

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Aprobado ACTA 287

Medellín, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

| | |
|----------------------------|--|
| PROCESO | Ordinario |
| DEMANDANTE | Luis Hernán Zuleta Sánchez |
| DEMANDADO(S) | Colpensiones Protección S.A. |
| LITISCONSORTE NECESARIO | Ministerio de Hacienda y Crédito Público |
| RADICADO | 05001-31-05-008-2022-00241-01 (P 28123) |
| DECISIÓN | Confirma |
| MAGISTRADA PONENTE | Carmen Helena Castaño Cardona |

En la fecha, el **Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral**, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en el proceso ordinario promovido por **LUIS HERNÁN ZULETA SÁNCHEZ contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.** con radicado **05001-31-05-008-2022-00241-01**

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita.

Auto. Reconocimiento de personería:

En los términos de la sustitución de poder conferido por el doctor DAVID ACOSTA BAENA, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar a la Dra. SARA MARÍA VALLEJO GARCÉS, identificada con cédula de ciudadanía 1.152.206.873 y portadora de la tarjeta profesional 358.434 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de PROTECCIÓN S.A. hasta su culminación en el presente proceso judicial.

I. ANTECEDENTES:

Pretensiones:

El demandante solicita que se declare la violación de su derecho a la libre escogencia por parte de Protección S.A., y que se le ordene a esta entidad la tutela reintegradora de su derecho a la pensión de vejez, resarciéndolo in natura, esto es, en el equivalente a los términos que hubiese sido otorgada la prestación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), con carácter vitalicio y transferible a sus beneficiarios, así como los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación.

De manera subsidiaria, pretende que se declare que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) realizada por él con Protección S.A. es ineficaz, y que, como consecuencia, permanece afiliado sin solución de continuidad al RPMPD. También solicita que se ordene a Protección S.A. a trasladar sus aportes al RAIS a Colpensiones, y que esta entidad reconozca y pague su pensión de vejez.

Hechos:

Como fundamento de sus pretensiones expuso que nació el 30 de mayo de 1958, cumpliendo 62 años de edad en el mismo día y mes del año 2020. Comenzó su vida laboral en el sector privado con Acerías de Antioquia el 1 de junio de 1977. En esa fecha, fue afiliado al RPMPD por intermedio del Instituto de Seguros Social, hoy subrogado en sus obligaciones por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. Permaneció afiliado al régimen público de pensiones hasta diciembre de 1994. A partir del 1 de enero de 1995, cuando laboraba como tornero para la empresa Marvida Ltda., efectuó un traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Relata que un asesor comercial de esta AFP lo abordó donde laboraba y lo afilió a dicha administradora privada de pensiones sin brindarle un análisis de su situación pensional, sin explicarle las modalidades pensionales ni la forma de obtenerlas, sin presentarle un comparativo de los regímenes, sin exponerle la oportunidad de ejercer el derecho de retracto y sin darle a conocer las desventajas del fondo privado en relación con su condición particular. El asesor comercial solo le explicó las ventajas del RAIS, indicándole que su pensión administrada en dicha entidad le permitiría gozar de una asignación prestacional más joven y muy superior a la que podría aspirar en el RPMPD, régimen sobre el cual hablaba negativamente. Agrega que solicitó y obtuvo la pensión de vejez bajo la modalidad de garantía de la pensión mínima, en cuantía de \$877.803 a partir del 1 de agosto de 2020, consolidando

así su estatus jurídico de pensionado del RAIS. Considera que, de haber recibido una información cierta, suficiente, clara y oportuna, no se hubiese trasladado de fondo de pensiones y hubiera podido obtener una pensión más alta en el RPMPD, con un IBL de \$1.639.285,53 y una tasa de reemplazo del 75.07%, lo que arrojaría una mesada pensional por valor de \$1.230.611.65 para el año 2020, además de que el incumplimiento al deber de información por parte de la administradora le ha generado una serie de perjuicios al derecho subjetivo fundamental a la pensión de vejez, que deben ser resarcidos in natura o mediante el pago de compensación de perjuicios

Contestaciones:

Colpensiones: se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en especial a la de reconocimiento de la pensión de vejez, al advertir que no existe vicio en el consentimiento que amerite la ineficacia del traslado de régimen pensional para el accionante. Propuso las siguientes excepciones de mérito: carga dinámica de la prueba – particularidades del caso, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, improcedencia de intereses moratorios, improcedencia de la indexación de las condenas, prescripción, devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados, buena fe de Colpensiones, improcedencia de condena en costas y compensación.

Protección S.A.: se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al señalar que la afiliación al RAIS fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Se suscribió un formulario de afiliación en forma libre y espontánea. Como excepciones de mérito formuló: proyección pensional efectuada por la parte actora no se corresponde con la realidad, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, culpa de la parte demandante, prescripción, compensación y pago, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, innominada o genérica.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público: Contestó de manera extemporánea.

Demanda de reconvención presentada por Protección S.A.:

Pretende Protección S.A. se declare que le reconoció la pensión de vejez al Zuleta Sánchez a solicitud suya y ha estado pagando la prestación desde octubre de 2020. En caso de que la pretensión formulada por el demandante prospere, se condene a este a reintegrar los valores que esta AFP le ha pagado por concepto de mesadas pensionales de vejez desde la fecha de causación, hasta la fecha de

ejecutoria de la sentencia. Además, que las sumas objeto de condena se paguen con la rentabilidad que este dinero habría producido de haber permanecido bajo la administración de Protección S.A. o en subsidio de manera indexada. Por último, solicitó la autorización para suspender el pago de la mesada pensional del señor Luis Hernán Zuleta Sánchez hasta tanto se resuelva el presente litigio con la respectiva nota de ejecutoria.

Sentencia de primera instancia:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín en sentencia del **12 de septiembre de 2023** absolvió a las demandadas de las suplicas incoadas en su contra, por no haberse demostrado los perjuicios reclamados. Las costas procesales se impusieron a cargo del demandante y en favor de las demandadas.

Con relación a la demanda de reconvención, se absolvió al señor Luis Hernán Zuleta Sánchez de las pretensiones formuladas en su contra.

Consulta:

Debido a que la decisión anterior no fue recurrida por las partes, se remitió el expediente a esta Sala para conocer del proceso en grado de consulta.

Alegatos:

Colpensiones: insistió en que esta AFP no participó en la afiliación y posterior reconocimiento pensional de la demandante a Protección S.A. Se opuso a que se profiriera alguna condena en su contra, por ser una entidad que ha actuado de buena fe.

Protección S.A.: Solicito que se confirme la sentencia absolutoria de primera instancia al advertir que el demandante se encuentra pensionado y la afiliación a este fondo se dio en debida forma.

II. CONSIDERACIONES:

Problema Jurídico

El problema jurídico para resolver en esta instancia de conformidad con el recurso de apelación interpuesto será: (i) Determinar si el señor **Luis Hernán**

Zuleta Sánchez tiene la condición de pensionado y en tal sentido no es posible declarar la ineficacia de su afiliación al RAIS y en caso de que no prospere esta solicitud, (ii) establecer si se cumplen los presupuestos para la indemnización de perjuicios a cargo de **Protección S.A.**

Pruebas relevantes

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

Copia de la reasesoría presentada por Protección S.A. al demandante, fechada 8 de abril de 2010 (03/Págs. 45 a 47)

Comunicación de Protección S.A. dirigida al demandante, informándole que se le reconoció la pensión de vejez en la modalidad de garantía de pensión mínima a partir del 1° de agosto de 2020 (03/Págs. 48)

El demandante suscribió formulario de afiliación a Protección S.A. el 19 de diciembre de 1994 (03/Págs. 51)

Historia laboral del actor proferida por Protección S.A. que da cuenta de 1656.57 semanas cotizadas, de las cuales 982.43 se realizaron en esta AFP y las restantes 674.14 a otros fondos (01/Págs. 52)

Historia laboral emitida por Colpensiones que da cuenta que el accionante se afilió al ISS el 1° de junio de 1977 y que acreditó 674.14 semanas de cotización (01/Págs. 75)

Efectuada la anterior anotación procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento.

i. Indemnización de perjuicios y sus elementos.

No existe duda alguna que el demandante goza de una pensión en la modalidad de garantía de pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual, reconocida en octubre de 2020 con efectos retroactivos desde agosto del mismo año.

Frente a los perjuicios, es necesario recordar que la obligación de indemnizar de los fondos de pensiones por el reconocimiento de una pensión surge de la premisa contenida en la sentencia SL373-2021, en la que la Corte Suprema de Justicia hizo mención del principio general del derecho según el cual “*todo aquel que causa un daño antijurídico está obligado a indemnizarlo*”, y en tal sentido trazó el lineamiento de que las personas pensionadas en el RAIS que consideren que sufrieron un perjuicio por parte de la AFP, tienen derecho a reclamarlo, para lo

cual deben acudir a la responsabilidad civil regulada en el artículo 2341 del Código Civil, lo que implica que deben probar los elementos estructurales de la misma.

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

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

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

a) En relación al daño

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

Pues bien, el daño que pretende el demandante le sea resarcido, es el reconocimiento del menor valor por parte del RAIS y el que le debió haber reconocido actualmente Colpensiones; por lo que Protección S.A. está en la obligación de indemnizarlo por los perjuicios materiales ocasionados, como es asumir el mayor valor o reajuste de la pensión de vejez, como lucro cesante.

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

demostrar una diferencia en este y un valor inferior de la mesada, es que se da la demostración del daño.

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

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

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

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

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

En el *presente caso*, para la fecha de traslado del actor, esto es, 19 de diciembre de 1994, no se podría predecir que le resultaría más favorable el valor de la pensión que obtendría en el régimen de prima media o el de ahorro individual,

teniendo en cuenta las variables ya enunciadas, tanto las económicas o financieras, como las decisiones personales de la afiliada; por tal razón, en cada proceso se debe demostrar si era claro o se podía prever al momento del traslado que dicho monto pensional futuro sería más beneficio en el RPM o en el RAIS, no solo desde lo que debió informar el fondo privado, sino de acuerdo con los presupuestos de ley y del mercado.

Asimismo, como puede verse en la jurisprudencia citada es carga del demandante demostrar cada uno de los elementos que componen la responsabilidad, aspecto que ha sido seguido por el precedente horizontal de este Tribunal en aquellos asuntos en los que el trabajador pretende el reconocimiento de perjuicios¹ desatacándose en este sentido el fallo del 15 de septiembre de 2022 proferido por la Sala Tercera de Decisión con ponencia de la Dra. Luz Amparo Gómez Aristizábal en el proceso promovido por **Mario Alberto Gómez Rojas** contra **Porvenir, S.A., Colpensiones y La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, rad. 05001310500120190009301, en la que, al referirse de forma concreta al daño, puntualizó:

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

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

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

Por su parte, esta Sala en fallo del pasado 14 de octubre de 2022 con ponencia del Dr. Hugo Alexander Bedoya Díaz, en el proceso promovido por la señora **Gloria Amparo Patiño Ospina** contra **Protección S.A. y La Nación –**

¹Sentencia 10 de diciembre de 2021. Sala Primera. MP Dr. MP Dr. Francisco Arango Torres. Rad. 05001310500220150127601.

Sentencia del 17 de marzo de 2022. Sala Primer. MP Dr. Francisco Arango Torres. Rad. 05001310500220180001401.

Sentencia del 27 de octubre de 2022. Sala Tercera. MP. Dra. Luz Amparo Gómez Aristizabal. Rad. 05001310500320200013201.

Sentencia 31 de octubre de 2022. Sala Cuarta. MP. Nancy Gutiérrez Salazar. Rad. 05001310500620170068701.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público, rad. 05001310502120210013001 se ocupó del estudio del daño, indicando que:

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

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

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

Ahora, vale la pena agregar que en la sentencia radicado 05001310502120210013001, previamente reseñada, esta Sala indicó que el daño bien puede estudiarse a través de la tipología de la pérdida de oportunidad, pero para ello resulta necesario que para al momento del traslado se presenten elementos que con algún grado de certeza permitan establecer que existía una eventual diferencia en el valor de la pensión, este criterio fue retomado en la sentencia del 30 de marzo de 2023 con ponencia del Dr. Hugo Alexander Bedoya Díaz proferida en el radicado 05001310500620180022901, que a la vez se apoyó en la sentencia del 24 de mayo de 2021, radicado 05001310500220150127601, con ponencia del también magistrado de esta Sala, doctor Francisco Arango Torres, en la que enlistó una serie de criterios a modo situaciones relevantes que deben ser tenidas en cuenta al momento del traslado, que por su importancia se transcriben:

1. La edad del trabajador al momento del traslado de régimen pensional. Esto porque no es el mismo caso de una persona que muy joven se trasladó de régimen pensional, sin ninguna expectativa cierta de alcanzar una pensión de vejez, que una persona que ya estaba cercana a obtener tal prestación por faltarle pocos años para alcanzar la

edad, teniendo ya un número significativo de semanas cotizadas o las mínimas requeridas para alcanzar la pensión en el RPM.

2. La densidad de tiempo de servicio o semanas cotizadas que se poseían al momento del traslado de régimen pensional. Esto porque del número de semanas cotizadas al momento del traslado, se puede determinar la mayor cercanía o lejanía a perder una expectativa de obtener una pensión en la forma ya definida en el RPM

3. El ingreso base de cotización (IBL) con el que cotizaba al momento del traslado de régimen pensional. Esto porque si una persona que su ingreso base de cotización (en adelante IBC) no era superior 1.5 salarios mínimos mensuales legales vigentes, al trasladarse del RPM al RAIS, no corre ningún riesgo de sufrir algún perjuicio, sino que solo obtiene los beneficios atrás enlistados, pues en todo caso la pensión de vejez no superará el salario mínimo mensuales legales, tanto en el RAIS como en el RPM.

4. La existencia o no al momento del traslado de régimen pensional, de beneficiarios que pudieran obtener una pensión de sobrevivientes. Esto porque permite establecer si quien se traslada del RPM al RAIS, finalmente, pudo obtener el beneficio, que, en caso de su fallecimiento, sin tener beneficiarios de pensión de sobrevivientes, sus ahorros pensionales hagan parte de la masa herencial, lo que a la vez permite saber el mayor o menor grado de perjuicio o beneficio que obtuvo con su traslado al RAIS.

5. La información que se le haya brindado o no al afiliado, según la norma legal vigente el momento del traslado de régimen pensional, sobre los beneficios y riesgos en cada uno de los dos regímenes pensionales. Esto porque los niveles de información a brindar a quien se trasladaba de régimen pensional fueron de menos a más exigentes, según estuviera vigente el decreto 663 de 1993 y el Decreto 720 de 1994; la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010; o Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015.

6. Si al momento del traslado del trabajador al RAIS, era o no beneficiario del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993. Esto porque permite establecer si quien se traslada del RPM al RAIS, obtenía mayor o menor grado de perjuicio o beneficio que de permanecer en el RPM.

7. Si el trabajador, supo o no que el monto de la pensión de vejez en el RAIS podría ser inferior al que obtendría en el RPM, o conoció el posible valor de dicha prestación en el RAIS. Esto porque si el trabajador supo que el monto de la pensión de vejez en el RAIS podría ser inferior al que obtendría en el RPM, no hay lugar a indemnización alguna de perjuicios por esta razón, pues fue un riesgo asumido voluntariamente por el trabajador. Igualmente, si el trabajador supo cuál era el monto que al menos probablemente percibiría en el RAIS no hay lugar a indemnización sino por el perjuicio de una pensión inferior a este monto probable, comparado con el que habría obtenido en el RPM.

8. Los actos de relacionamiento, que, si bien no tendrían ningún miramiento en el caso del traslado del afiliado del RPM al RAIS, para este caso, donde se debe demostrar por parte del demandante el hecho dañoso que causa perjuicios, la culpa de la AFP y el nexo de causalidad, si adquieren peso.

9. El pago anticipado de la pensión o la solicitud de excedentes de libre disposición, dado que estos actos voluntarios de las personas denotan aceptación de los beneficios del RAIS.

10. La posición asumida en la reasesoría, si de acuerdo a la misma se le indicó a la demandante que le convenía o no continuar en el RAIS y con base en ello determinar cuál fue la conducta de la afiliada.

Una vez valorados los anteriores aspectos, a juicio de la Sala se puede entrar a estimar lo relativo a si hubo un perjuicio con el menor monto de la pensión que

habría obtenido la trabajadora en el RPM de no haberse trasladado al RAIS, o al menos una **pérdida de oportunidad** de haber alcanzado un mayor monto de pensión de vejez en el RPM, debiéndose indemnizar.

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

1. **En lo que respecta a la edad del actor**, se observa que esta nació el 30 de mayo de 1958, cumpliendo los 62 años de edad el mismo día y mes de 2022. Estuvo afiliado al RPM desde 1° de junio de 1977, siendo su traslado al RAIS administrado por Protección S.A. para el 19 de diciembre de 1994, contando para dicha fecha de traslado con 36 años de edad, por lo que no tenía una expectativa cercana de alcanzar la edad para obtener el derecho a una pensión de vejez en el RPM. **Por lo tanto, la edad no significa un perjuicio.**
2. **La densidad de tiempo de servicio o semanas cotizadas que poseía el demandante al momento del traslado de régimen pensional.** Se tiene que, para la fecha de traslado de régimen, es decir, 19 de diciembre de 1994, el actor contaba con 674,14 semanas cotizadas al otrora ISS. En ese sentido, no contaba con el número mínimo de semanas requeridas para obtener la pensión de vejez en el RPM, faltándole 625,86 para llegar a las 1.300 semanas en toda la vida que exige el artículo 9 de la ley 797 de 2003, toda vez que no es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues para la entrada en vigencia de dicha norma no contaba con 40 años de edad o 15 años de servicios, por lo que en principio se puede decir que **no existía un perjuicio ante su traslado del RPM al RAIS.**
3. En lo relativo al **ingreso base de cotización (IBL) con el que cotizaba el actor al momento del traslado de régimen pensional.** Se observa en la historia laboral de la accionante que cotizaba para la fecha de traslado en 1994, con un IBC de \$180.000, salario superior al mínimo legal para la fecha de \$98.700, sin embargo, también se pueden observar salarios anteriores muy variables, que se aproximan al mínimo legal. Por tal razón, **en principio no habría un riesgo alto de sufrir un perjuicio al trasladarse del RPM al RAIS.**
4. En lo que refiere a **la existencia o no al momento del traslado de régimen pensional, de beneficiarios que pudieran obtener una pensión de sobrevivientes.** Conforme al formulario de afiliación del demandante al RAIS, contaba con beneficiarios, por ello su traslado al RAIS le representaba un beneficio en caso de su fallecimiento con relación a la

pensión de sobrevivientes, al igual que sucedería en el RPM. **Esta situación no da cuenta de la existencia de un perjuicio ante su traslado del RPM al RAIS.**

5. Respecto de **la información que se le haya brindado o no al actor, según la norma legal vigente el momento del traslado de régimen pensional**, para el año 1994 que se produjo el traslado del demandante estaban vigentes los Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994, los cuales en lo que respecta a la información a que estaban obligadas las AFP a brindar a sus usuarios, establecía lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

6. Si al momento del traslado del trabajador al RAIS el actor era o no beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Como se dijo anteriormente, el demandante no era beneficiario del

régimen de transición, pues al haber nacido el 30 de mayo de 1958 arribó a los 40 años de edad el mismo día y mes de 1998, esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993; asimismo, para tal momento no contaba con 15 años de servicios. De acuerdo a esto, se concluye que el hecho de no ser beneficiario del régimen de transición **no conlleva a un perjuicio al trasladarse del RPM al RAIS.**

7. Si el accionante supo o no que el monto de la pensión que podría obtener en el RAIS podría ser inferior al que obtendría en el RPM. En la primera asesoría, quedó demostrado de acuerdo a lo arriba argumentado, que era imposible de acuerdo a las características que tenía el accionante saber si le era mejor o no trasladarse de régimen; no obstante, con la simulación pensional realizada por Protección S.A. el 7 de abril de 2010 (03/pág. 46 y 47), tuvo oportunidad de saber que el valor de la pensión en el RAIS sería equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para la época, mientras que en el RPM sería de \$691.106, esto es, 1.34 veces el salario mínimo para tal anualidad. **Por lo que inicialmente no existiría un perjuicio de lo que recibiría si estuviera en el RPM, sino la diferencia de existir un monto inferior a dicha probabilidad.**

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

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

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

9. El pago anticipado de la pensión o la solicitud de excedentes de libre disposición. La pensión de vejez no fue reconocida de manera anticipada, ya que esta se concedió cuando el actor acreditó 57 años de edad y más de 1.150 semanas de cotización.

10. La posición asumida en la reasesoría. Protección S.A. le brindó al accionante una reasesoría el 8 de abril de 2010, fecha en que el demandante contaba con 51 años de edad. En esta se le informó que la pensión reconocida en el RAIS sería en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente, mientras que en RPM sería más elevada. Si bien se brindó esta información, el actor decidió continuar vinculado al fondo privado.

b) Con relación a la culpa

La pretensión principal es de naturaleza indemnizatoria y se basa en el incumplimiento de la AFP del deber de información a su cargo, que le habría generado al demandante el perjuicio de poder percibir una mesada pensional superior, sin embargo, debe aclarar la Sala que en el presente asunto no se mira el solo hecho de faltar la libertad informada (elemento de la esencia del contrato), como si se realiza en la ineficacia de afiliado, y donde la carga de la prueba corresponde a la AFP, toda vez que a partir de la sentencia SL373-2020 se entiende que al haber el usuario de la seguridad social aceptado y habersele reconocido la pensión, **existe un hecho consumado**, un statu quo que no da lugar a retrotraer las cosas a su estado original, por tal razón, la pretensión indemnizatoria por la responsabilidad que cabría a la AFP por no haber dado una información adecuada y suficiente, implica la prueba de elementos estructurales de la responsabilidad como lo es el daño, la culpa y el nexo de causalidad entre el daño y la culpa de la AFP, carga corresponde probar a la parte actora.

Así pues, **se debe analizar la responsabilidad subjetiva y no objetiva** o peligrosa, es decir, que no se puede presumir la culpa del fondo de pensiones, debiéndose probar no solo la existencia del daño que causa un perjuicio, sino además que la falla del fondo de no haber entregado la información veraz y exacta se mantuvo desde que se hizo la primera afiliación o el traslado del RPM al RAIS hasta que se reconoció la pensión. En otras palabras, se debe demostrar una conducta jurídica reprochable del fondo demandado, a título de culpa o dolo, que ha causado un perjuicio que afectó la prestación económica.

Pese a lo anterior, la normatividad arriba reseñada (Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994) obligan a las AFP a probar que, a través de una asesoría profesional, suministró al demandante la información necesaria, es decir, adecuada, oportuna y suficiente para que comprendiera la dinámica de uno y otro régimen pensional y pudiera de forma libre y consciente decidir, entre el RAIS y el RPM, y en

especial cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto pensional.

En ese mismo sentido la SL373-2021, la Corte Suprema señala: “...*en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.»*”

Así pues, recae en las AFP la carga de probar que suministraron esta información a los beneficios o eventuales perjuicios que obtendría en el RAIS frente al RPM, para eximirse de responsabilidad.

En el presente asunto la prueba aportada por la Protección S.A. se limitó a la respuesta a la demanda, en donde señaló que la demandante firmó el formulario de afiliación de forma libre, espontánea y sin presiones; por tal razón impuso su firma en la casilla de “*voluntad de afiliación*”; no obstante, en el transcurso del proceso no demostró dicha afirmación, pues si bien aportó el formulario de afiliación, esta prueba no da cuenta del contenido de la asesoría.

Entonces, en principio puede decirse que no se probó por parte de la AFP obligada por sus conocimientos profesionales que, en la asesoría inicial, le haya dado la información concreta y comprensible, faltando al deber legal de asesoría inicial.

Sin embargo, observa esta Sala conforme a la prueba anexada al plenario que el actor conocía que la mesada que podría obtener en el RAIS era inferior a la del RPM, aun así, decidió continuar en dicho régimen. Se destaca además que para el momento de la reasesoría brindada por la AFP al actor, este no se encontraba inmersa en la restricción de movilidad de que trata el artículo 2º de la ley 797 de 2003, debido a que le faltaban más de diez años para arribar a la edad de pensión.

Se concluye entonces que el señor **Zuleta Sánchez** asumió un riesgo voluntariamente, lo que se puede entender como un eximente de la **culpa** de la AFP, toda vez que aquel conocía que su mesada pensional sería inferior a la que le reconocería Colpensiones en el RPM. Tampoco se puede desconocer que no gozaba de la garantía del régimen de transición ni contaba con una expectativa de pensionarse en el RPM.

Con base en todo lo indicado, se **rompe el nexo de causalidad** entre el daño y la culpa, pues el posible hecho dañoso inicialmente causado por la AFP, el cual

no fue probado fehacientemente y que inicialmente fue culpa de Protección S.A., es subsanado por todos los actos realizados por la demandante con posterioridad, situación que es atribuible a este último, trayendo como consecuencia el reconocimiento y pago de la pensión en cuantía del salario mínimo.

En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

ii. Ineficacia de pensionado en el RAIS

Como pretensión subsidiaria solicitó el accionante la ineficacia del traslado de régimen pensional. Frente a ello, no puede pasar por alto la Sala el reconocimiento de la pensión de vejez antes mencionada; sin embargo, cabe advertir que este Tribunal, a través de la sentencia de unificación del 14 de agosto de 2019, dentro del proceso con radicado 05-001-31-05-007-2015-01295, expuso que no es procedente la ineficacia de traslado para pensionados, y que si bien, una de las sentencias fundadoras de esta línea fue de una persona pensionada en el régimen de ahorro individual², es un caso disímil, 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, además de que en la sentencia SL373 de 2021³, señaló que: “*la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado*”.

De igual manera este Tribunal, a través de su Sala Primera de Decisión Laboral, en sentencia del 18 de septiembre de 2018, con ponencia del Magistrado HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, quien hoy compone esta Sala de Decisión, realizó una distinción entre el momento de la afiliación y aquel en que se empieza a disfrutar la pensión, en la cual expuso que “*...una vez reconocida la pensión de vejez esa falta de información se entiende superada con la celebración del nuevo acto jurídico adelantado por la afiliada y que corresponde a la solicitud de la pensión de vejez a la sociedad PORVENIR S.A. y al reconocimiento y pago de la prestación económica, pues solo tenía la posibilidad de alegar la falta de información previo al disfrute de la prestación económica y no con posterioridad a ella...*”

La prestación económica de vejez del demandante se reconoció en el año 2020, cuando arribó a los 62 años de edad, siendo su voluntad de la gozar de la pensión a cargo del RAIS, lo que genera que, para el momento de proferirse la sentencia como decisión de fondo, su estatus sea de pensionado y no de afiliada.

² Sentencia 31.989 del 09 de septiembre de 2008.

³ Reiterada en la sentencia SL445 de 2022.

No puede pasarse por alto que las calidades de afiliada y pensionada ya han sido determinadas por la Corte Constitucional en sentencia C-841 del 23 de septiembre de 2003, la cual superó el test de proporcionalidad, en donde declaró exequible el artículo 107 de la ley 100 de 1993, que limitaba la posibilidad de los pensionados de trasladarse entre administradoras.

Explicando además la Corte en dicha sentencia que, lo que se busca es alcanzar 2 fines: “(i) *garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente de los recursos del régimen de pensiones de ahorro individual con solidaridad*; y (ii) *asegurar la estabilidad financiera y la rentabilidad de las inversiones de la entidad administradora o aseguradora.*”

Así mismo, expuso que “*Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado.*”

Es necesario señalar que la prohibición de traslado para quienes les faltaren menos de diez años para pensionarse, introducida en la Ley 100 en el artículo 13, y modificada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, también fue avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, con consideraciones que, si bien se referían a una norma posterior, reafirman la pertinencia de esas limitaciones a la movilidad entre regímenes.

Así pues, puede concluir un primer aspecto que, si el legislador previó períodos de carencia para el traslado entre regímenes precisamente para defender la sostenibilidad del sistema, con mayor razón cuando ya está en disfrute del derecho pensional.

Es ineludible recalcar que existen una gran diferencia entre las calidades de afiliada y pensionada en el ordenamiento jurídico, como lo son los artículos 13, literales b), e) y d), 87, 115 y 117 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 1º de la Ley 1748 de 2014, siendo avalada esta distinción por la Corte suprema de justicia en sentencia SL373-2021, en donde se analiza un evento de un pensionado anticipadamente, bajo la modalidad de retiro programado, en la cual no casó la sentencia por tratarse de una persona con estatus de pensionado desde el año 2008. En esta sentencia se expuso lo siguiente:

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

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado

(vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, ...

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, ...

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. (...)

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.” (Negrilla fuera del texto)

Por lo anterior, no hay duda alguna que el actor adquirió un nuevo estatus desde el año 2020, donde se le dio el reconocimiento de la Garantía de Pensión Mínima, como claramente lo demuestra los documentos anexados por Protección S.A.; así pues, como lo ha dicho esta Sala, esa falta de información que le fue entregada en primer momento como afiliado, se debe entender superada con la celebración del nuevo acto jurídico de pensionada, sin dejar de lado que, también lo que se está propugnando es la sostenibilidad financiera del sistema.

También debe señalarse que con esta decisión no se están trasgrediendo los artículos 48 y 53 de la Carta Política, toda vez que, lo que se busca es la protección a todos los principios del sistema pensional, dentro de los que se encuentra el de eficiencia, en donde la Corte Constitucional en sentencia ya mencionada C-841 de 2003, expresó que el propósito de este principio consiste en “...obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar ‘el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior”.

Corolario de todo lo dicho, es que la sentencia de primera instancia que se revisa por vía de consulta deberá **CONFIRMARSE** íntegramente.

iii. Costas procesales

Las costas procesales de la primera instancia quedan como lo dijo el juzgado del conocimiento. En la segunda instancia no se causaron.

III. DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín el **12 de septiembre de 2023**, en el proceso ordinario adelantado por **LUIS HERNÁN ZULETA SÁNCHEZ contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**


SEGUNDO: Las costas procesales quedan como se dijo en la motivación de esta providencia.

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

LOS MAGISTRADOS


CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA


HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ


HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO