



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL.

Medellín, veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: SOL BEATRIZ ÁLVAREZ PELAEZ
DEMANDADOS: COLFONDOSS.A, PROTECCION S.A,
COLPENSIONES Y MINISTERIO DE
HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO.
TIPO DE PROCESO: ORDINARIO.
DECISIÓN: CONFIRMA.

En la fecha, **EI TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, conformada por los Magistrados, Nancy Gutiérrez Salazar, Carlos Alberto Lebrún Morales y María Eugenia Gómez Velásquez, procede a resolver el Recurso de apelación interpuesto por la Demandante, en el Proceso Ordinario Laboral adelantado por la Señora **SOL BEATRIZ ÁLVAREZ PELAEZ**, en contra de **COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A, COLPENSIONES Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO**.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 74 y 75 del Código General del Proceso, en los términos del Poder obrante a folios 43 a 62 del expediente; y en consideración a que en carpeta de segunda instancia, folio 06, se aprecia que el abogado principal de COLPENSIONES sustituye el Poder a él conferido en la doctora LEIDY VERONICA GONZALEZ LOPEZ, con Tarjeta Profesional 196444 del C.S. de la J, se reconoce personería a esta última para actuar en los términos de la referida sustitución.

DEMANDANTE: Solicita sea revocada la sentencia de instancia, y en consecuencia se acojan los pedimentos de la demanda, especialmente lo referente a la indemnización de perjuicios entendida como REINTEGRACIÓN POR UN DERECHO EQUIVALENTE AL DERECHO A LA PENSION, por cuanto se configuran los presupuestos de hecho, normativos y jurisprudenciales para la prosperidad de la misma, lo que además tiene como consecuencia la imposición de condena en Costas a la entidad demandada. Alega que las AFP le vulneraron el derecho a la libre elección de régimen pensional, generando la ineficacia de su filiación a este último, y con ello, la posibilidad de resarcimiento del daño causado, que resulta ser el equivalente en los términos que le hubiese sido otorgada la prestación en el RPMPD, con carácter vitalicio y transferible a sus beneficiarios, lo cual, verdaderamente restituye y maximiza la protección constitucional.

COLFONDOS S.A: solicita se confirme el fallo de instancia, dado que la actora cuenta con el estatus de pensionada, y lo contrario implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la pensión. Que como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el estatus de pensionado.

COLPENSIONES: solicita sea confirmada la sentencia de instancia, alegando que dada la fecha nacimiento de la demandante -06 de enero de 1960-, esta no podría cambiarse de régimen pensional, pues legalmente no le estaría permitido, por lo que resultaría efectivamente conducente para garantizar la sostenibilidad del Sistema y servicios administrativos y financieros adecuados, restringir la posibilidad de traslado en la modalidad de pensión de renta vitalicia; que de no establecerse esta restricción, ninguna Aseguradora aceptaría asumir los costos si la continuidad de la relación con el beneficiario quedara sometida a su mera voluntad. Y es por ello que no puede declararse la ineficacia ni la nulidad de la afiliación de la actora.

La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por la Ponente, el cual se traduce en la siguiente decisión:

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

ANTECEDENTES:

PRETENSIONES:

Declarar la nulidad y/o Ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS; y consecuentemente, se condene a PROTECCION S.A. a trasladar a Colpensiones el total de los aportes de la primera, junto con sus rendimientos financieros; a COLFONDOS S.A al pago de la indemnización por perjuicios ocasionados; y a que COLPENSIONES le reconozca y pague pensión de vejez, así como la reliquidación en el pago de la mesada pensional conforme el artículo 21 de la ley 100 de 1993 teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, el reajuste en el monto porcentual aplicable, sumas generadas por concepto de reajuste en el monto porcentual y reliquidación del IBL de forma retroactiva.

HECHOS:

- Que nació el 06 de enero de 1960, estando afiliada al ISS desde el 29 de abril de 1983, trasladándose al RAIS y concretamente a COLFONDOS S.A. en diciembre de 1996, pues sus asesores le informaron que el ISS se iba acabar y que nadie respondería, sin informarle los factores que en el RAIS influyen en la liquidación

de la pensión de vejez, tales como, expectativa de vida propia y de los beneficiarios. Y que en agosto de 2000 se trasladó a PROTECCIÓN SA. motivada nuevamente por engaños y falsa información.

- Que cotizó toda su vida 1516 semanas, cumpliendo con la edad mínima el 6 de enero de 2017, y que por ello reúne los requisitos del Art. 33 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiaria de la pensión de vejez.

- Que recibió pensión de vejez en la modalidad de retiro programado por parte de PROTECCION S.A en cuantía de \$2.116.254 a partir del 04 de septiembre de 2014, cuando de continuar en el RPMPD la mesada sería de \$6.521.370.

- Que dicho engaño ha sumido a la actora en un estado de preocupación y desazón de cara a la diferencia pensional, traducándose en un evidente perjuicio moral.

DEMANDA DE RECONVENCIÓN (PROTECCIÓN S.A.)

PRETENSIONES:

- Que se declare que a la demandante se le reconoció la pensión de vejez a partir del 04 de septiembre de 2014; pero que en caso de declararse la ineficacia y/o nulidad del traslado, se condene a la misma a reintegrar a este Fondo los valores que ella ha recibido de la AFP por concepto de mesadas pensionales desde la fecha de causación, y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia; así como el valor que le fue pagado por concepto de retroactivo pensional, todo debidamente Indexado.

HECHOS:

- Que solicitó la pensión de vejez con retiro programado sin negociación del bono pensional el 04 de septiembre de 2014, reconociéndosele la misma a partir del 04 de septiembre de 2014, la cual se le está pagando.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

DECLARO probada la Excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN formulada por COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A, y COLPENSIONES. Y ABSOLVIO a las demandadas de las pretensiones de la demanda; no accedió a la pretensión relacionada con la indemnización de perjuicios dirigida en contra de COLFONDOS S.A y Condenó en Costas procesales al Demandante y a favor de las demandadas.

Dijo la a-quo que se evidencia que Protección S.A. brindó a la actora una reasesoría al momento en el que solicitó la pensión de vejez, informándole claramente cuál sería el

monto de la pensión de vejez en el RAISA, así como las modalidades de pensiones, y que a pesar de ello, la misma realizó de forma voluntaria los trámites para acceder a dicha pensión, como dan cuenta los documentos anexos en el expediente, y que así mismo lo manifestó en el interrogatorio de parte que absolvió en el Proceso. Que a ella se le hizo la devolución de una suma considerable de dinero que no fue tomada en cuenta en el capital total del cálculo de la mesada pensional en el año 2014. De otro lado, que en todo caso, la calidad de pensionada de la actora es un hecho consumado desde hace más de 6 años, una situación jurídica consolidada, un estatus jurídico que no es razonable revertir, ya que ello daría lugar a las disfuncionalidades que afectarían a múltiples pensiones, personas, entidades, actos e intereses de terceros, generando con ello un efecto financiero desfavorable en el Sistema Público de pensiones. Que tampoco es procedente acceder a la pretensión encaminada a reconocer indemnización de perjuicios por parte de Colfondos S.A. por no existir prueba de haberse causado; y que además no se acreditó el daño ni el nexo causal con respecto a ninguna AFP.

APELACION.

DEMANDANTE: solicita sea revocada la sentencia de instancia, ya que ha quedado demostrado que a la misma no se le brindó la debida información al momento de la afiliación inicial, afectándose su libre escogencia; y que aunque el A-quo dijo que Protección S.A. la reasesoró al momento en que ella solicitó la pensión de vejez, lo cierto es que con ese criterio se estaría contraviniendo lo dispuesto en los Decretos 656,663 y 720 de 1994, los cuales con claridad señalan que la afiliación inicial tuvo que ser precedida de una comprensión y un consentimiento informado en relación con las características de un régimen u otro, como también sus ventajas y desventajas; lo que también ha sido dicho por la C. S. de J. en el sentido de que incluso en los casos donde se ha dado una reasesoría, no es posible convalidar una afiliación ineficaz, y que aquí se probó que el Fondo privado de pensiones no le brindó la suficiente información, por lo que el consentimiento de la atora no fue informado.

De otro lado, y concretamente respecto de la indemnización de perjuicios, dice que la C. S. de Justicia en la SL 373 del 2021 señala que “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”. Y continuó:

“Lo anterior se traduce para el caso en concreto que al ser desconocidos los art 271 y 272 y demás normas aquí citadas por falta de información en el traslado de régimen pensional y al ser afectado

el derecho fundamental a la pensión de vejez, corresponde la reintegración del derecho es decir reconocer la pensión en los términos del RPMPD condenando a colfondos al pago de la pensión en forma completa sin indagar sobre la responsabilidad civil, culpa, daño y relación de causalidad, el derecho afectado con el daño de la falta de información en una pensión de vejez que va ligado al derecho fundamental a la seguridad social al ser un derecho de tracto sucesivo y transferible a sus beneficiarios al momento de su muerte por lo tanto la reparación debe darse en los mismos términos característicos del derecho afectado, bajo lo anterior la reparación debe ser de tracto sucesivo es decir pagada bajo mensualidad vitalicia pues de no tener esa connotación no estamos frente a una verdadera reparación”.

Que en este caso, está probado que hubo un menoscabo de su derecho a la Seguridad Social, que proviene del engaño, y por consiguiente de su situación económica, por lo que el lucro cesante consolidado equivale a la pensión que le debe ser otorgada en el equivalente a lo que le hubiera correspondido en el RPMPD, con carácter vitalicio y transferible a sus beneficiarios; y que también existe un lucro cesante futuro que se materializa en las diferencias que reciba la actora o sus beneficiarios hacia el futuro.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

- **Competencia:** Art. 66 A del C.P. del T. y de la S.S. PRINCIPIO DE CONSONANCIA: “La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.”.
- **Objeto:** Determinar si en el caso a estudio, es o no procedente la declaración de Ineficacia del traslado de Régimen pensional efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pese a su calidad de pensionada en el mismo; y las consecuencias que de ello se derivan. Veamos:

No es objeto de discusión que la demandante se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, inicialmente al ISS hoy COLPENSIONES desde 29 de abril de 1983, según se infiere de la Historia Laboral obrante a fl. 58 del expediente digital; trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del Fondo privado de pensiones COLFONDOS S.A. en diciembre de 1996-folio 27-; y en agosto de 2000, a PROTECCIÓN S.A. -folio 35-.

Tampoco lo es, que esta última le reconoció a la actora Pensión de Vejez por retiro programado, a partir del 04 de septiembre de 2014, según se desprende de la “solicitud de prestación económica” –fl. 264-, de la comunicación suscrita por la Jefe de Prestaciones y por la Analista de Descentralización Previsional de Protección S.A. -fls. 90

a 92 -, de la constancia de pensionado del demandante –fl. 325 - y del reporte de pagos de folios 326 a 328 del expediente.

Respecto al tema de la Ineficacia del traslado de Régimen pensional, es cierto que conforme a la línea jurisprudencial construida por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Cas. Laboral, vertida en Sentencias con Radicado 33.083 del 22 de noviembre de 2011, y 46.292 del 03 de septiembre de 2014, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y más recientemente en las SLs 1452 del 3 de abril de 2019 Rad 68852 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo y 1421 del 10 de abril de 2019, Radicado N.º 56174 M.P. Gerardo Botero Zuluaga, para los casos de **afiliados**, las Administradoras de Fondos de pensiones tienen el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculan a ellas, que surge desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación, por lo que el engaño en el que incurre la entidad, tiene su fuente en la falta al deber de información, tanto en lo que se afirma, como en lo que se omite informar sobre lo que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue, independientemente que para el momento del traslado de régimen pensional, una norma lo exija o no.

Sin embargo, frente al tema específico de la Ineficacia del traslado de Régimen de quien ostenta la calidad de **Pensionado** a cargo del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, La Sala Especializada Laboral de este Tribunal, mediante Sentencia del 14 de agosto de 2019, unificó el criterio, argumentando expresamente lo siguiente:

“Este universo fáctico descrito por la Corte no incluye a los pensionados, pues aunque una de las sentencias fundadoras de esta línea trató de un pensionado que se trasladó a PORVENIR, se trata de un caso disanalógico, no inscrito en el precedente, por cuanto se trataba de una persona expresamente excluida del régimen de ahorro individual, al tener más de 55 años a la entrada en vigencia del sistema de seguridad social integral, estando inmerso en el contenido del ordinal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993.

El proceso que nos convoca es precisamente el de un pensionado y ante la realidad irrefutable de que los casos de ineficacia avasallan los despachos judiciales, proyectándose en el entorno social y económico del país, resulta menester para la judicatura recordar que los jueces no operamos en laboratorios cerrados al mundo, buscando la perfección del silogismo normativo, sino que, por el contrario, modificamos con cada providencia una realidad...

Nada nos impide, pues todos los jueces al fin de cuentas somos jueces constitucionales, situarnos en esa perspectiva y entender con MacCormick que ante dos soluciones igualmente “consistentes y coherentes”, se opte por la que menos impacto negativo genere en el sistema. Y resulta una verdad incontestable que una declaratoria masiva de ineficacias de la afiliación de pensionados en el régimen de ahorro individual y el correspondiente traslado a COLPENSIONES, generaría una suerte de tsunami financiero (e incluso administrativo) sobre todo el sistema pensional, sobre el Estado mismo, garante final de su subsistencia, y sobre cada colombiano.

Es plausible que la diferenciación de las calidades de afiliado y pensionado a partir de los argumentos que se han expuesto y de toda la legislación que claramente los diferencia, verbi gratia, los artículos 13, literales b), e) y d), 87, 115 y 117 de la Ley 100 de 1993, permitan apartarse del precedente de la Sala Laboral de la Corte sobre ineficacia de la afiliación, entendiendo que se está ante universo fáctico diverso cuando se trata de ciudadanos que ya se han pensionado.

Por último, ha de reiterarse por esta Sala que sostener la tesis de la ineficacia de la afiliación para pensionados del régimen de ahorro individual es un camino que puede conducir a situaciones del todo insostenibles, por cuanto la consolidación de ese nuevo estatus supone en muchos casos la participación de terceros de buena fe, como cuando se ha optado por pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia y se ha contratado con una aseguradora su pago. Las palabras de la Corte Constitucional, en la mentada sentencia C-841 de 2003, acuden con autoridad para esclarecer ese reductio ad absurdum...

Valga también mencionar además las situaciones de quienes se han pensionado anticipadamente y han negociado su bono pensional antes de la fecha de redención normal. Ese tercero inversionista que se ha beneficiado en el mercado de valores, mediante un negocio totalmente legítimo, querrá una respuesta cuando la justicia laboral disponga la anulación de esa transacción.

Estos serían solo dos ejemplos del impacto que en el mundo real tendría declarar la ineficacia de la afiliación de quienes ya se han pensionado en el régimen de ahorro individual. Impacto que responsablemente esta Sala quiere evitar, decidiendo mediante esta sentencia de unificación que no podrá declararse la ineficacia ni la nulidad de su afiliación...

Aunado a lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia L 373 del 10 de febrero de 2021, Radicado 84.475, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, tratándose de casos de Ineficacia de traslado de régimen pensional de una persona ya pensionada en el RAIS, sostuvo lo siguiente:

“...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 afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto...” (Subraya propia)”.

Dichas Sentencias tienen efectos vinculantes para todos los miembros de la Sala, debiéndose resolver de manera uniforme las situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, en aras de preservar el derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica de los usuarios del servicio de justicia, conforme lo expuso la Corte Constitucional en la SU 611 del 4 de octubre de 2017, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez, en la que sobre el carácter vinculante del precedente judicial, expresó:

“...[r]econocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado [...] redundaría en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad del precedente garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera...” (subraya fuera de texto).

8.9. Por tanto, la obligatoriedad de la jurisprudencia de las altas cortes es una exigencia orientada a que las decisiones judiciales estén guiadas por un parámetro de igualdad, lo que, a su vez, confiere seguridad jurídica a la aplicación del Derecho y permite que los usuarios de la administración de justicia puedan tener confianza legítima sobre las normas que regulan sus relaciones jurídicas...”.

Y el Consejo de Estado sobre el particular, en Sentencia Radicación N° 25000-23-42-000-2013-02235-01(2602-16) CE-SUJ2-016-19, sostuvo:

“131. En ese sentido, la función unificadora del Consejo de Estado otorga efectos relevantes y reconoce el carácter vinculante a la jurisprudencia de unificación dentro de la estructura normativa...

139. La Corte Constitucional en Sentencia C-816 de 2011, estableció con claridad que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura –autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones– y la Corte Constitucional –como guardiana de la Constitución–, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica contenidos en los artículos 13 y 83 de la Carta Política.(88) Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio...”.

Así las cosas, esta Sala de decisión acogiendo el referido criterio, procede a declarar improcedente la solicitud de Ineficacia de traslado de Régimen pensional de la demandante, al ostentar la calidad de pensionada del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, condición esta última que como quedó expuesto al inicio de estas consideraciones, se acreditó en el Proceso; demostrándose con la “condiciones para liquidar pensión de vejez” –fl. 264-, que una vez la demandante solicitó la pensión de vejez con retiro programado, se le dio a conocer el comparativo entre las diferentes modalidades pensionales existentes en el RAIS, esto es, el retiro programado, la renta vitalicia y las derivadas de estas. **CONFIRMA.**

Y en lo referente a la procedencia de la indemnización de perjuicios a los pensionados en el RAIS ante la no declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la aludida Corporación, en la ya referenciada Sentencia Laboral 373 de 2021, sostuvo:

“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...”.

Y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 397 del 22 de febrero de 2021, Radicación: 11001-31-03-036-2009-00278-01, con ponencia del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, sostuvo:

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

Este precepto adopta el Principio según el cual, quien vulnere o incumpla sus obligaciones de conducta contractuales o extracontractuales, impuestas en interés de otro o de varios sujetos de derecho, debe reparar el daño producido.

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

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

La Corte S. de J. Sala de Cas. Laboral en la Sentencia hito inicialmente referida, nada dijo respecto de la carga de la prueba en tal sentido, pues no era el caso que se estaba debatiendo allí, pero sí remitió a la fuente legal, esto es, a la norma, a la jurisprudencia y a los Principios en los que se fundamenta la responsabilidad civil, por lo que conforme a lo dicho, para que pueda existir una indemnización por responsabilidad civil contractual o extracontractual en cualquiera de sus modalidades, daño emergente, lucro cesante, perjuicios morales, fisiológicos o de vida en relación, se requiere de la prueba del hecho (incumplimiento atribuido al demandado), la culpa, el daño y el nexo causal entre el hecho culposo y el daño, la cual -conforme a lo dispuesto en el Art. 167 C.G.P.- se encuentra a cargo de quien pretende el pago de dicha indemnización, en este caso, del pensionado demandante y no del Fondo privado de pensiones aquí demandado, sin que tales elementos pueden ser presumidos.

Así las cosas, si bien el referido Órgano de cierre jurisprudencial dejó abierta la posibilidad de que el pensionado que considere que hubo un menoscabo en su derecho pensional por el incumplimiento del deber de información al momento del traslado de régimen por parte de la Administradora de Fondo de Pensiones del Régimen Privado, pueda obtener la indemnización integral de perjuicios a cargo de la misma; lo cierto es que el daño causado tiene que estar plenamente probado, lo cual en criterio de la Sala no ocurrió en el presente Proceso.

Y es que si bien la Parte actora dijo en el hecho octavo de la demanda (folio 2 anexo 03), que de haber continuado en el RPMPD eventualmente le hubiere podido corresponder una mesada pensional superior a la que le reconoció PROTECCIÓN S.A. en cuantía de \$2.116.254, considera la Sala que el daño no se puede deducir simplemente de que haya una diferencia en el valor de la mesada pensional del RAIS respecto de la que le hubiere podido corresponder en el RPMPD, pues hasta el momento del reconocimiento del derecho pensional por parte del Fondo privado de pensiones, pudieron converger diversas variables de índole económico sujetas a cambios con el paso del tiempo, como por ejemplo, los salarios devengados a lo largo de la vida laboral del afiliado, la existencia o no de beneficiarios al momento de la afiliación o la expectativa de vida probable del mismo, entre otras, las cuales necesariamente inciden en el valor de la pensión de vejez en el RAIS. Y tampoco se puede pasar por alto que en nuestra legislación existen 2 regímenes pensionales que coexisten pero son excluyentes entre sí -artículo 12, Ley 100 de 1993-, estableciéndose en cada uno de ellos la forma en la que se reconocen las prestaciones a sus afiliados, estando estos sujetos a obtener las prestaciones conforme a lo dispuesto en la referida ley en uno u otro régimen.

Así las cosas, no hay lugar a la pretendida indemnización de perjuicios. **CONFIRMA.**

Costas Procesales en esta Instancia, a cargo de la demandante por no haberle prosperado el Recurso interpuesto, y en favor de las demandadas. Las Agencias en Derecho se fijan en la suma de 1SMLV, distribuido por iguales partes entre ellas.

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

DECIDE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida por el **Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín** el 7 de marzo de 2022, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por la Señora **SOL BEATRIZ ÁLVAREZ PELAEZ** en contra de **COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A, COLPENSIONES Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO**, según las consideraciones de esta sentencia.


SEGUNDO: Costas Procesales en esta Instancia, a cargo de la demandante, y en favor de las demandadas. Las Agencias en Derecho se fijan en la suma de 1SMLV, distribuido por iguales partes entre ellas.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**.

Los Magistrados,



NANCY GUTIÉRREZ SALAZAR



CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ

SALVAMENTO DE VOTO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Rama Judicial del Poder Público



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Radicado : 05001 31 05 008 2019 00418 01
Demandante : SOL BEATRIZ ÁLVAREZ PELÁEZ
Demandados : COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-

Respetando el criterio tenido en cuenta por mis compañeros de Sala para revocar la condena por perjuicios morales impuesta en la Sentencia de Primera Instancia, **me aparto parcialmente de la decisión mayoritaria en esta Segunda Instancia, en lo referente a negar la indemnización de perjuicios**, por las siguientes razones:

Estamos en presencia de un asunto de pensionado por el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, quien pretende sea declarada la ineficacia de la afiliación al RAIS, por no información idónea al momento de la afiliación o traslado del régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES y el pago de perjuicios.

Al respecto, según la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre, esto es, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la Sentencia Laboral 373 del 10 de Febrero de 2021, Radicación N° 84475, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, se señaló claramente que cuando se solicita ineficacia de afiliación de pensionado (a), con el derecho consolidado, no procede la ineficacia –como en el caso que nos ocupa -, dejando la posibilidad de que: *“... 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 ...”.

Y tal como se dice en la providencia de esta Segunda Instancia, para que pueda existir una indemnización por perjuicios, se requiere:

1° La prueba del hecho: está demostrada la afiliación o traslado al RAIS, sin haberse demostrado por quien tenía la carga de la prueba, esto es el Fondo de Pensiones, que entregó la debida información al potencial afiliado, en el momento del traslado; información documentada; tal como lo exige la jurisprudencia de la Sala Labora de la H. Corte Suprema de Justicia.

2° La culpa o el dolo: está plenamente demostrada la culpa, en estos casos, con la ausencia de prueba de la debida información por parte del Fondo de Pensiones; pues se ha señalado que éstos tienen la obligación del “*buen consejo*” y no hacerlo, trae como consecuencia, si se trata de afiliado sin derecho consolidado a pensión, la ineficacia de la afiliación, y en el caso de pensionado, sin esa posibilidad, (por razones más prácticas e intervenciones o derechos de terceros de buena fe) a la indemnización de perjuicios.

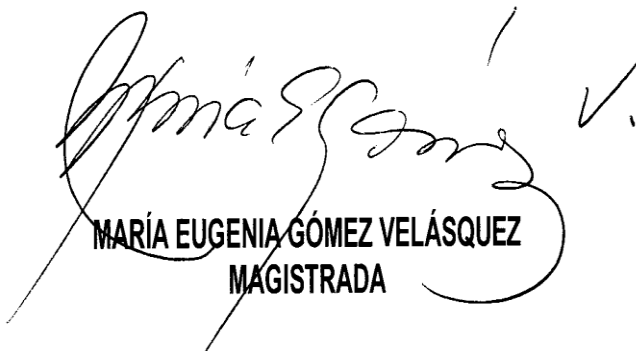
3° El daño: Sobre este aspecto, en la ponencia de la cual me aparto, se indica que “... el daño no se puede deducir simplemente de que haya una diferencia en el valor de la mesada pensional del RAIS respecto de la que le hubiere podido corresponder en el RPMPD, pues hasta el momento del reconocimiento del derecho pensional por parte del Fondo privado de pensiones, pudieron converger diversas variables de índole económico sujetas a cambios con el paso del tiempo, como por ejemplo, los salarios devengados a lo largo de la vida laboral del afiliado, la existencia o no de beneficiarios al momento de la afiliación o la expectativa de vida probable del mismo, entre otras, las cuales necesariamente inciden en el valor de la pensión de vejez en el RAIS...”. Contrario a lo anterior,

considera la suscrita que el daño se constata con la diferencia del valor percibido por mesadas pensionales en el RAIS, frente a las que pudo tener, de haber permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

4º El nexo causal entre el hecho y el daño, es evidente, porque el daño traducido en una pensión por vejez, muy inferior a la que debió tener estando en el régimen de prima media, se causa al no haber tenido la demandante la debida información sobre los dos regímenes a elegir, con proyecciones, ventajas y desventajas, de uno y otro régimen, estando su consentimiento para trasladarse de régimen debidamente informado.

Así las cosas, para la suscrita, están demostrados en el proceso todos los elementos a probar, para haber estudiado de fondo el tema de indemnización de perjuicios, según los lineamientos jurisprudenciales en estos casos, de ineficacia de afiliación para pensionado, contrario a lo concluido por mis compañeros de Sala.

Por las anteriores consideraciones, respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria y **salvo parcialmente el voto.**



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ
MAGISTRADA