pensional de la activa, pues incorporarlo como tal al sistema general de pensiones no le compete y por ello su pago estará a cargo de los propios recursos de la AFP.

En ese orden encontró no acreditadas las excepciones, en particular la de prescripción como quiera que las diferencias se cancelan desde el 25 de febrero de 2020 y se acudió a la vía judicial el 25 de febrero de 2020, por lo que las diferencias causadas entre el 3 de marzo de 2017 y el 31 de mayo de 2022 \$342.927.939, debidamente indexados, junto con las nuevas diferencias retroactivas, como quiera que sobre este rubro no proceden intereses moratorios. Dispuso la actualización de las diferencias año a año su pago por trece mesadas al año.

4. Recurso de Apelación

Porvenir S.A.⁵ se aparta de la decisión en lo referente al pago de los perjuicios por considerar las actuaciones de la AFP acordes a la buena fe y la ley, de manera que no había lugar a considerar la existencia de perjuicios, como quiera que los mismos no se encuentran previstos en el sistema general de pensiones en el que además

⁵ 24AudioAudienciaJuzgamiento minuto 29 50 a

se relacionan las prestaciones a cubrir una vez se cumplen los requisitos para cada una de ellas, según corresponda. Sostiene que no basta con alegar el perjuicio, pues para su procedencia aquellos deben acreditarse, máxime cuando se configuran los elementos que constituye ese tipo de responsabilidad se configuren, sobre el particular, razonó acerca de la necesidad de demostrar el daño, la ganancia o provecho dejada de percibir y la actuación u omisión irregular del tercero para causar el daño, lo anterior si se tiene en cuenta que no se ha causado un detrimento al patrimonio de la parte actora, quien percibe la prestación de vejez desde marzo de 2017. Citó precedentes jurisprudenciales de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín para sustentar la inexistencia del daño.

De igual manera, expresó que en caso de que se mantenga la decisión de condena de primer grado se limite el pago de la indemnización, pues la misma se impuso sobre un daño futuro que no se ha causado. Por último pidió se absuelva de la condena en costas.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, se pronunciaron en los términos visibles en los memoriales “04AleColpensiones01320200008701”, “05AlegatosDte01320200008701” y “06AlePorvenir01320200008701”.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer si:

1. ¿Es procedente declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al RAIS, pese a disfrutar de una pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado?

2. En caso negativo ¿Se encuentran acreditados los perjuicios reclamados, y si estos en caso de existir, se encuentran afectados o no por prescripción?
3. ¿Hay lugar a reajustar la pensión anticipada que percibe el demandante desde mayo de 2017?

2. Respuesta a los interrogantes planteados

2.1 ¿Es procedente declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al RAIS, pese a disfrutar de una pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado?

La respuesta al interrogante es **negativa**. Fue acertada la decisión de la *A quo* de declarar probadas las excepciones de mérito invocadas por el extremo pasivo, negando la ineficacia del traslado de régimen pensional pretendido por el actor, por ostentar la calidad de pensionado en el RAIS, situación jurídica consolidada que no es razonable revertir o retrotraer. Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

2.1.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma

se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –*cuando no imposible*- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es el fondo el que está obligado a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

No obstante, la mentada Corporación en providencia SL373 del 10 de febrero de 2021, radicación No. 84475, estableció que no procede la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, cuando la demandante se encuentre pensionada en el RAIS. Preciso que, la calidad de pensionada es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir. No se puede obviar la calidad de pensionado, toda vez que, de proceder así, daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Para adoptar tal determinación, indicó en extenso, que:

“Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

(...)

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.

*Si se trata de una **garantía de pensión mínima**, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.*

*Ni que decir cuando el **capital se ha desfinanciado**, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos”.*

El anterior criterio, ha sido ratificado por la misma Corporación en providencias SL3707 del 18 de agosto de 2021, radicación No. 86706 y SL3871 del 25 de agosto de 2021, radicación No. 88720, **SL1418 de 04 de mayo de 2022, radicación No. 90034**; SL1577 de 27 de abril de 2022, radicación 89938, entre otras.

En consecuencia, esta Sala Primera de Decisión Laboral, acoge el precedente jurisprudencial en comento. Por tanto, debe entenderse que, la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer. En ese sentido, no se aviene precedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ostente la calidad de pensionado, por cuanto de hacerlo así, se afectarían derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de los diferentes actores del Sistema General de Pensiones, circunstancia que además, podría tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

2.1.2. Caso en concreto.

Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones⁶, Porvenir S.A.⁷, se desprende que, el accionante, ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 11 de octubre de 1994 al 28 de febrero de 1997.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS: el accionante se trasladó a Porvenir S.A. AFP a la que realizó cotizaciones desde el 1º de marzo de 1997 hasta diciembre de 2017.

⁶ 26ContestaColpensiones, CC—31849836, GRP-SCH-HL-66554443332211_1946-20210316122217

⁷ 17ContestaReformaPorvenir páginas 135 a 197

En la demanda, se argumenta que, al momento del traslado de régimen pensional, el consentimiento no fue libre y espontáneo, ya que, no estuvo precedido de información acerca de las consecuencias de la decisión que iba a tomar.

En este contexto, conviene precisar que no es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen, alegando las desventajas o beneficios que implicarían su decisión, pues tales preceptos, tienen como destinatario la afiliada al sistema y no a quien ya adquirió el estatus de pensionada. En el expediente digital, se allegó la siguiente documental que da cuenta la calidad de pensionado del actor:

- i) Certificación expedida por la AFP, en la que consta que la demandante se encuentra pensionada en la modalidad de retiro programado desde el 28 de febrero de 2017⁸.
- ii) Solicitud de la pensión de la pensión de vejez⁹ radicada el 20 de octubre de 2016.
- iii) Comunicación del 6 de marzo 2017, mediante la cual se comunicó:

“...En esta oportunidad nos complace comunicarle que su solicitud de pensión de vejez ha sido APROBADA.

A continuación, detallamos la información que usted debe conocer y los pasos a seguir:

1. ¿Cuál es el valor de la mesada? Para el año 2017 el valor de la mesada será de \$810.615,00.

2. ¿La mesada tiene algún descuento? Sí, se aplica un descuento del 12% sobre el valor total de la mesada para el pago de salud, que en su caso corresponde a la suma de \$97.274,00. El valor neto que recibirá mensualmente será de \$713.341,00.

Este descuento le permite acceder a los servicios en la Entidad Promotora de Salud (EPS) y se debe aplicar independientemente si usted ya es cotizante a salud como empleado o como beneficiario de algún cotizante, dado que el aporte a salud se hace por la totalidad de los ingresos que usted recibe...”

En consecuencia, colige la Sala que al adquirir la demandante el estatus jurídico de pensionado y con ello, una situación jurídica consolidada, un hecho consumado y

⁸ 17ContestaReformaPorvenir página 51

⁹ 17ContestaReformaPorvenir páginas 52 a 55

un estatus jurídico, no es razonable revertir o retrotraer tal condición. Nótese que su mesada pensional en el RAIS, es financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual. Por tanto, en aplicación del precedente jurisprudencial en comento, no deviene procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional. Lo anterior, por cuanto la situación jurídica del demandante ha quedado definida y consolidada bajo el imperio del régimen jurídico de la pensión de vejez en el RAIS. Por tanto, están llamados al fracaso, los argumentos que esbozó la apoderada judicial del actor en la alzada.

En todo caso, en fallo SL1692 del 05 de mayo de 2021, radicación No. 83127, la Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión No. 3 de la C.S.J. precedente reiterado entre las sentencias SL1418 de 04 de mayo de 2022, radicación No. 90034; SL1577 de 27 de abril de 2022, radicación 89938; donde ilustró que, no se puede desconocer el reconocimiento pensional otorgado. En ese escenario, también reiteró la improcedencia de la ineficacia del traslado por parte del pensionado.

Es de advertir, que el precedente judicial no desconoce los principios de progresividad del sistema general de pensiones, ni el derecho a la igualdad de la activa, pues justamente, como una materialización de los mismos, a través de la seguridad jurídica y la inmutabilidad de situaciones consolidadas, se busca la protección de los demás miembros del sistema, máxime, cuando el afiliado ha dejado ese status para en su lugar ser beneficiario de las prestaciones económicas como pensionado.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

2.2. ¿Se encuentran acreditados los perjuicios reclamados, y si estos en caso de existir, se encuentran afectados o no por prescripción?

La respuesta al segundo interrogante es **negativa**. En el asunto en concreto no se acredita la existencia de una responsabilidad indemnizatoria, pues no se configuran los elementos de la responsabilidad civil: hecho, daño, culpa y nexo causal. En particular, no se acredita el daño cierto y cuantificado o por lo menos cuantificable que estructure la responsabilidad en cabeza del fondo de pensiones

2.2.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

Ha sido pacífica la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en indicar, que ante la falta de prosperidad de la ineficacia del traslado de régimen, queda a salvo el derecho del pensionado de demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora, si así lo considera pertinente. Al respecto, dijo en providencia CSJ SL373 de 2021 reiterada en CSJ SL1577 de 2022,

“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. 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.”

En tal sentido, el precepto normativo que contempla la indemnización plena de perjuicios solicitada, es el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que reza:

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

En ese orden, para establecer si existe responsabilidad que conlleve la indemnización por los perjuicios irrogados, se debe acudir a los elementos que configuran la responsabilidad civil, esto es, hecho, daño, culpa y nexo causal.

Sobre el particular se advierte que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 18 de diciembre de 2008¹⁰, reiterada en proveído del 9 de marzo de dos mil doce 2012¹¹, enseñó 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.

2.2.2. Caso concreto.

El daño que se pretende resarcir es el reconocimiento de una pensión vitalicia por la AFP considerada inferior respecto de la que eventualmente Colpensiones pudo otorgar en caso de haber perdurado la afiliación a la administradora del régimen público.

Al punto, cabe recordar que con la expedición de la Ley 100 de 1993 se abrió la posibilidad de elegir entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, principalmente administrado por el ISS hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, representado por las AFP de índole privada, los cuales son excluyentes entre sí, en razón a las características propias de cada uno, que les permiten coexistir.

No puede perderse de vista que en el RAIS existe **i)** la devolución de saldos, cuyo valor es más benéfico en comparación con la indemnización sustitutiva del RPM; **ii)** en caso de no existir beneficiarios del afiliado, los herederos de aquel podrán acceder a los dineros de la cuenta de ahorro individual, posibilidad con la que no cuenta el RPM; **iii)** es factible acceder a la garantía de pensión mínima de vejez, luego de acreditar 1150 semanas, garantía que no se contempla en el RPM, en el que además se deben alcanzar 1300 semanas para acceder a la pensión de vejez;

¹⁰ Expediente 88001-3103-002-2005-00031-01

¹¹ Expediente 11001-3103-010-2006-00308-01

iv) en el RAIS a partir de la circular 013 de 2012 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia se contemplan siete modalidades de pensión (retiro programado, renta vitalicia, retiro programado con renta vitalicia diferida, retiro programado sin negociación del bono pensional a cargo de la AFP, renta temporal variable con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto a cargo de la aseguradora, ver SL3898-2019), mientras que en el RPM en *principio* se accede a la pensión en los términos de la Ley 797 de 2003; **v)** cuando el pensionado elige la modalidad de retiro programado y fallece el saldo de la cuenta de ahorro individual pasa a la masa sucesoral ante la inexistencia de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes; **vi)** el afiliado cuenta con la posibilidad de realizar aportes voluntarios para incrementar el monto de la mesada pensional; **vii)** en caso de que la pensión se encuentre plenamente financiada y existan excedentes de libre disponibilidad el afiliado podrá solicitar la devolución de estos últimos.

En el RAIS el valor de la prestación pensional se ve afectada por la mejora o desmejora del salario, circunstancia que también pueden incidir en la prestación del RPM, sin embargo, se advierte que en el régimen privado también tienen incidencia directa la continuidad de la cotización, la conformación del grupo familiar y sus edades, la edad del afiliado, además de las variables financieras como los rendimientos obtenidos, las condiciones del mercado, el riesgo asumido, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los aportes voluntarios, entre otros, que efectivamente dan lugar a el reconocimiento de una pensión diferente a la del RPM, sin que ese hecho de plano dé lugar a demostrar el daño, dado que las variables anotadas no van de la mano con la responsabilidad civil, pue, incluso la redención del bono pensional incide en el cálculo de la pensión.

Bajo el panorama expuesto se tiene que el cambio de régimen pensional acaeció 1º de marzo de 1997, fecha en la cual no se podía establecer que el valor de la pensión en cada régimen, ni cuál resultaría más benéfica, si se acude a las variables financieras precisadas previamente, las cuales dependían del mercado, además de la información que debió suministrar la AFP.

De igual manera, atendiendo a las variables a considerar se evidencia:

- i. La activa nació el 19 de octubre de 1959¹², así, a la fecha del cambio de régimen contaba con 38 años de edad, por ende, no estaba pronta a acceder a la pensión de vejez en el RPM. Por tanto, la edad no significa un perjuicio.
- ii. Para la época del traslado de régimen pensional la demandante acumulaba 686 semanas efectivamente cotizadas¹³, de manera que no contaba con una densidad de semanas que de manera indicaría permitieran inferior la próxima consolidación de un derecho pensional. Por ende, no se causó un perjuicio en ese sentido.
- iii. No era beneficiaria del régimen de transición, como quiera que para el 1º de abril de 1994, tenía 34 años de edad y no acreditaba 15 años de servicios prestados, de manera que no perdió dicho régimen y en esa medida la AFP no causó un perjuicio.
- iv. Respecto al IBC, cuando aconteció el cambio de régimen pensional -1º de marzo de 1997- la activa cotizaba sobre 2,6 SMMLV, sin que resultara previsible que en el año 2017 percibiera entre 1.17 y 11,61 SMMLV¹⁴.

Sobre este punto cabe resaltar que en la historia laboral consta que la demandante se desafilió del sistema general de pensiones desde el 30 de diciembre de 2017, pero percibe el pago de la pensión a partir de marzo del mismo año.
- v. Se advierte la existencia de beneficiarios – hijos- para cuando se suscribió el formulario de afiliación¹⁵, de manera que los dineros de la cuenta de ahorro individual se comportarían igual que en el RPM, esto es, permitiría el acceso a la pensión de sobrevivientes, de modo que no se configura un perjuicio en este punto.
- vi. Al momento del reconocimiento de la pensión incluyó tanto a sus hijos como a su progenitor como beneficiarios¹⁶, agregando una nueva variable a la liquidación de la prestación.

¹² 05Reforma de la demanda página 48

¹³ 05Reforma de la demanda páginas 44 a 49 y Carpeta 26ContestaColpensiones, Subcarpeta CC—31849836, archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1946-20210316122217

¹⁴ 04ContestacionPorvenirS.A. páginas 144 a 159

¹⁵ 17ContestaReformaPorvenir página 50

¹⁶ 02EscritoDemanda página 52

vii. La activa no exteriorizó su voluntad de pertenecer al RPM antes del 17 de diciembre de 2019¹⁷, cuando tenía 60 años de edad y ya se encontraba inmersa en la prohibición de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, además de percibir durante más de dos años la mesada pensional.

viii. Accedió a la pensión de vejez en a la edad de 57 años, misma edad requerida en el RPM.

ix. Reclamó el pago de la prestación y estuvo de acuerdo con el monto de la misma, sin expresar antes de su reconocimiento la inconformidad con el RAIS¹⁸, lo cual es un indicativo de la conformidad de estar en un régimen y permite concluir la inexistencia de un perjuicio, ante la aquiescencia de la afiliada.

De lo anterior se concluye **i)** cada régimen pensional tiene un fundamento constitucional y se liquidan a partir de disposiciones legales y reglamentarias diferentes, por lo que la forma en que se liquida la pensión de vejez no es un indicativo del daño; **ii)** el valor de la pensión puede ser más benéfico en cualquiera de los regímenes según las circunstancias del afiliado previo a la consecución del status de pensionado, por ello concluir que la mera diferencia en el valor de la prestación configura un daño, es equivalente a indicar que en cualquiera de los dos regímenes pensionales se puede causar el mismo a partir del cálculo desfavorable a los intereses del pensionado.

Conforme a lo expuesto no se encontró demostrado el daño, elemento fundamental y necesario para demostrar la responsabilidad. Bajo ese horizonte conviene recordar a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, quien expresó en sentencia de 4 de abril de 1968: *"...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 unto 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"*-

En los términos expuestos se **REVOCARÁ** la sentencia recurrida.

¹⁷ 02EscritoDemanda páginas 99 y 100

¹⁸ 02EscritoDemanda páginas 52 a 58

4. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se condenará en costas de las dos instancias a la parte demandante. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de un (1) SMMLV, distribuidas a prorrata.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia objeto de apelación, en el sentido de **ABSOLVER** a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. de todas las pretensiones incoada en la demanda por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia al demandante y en favor de las demandadas. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, distribuido a prorrata.

TERCERO: Notifíquese esta decisión por edicto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos judiciales

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Valle
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
Salvo Voto

Firma digitalizada para
Actos judiciales

Cali-Valle
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Magistrado Ponente

Fabio Hernán Bastidas Villota

Se considera conforme a la providencia que la reclamante en efecto tiene derecho a la pensión anhelada, el desacuerdo consiste en apurar el beneficio pensional solo con la novedad de retiro, pues la obligación de cotizar cesa al momento de reunir el afiliado los requisitos para reclamar y gozar de la pensión, punto en el que también la jurisprudencia ha evolucionado aceptando inferencialmente la exigida novedad de retiro: - *“La pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990 se causa a partir del cumplimiento de la edad y las semanas exigidas en la norma, pero su disfrute requiere por regla general la desafiliación formal del sistema, o en situaciones excepcionales de las que se puede inferir la voluntad del afiliado de no continuar vinculado a éste, tales como dejar de cotizar y solicitar el reconocimiento de la prestación o de la indemnización sustitutiva.”* (SL2061-2021)

En este evento con la apelación se advierte el deseo del jubileo, por lo que a mi juicio se debió reconocer desde esa fecha la pensión junto con las mesadas correspondientes, operación que en nada desfinancia el sistema financiero pensional toda vez que por ello se ordenó el traslado de todos los haberes permisivos para reconocer el derecho.

El magistrado

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA