

TEMA: TRASLADO PENSIONAL / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS - Es carga del demandante demostrar cual fue el daño ocasionado y que pretende le sea indemnizado, puesto que, la sola afirmación de poderlo sufrir, incluso proceder a cuantificarlo en su demanda no es prueba de su existencia, sin que por lo demás este sea presumible. /

HECHOS: Pretende el demandante se condene a Protección S.A., a reconocer y pagarle una prestación periódica a modo de sanción equivalente a la mesada pensional que recibiría si hubiese permanecido en el Régimen de Prima Media, hasta que Colpensiones asuma el pasivo pensional; sin embargo, el juez de instancia absolvió a la pasiva de todas las pretensiones formuladas en su contra, toda vez que no fue demostrado el daño sufrido para que proceda la indemnización de perjuicios. Siendo desfavorable la decisión, el extremo activo solicita se revoque el fallo recurrido toda vez que con el escrito de la demanda se aportó un dictamen pericial que contenía un estudio actuarial y paralelo pensional entre el RPM y el RAIS, demostrando las diferencias entre las mesadas que se hubiesen recibido en los dos regímenes, probándose el perjuicio económico sufrido por la actora por las omisiones de Protección S.A. Esta Sala procede a analizar la existencia o no de una responsabilidad indemnizatoria por los eventuales perjuicios generados a la demandante con ocasión del traslado de régimen pensional, el cual podría significarle hipotéticamente la pérdida del retroactivo, y es este, se reitera, el aspecto único en el cual se basa la petición reparatoria por parte de la demandante. Por lo tanto, se deben estudiar los elementos configurativos de la responsabilidad civil, los cuales son: el hecho, el daño, la culpa y el nexo causal.

TESIS: (...) El daño ha sido entendido como una alteración negativa de un derecho jurídicamente protegido. Doctrina y jurisprudencia coinciden en que el daño como tal, debe reunir determinadas condiciones para que sea resarcible, entre ellas y para lo que interesa a este caso, es que debe ser CIERTO, vale decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente, o que no se limite a una mera conjetura, probabilidad, hipótesis o eventualidad. Esto es, el daño no efectivo, de producción incierta o impredecible, no es indemnizable. (...) La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de diciembre de 2008, dentro del expediente 88001-3103-002-2005-00031-01, manifestó que: «... el daño es uno de los elementos estructurales de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, su plena demostración recae en quien demanda, salvo las excepciones legal o convencionalmente establecidas, lo que traduce que, por regla general, el actor en asuntos de tal linaje, está obligado a acreditarlo, cualquiera sea su modalidad, de donde, en el supuesto señalado, era -y es- imperioso probar que el establecimiento producía utilidades, o estaba diseñado para producirlas en un determinado lapso de tiempo, sin que este último caso, pueda confundirse con el daño meramente eventual o hipotético, que desde ningún punto de vista es admisible.» (...) Encuentra esta Sala que no se demuestra la existencia del daño y como quiera que este elemento es básico en la responsabilidad civil, infructuoso resulta determinar la conducta subjetiva de la persona a que se atribuye o el establecimiento de una conexidad entre el mismo y el hecho.(...) Es importante advertir, que si bien esta Sala entiende la prevención que desea realizar la parte actora, no se puede pasar por alto que debe existir un verdadero daño, y no tan solo una posibilidad, pues cabe recordar que a la demandante le salió exitosa la demanda de “ineficacia de traslado” y, por tanto, cuenta con la posibilidad de que COLPENSIONES le reconozca administrativamente el retroactivo pensional, y si no fuere el caso, podrá acudir nuevamente a la justicia ordinaria para reclamar, bien contra el Fondo de pensiones el daño que cree que se le hubiere generado pero ya

con carácter de certeza, o bien, ante la propia Colpensiones, el retroactivo mismo con sus consecuencias también reparatorias.

M.P. JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

FECHA: 19/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, diecinueve (19) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Demandante: AMANDA GARCÍA ABRIL
Demandados: AFP PROTECCIÓN S.A.
Radicado: 05001 31 05 011 2022 00143 01
Sentencia: S-079

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

En la fecha indicada, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ quien obra en este acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a resolver el **recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante**, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín el día 21 de septiembre de 2023.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

PRETENSIONES

AMANDA GARCÍA ABRIL demando a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., pretendiendo que sea CONDENADA a reconocer y pagarle una prestación periódica a modo de

sanción equivalente a la mesada pensional que recibiría si hubiese permanecido en el Régimen de Prima Media, desde agosto de 2017 y hasta que COLPENSIONES asuma el pasivo pensional. Pide, en consecuencia, se le pague la suma de \$101.026.598 hasta octubre de 2021, y las costas del proceso.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 27 de febrero de 1959, que cuenta con más 1.962 semanas cotizadas pues empezó a efectuar cotizaciones desde febrero de 1979 en el Régimen de Prima Media; que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 763 semanas de cotización y con 34 años de edad. Indica que en octubre de 1994 fue abordada por un asesor de PROTECCIÓN S.A. llamado ALVARO NIÑO, el cual le brindó información errada con el fin de que se trasladara de régimen pensional; que nunca se le informó la forma de calcular la pensión en el RAIS, tampoco la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al igual que no le realizó una proyección pensional al cumplir la edad de prohibición de traslado. Aduce que el 27 de febrero de 2016 cumplió con los requisitos que exige la ley para pensionarse en el RPM y que realizó su último aporte en julio de 2017 a PROTECCIÓN S.A. en razón a que fue despedida de su trabajo.

Manifiesta que demandó la nulidad del traslado al RAIS, pero no ha podido disfrutar de su pensión. Que PROTECCIÓN S.A. debe reconocer la pensión en los términos del RPM hasta que se resuelva el pleito pendiente por nulidad de traslado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, PROTECCIÓN S.A. acepta la fecha de nacimiento de la actora, las 1.962 semanas cotizadas, la suscripción del formulario de afiliación, la última cotización de la actora ante el fondo y la

presentación de la demanda solicitando la nulidad del traslado. No obstante, niega las afirmaciones que tienen que ver con la falta de adecuada asesoría del Fondo para con la demandante. Advierte que ésta ha iniciado las acciones laborales alegando ineficacias de afiliación, a pesar de que ya se reconocieron las peticiones, por lo que niega la posibilidad de reconocer una mesada pensional como en el RPM. Se opone a todas y cada una de las pretensiones. Como excepciones de mérito propuso inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, cumplimiento de las obligaciones en cabeza de PROTECCIÓN S.A., culpa del demandante, la declaratoria de ineficacia de traslado de un afiliado que no tiene el status de pensionado desvirtúa perjuicios y falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 21 de septiembre de 2023, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín **ABSOLVIÓ** a PROTECCIÓN S.A. de todas las pretensiones formuladas en su contra por el demandante, toda vez que no fue demostrado el daño sufrido para que proceda la indemnización de perjuicios; y **CONDENÓ** en costas a la parte actora.

DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Interpuesto por el apoderado de la parte DEMANDANTE, solicita se revoque la anterior decisión considerando que con la demanda se aportó un dictamen pericial, en el cual se realizaron dos cálculos: uno sobre lo que recibiría en el RPM y lo que recibiría en el RAIS, por lo que solo debe tenerse en cuenta lo que recibiría la demandante en el RAIS, toda vez que lo que se evalúa no es la diferencia entre los dos, sino cuánto habría dejado de recibir desde agosto de 2017, valor que se encuentra cuantificado al tomar los últimos 10 años y trayéndolos a valor presente, aplicando la fórmula de la Ley 797 de 2003.

Señala que la demandante hoy en día debería estar pensionada, pero no lo está por factores imputables a PROTECCIÓN, indicando, además, que este proceso se inició debido a que en la ciudad de Bogotá no se encuentra una sentencia que conceda retroactivamente las mesadas que dejó de percibir la demandante, y si fuera el caso, PROTECCIÓN S.A. hubiera presentado el recurso de casación, perjudicándola aún más, pues debió pensionarse desde el año 2017.

Manifiesta que la teoría acogida por la Corte Suprema de Justicia sobre la ineficacia del traslado cuando la persona solicita una indemnización de perjuicios, viene desde el año 2021, razón por la cual, de forma posterior se radicó esta demanda para solicitar estos derechos y que no se vayan a perder, ya que este tipo de procesos tienen un ánimo de prevención a fin de que no se pierdan mesadas dejadas de percibir desde el año 2017 y que a la fecha no está recibiendo, en razón a que se encuentra activa en Colpensiones desde agosto de 2023, al tener una sentencia ejecutoriada desde febrero del mismo año.

Que con posterioridad a su afiliación a COLPENSIONES, se solicitó la pensión ante esta entidad y su respuesta fue que no estaba en el RPM pues no se habían trasladado los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante a este régimen, por lo que se equivoca el juez al indicar que previamente podía solicitar la pensión a COLPENSIONES, teniendo en cuenta que en los casos de las ineficacias del traslado, hasta que la persona no esté en COLPENSIONES, está en un limbo jurídico, y además, no solo por la activación de los afiliados a COLPENSIONES, sino de los fondos de devolver las semanas de cotizaciones y validarlas dentro de la historia laboral de los afiliados, es decir, retrasando mucho más este tipo de procesos, por lo que es desproporcional someter a la demandante a que pierda todas sus mesadas por la desinformación de PROTECCIÓN S.A.; y que en el caso tal de que se reconozcan por parte de COLPENSIONES dichas mesadas, que se deje en la sentencia la orden de reintegrar tales dineros.

En consecuencia, solicita que se concedan las pretensiones de la demanda con el fin de que no se le sigan generando perjuicios a la actora al pertenecer a un régimen al que no debió pertenecer, pues se probó que hubo desinformación y por esto se está causando un perjuicio, acreditado con el dictamen aportado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia, una vez surtido el respectivo traslado, la **PARTE DEMANDANTE** solicita se revoque el fallo recurrido toda vez que con el escrito de la demanda se aportó un dictamen pericial que contenía un estudio actuarial y paralelo pensional entre el RPM y el RAIS, demostrando las diferencias entre las mesadas que se hubiesen recibido en los dos regímenes, probándose el perjuicio económico sufrido por la actora por las omisiones de PROTECCIÓN S.A. Que lo pretendido apunta a reducir el perjuicio sufrido por la demandante, estimándolos en una suma que asciende a \$101'026.598 por concepto de retroactivo pensional desde agosto de 2017 hasta septiembre de 2021, ya que esta sería la suma que la actora hubiese recibido con el valor de las mesadas estando en el RPM.

CONSIDERACIONES:

En el presente asunto, está claro que la demandante tramitó con antelación, un proceso laboral de ineficacia de traslado, radicado al número 11001-31-05-036-2018-00701-00 del Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, en el cual salió avante su pretensión, es decir, declarándose la ineficacia del traslado al RAIS según sentencia del 25 de julio de 2022, decisión que fue confirmada en segunda instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, como se puede observar en la prueba allegada en el PDF "*10PruebaAportada*".

Habida cuenta que, según sostiene, al momento de la presentación de la demanda aún no se le había reconocido efectivamente la pensión de

vejez por parte de COLPENSIONES, pretende anticiparse a la eventualidad de que la entidad, al tiempo de resolver la prestación, niegue el retroactivo al que considera tiene derecho, y de allí que oriente la presente acción en contra del Fondo privado PROTECCIÓN S.A, para que le resarza los eventuales perjuicios, materializados en el monto del retroactivo calculado entre agosto de 2017 y diciembre del año 2021.

Luego, lo que procede analizar es la existencia o no de una responsabilidad indemnizatoria por los eventuales perjuicios generados a la demandante con ocasión del traslado de régimen pensional, el cual podría significarle hipotéticamente la pérdida del retroactivo, y es este, se reitera, el aspecto único en el cual se basa la petición reparatoria por parte de la demandante. Por lo tanto, para esta Sala se deben estudiar los elementos configurativos de la responsabilidad civil, los cuales son: el hecho, el daño, la culpa y el nexo causal.

En primer lugar, se examinará la existencia del **daño**, pues, de este no existir, no habría razón para examinar los siguientes requisitos que permitan estructurar la responsabilidad civil; daño que debe ser cierto, determinado o al menos cuantificable, y que se configuraría en este caso, según las pretensiones de la demandante, en la posibilidad de no recibir el retroactivo pensional por parte de COLPENSIONES.

El daño ha sido entendido como una alteración negativa de un derecho jurídicamente protegido. Doctrina y jurisprudencia coinciden en que el daño como tal, debe reunir determinadas condiciones para que sea resarcible, entre ellas y para lo que interesa a este caso, es que debe ser **CIERTO**, vale decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente, o que no se limite a una mera conjetura, probabilidad, hipótesis o eventualidad. Esto es, el daño no efectivo, de producción incierta o impredecible, no es indemnizable.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de diciembre de 2008, dentro del expediente 88001-3103-002-2005-00031-01, manifestó que:

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

Encuentra esta Sala que no se demuestra la existencia del daño y como quiera que este elemento es básico en la responsabilidad civil, infructuoso resulta determinar la conducta subjetiva de la persona a que se atribuye o el establecimiento de una conexidad entre el mismo y el hecho.

Es importante advertir, que si bien esta Sala entiende la prevención que desea realizar la parte actora, no se puede pasar por alto que debe existir un verdadero daño, y no tan solo una posibilidad, pues cabe recordar que a la demandante le salió exitosa la demanda de "ineficacia de traslado" y, por tanto, cuenta con la posibilidad de que COLPENSIONES le reconozca administrativamente el retroactivo pensional, y si no fuere el caso, podrá acudir nuevamente a la justicia ordinaria para reclamar, bien contra el Fondo de pensiones el daño que cree que se le hubiere generado pero ya con carácter de certeza, o bien, ante la propia Colpensiones, el retroactivo mismo con sus consecuencias también reparatorias.

Así pues, resulta claro que es carga del demandante demostrar cual fue el daño ocasionado y que pretende le sea indemnizado, puesto que, la

sola afirmación de poderlo sufrir, incluso proceder a cuantificarlo en su demandada no es prueba de su existencia, sin que por lo demás este sea presumible, siendo redundante la Sala en señalar que no existe prueba cierta de su causación, lo cual desconfigura cualquier generación de perjuicios aquí alegada.

Consecuentes con lo dicho, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante por haber sido vencida en el recurso, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1'300.000.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín el día 21 de septiembre de 2023.

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

Notifíquese por EDICTO.

Firmado Por:

John Jairo Acosta Perez

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **d1fa7c96b2feddbceecb0efa15d2726289d96c7c79fde5b413cfce81c4bc4d7b**

Documento generado en 19/04/2024 02:45:31 PM

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