

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Acta 281

Medellín, treinta (30) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelve el recurso de apelación interpuesto en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARIA FABIOLA GÓMEZ FRANCO contra PROTECCIÓN S.A. Y EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.**

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

A N T E C E D E N T E S

Pretensiones

La demandante solicita se declare patrimonialmente responsable a Protección S.A., de los perjuicios causados con el traslado de régimen, en donde se incumplió el deber de información, que la llevó a que en la actualidad reciba una mesada inferior a la que le hubiera correspondido en el régimen de prima media.

Sea condenado el fondo a pagar la suma de \$25.137.780, por concepto de lucro cesante pasado consistente en mayor valor entre la pensión reconocida en el RAIS y el que recibiría en Colpensiones, sino se hubiera trasladado, además que siga reconociendo una diferencia en cuantía de \$701.551, desde el año 2022 en adelante.

Hechos

Como fundamento de sus pretensiones expuso que, nació el 07 de noviembre de 1961, cumpliendo los 57 años el mismo día y mes del año 2018.

Estuvo afiliada al RPM, a través del ISS desde **julio de 1981, cuando se trasladó a Protección S.A., en junio de 1999.**

Antes de su vinculación al régimen privado, no se le brindó una información personalizada en la que se le explicara acerca de las consecuencias del traslado de régimen, de forma clara, concisa y precisa.

Expuso que cotizó al sistema general de pensiones un total de 1792 semanas y Protección le reconoció la garantía de pensión mínima a partir del 7 de noviembre de 2018, cuando si estuviera en Colpensiones su mesada sería de \$1.405.136.

Contestación

Protección S.A. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al señalar que la demandante Fabiola María Gómez Franco se afilió de manera libre y voluntaria a la AFP el 9 de junio de 1999, como traslado del Régimen de Prima Media, administrado por el ISS, hoy Colpensiones, después de recibir de parte de los asesores una información clara, correcta, adecuada y suficiente sobre el régimen de ahorro individual y las implicaciones de trasladarse, tomando la decisión libremente, sin presión ni fuerza tal y como quedó probado.

Así mismo, la demandante ha estado vinculada a esta AFP primero en calidad de afiliada cotizante y actualmente como pensionada por el riesgo de vejez, bajo la garantía de pensión mínima- en la modalidad retiro programado, se reitera que fue informada de manera objetiva e integral sobre todas las características del régimen de ahorro individual en comparación con el régimen de prima media, señalándole diferencias entre uno y otro.

Adicionalmente debe recordarse en este punto que la actora no puede pretender equiparar las condiciones pensionales de dos regímenes que son diferentes desde su creación por el legislador, pues la mesada pensional en el RAIS es una mesada de contribución definida, lo que quiere decir, que se basa en el capital ahorrado para definir la mesada que se puede pagar y la del RPM es un beneficio definido, es decir, parte del comportamiento de la cotización de los últimos 10 años para determinar una tasa de reemplazo de este promedio, desconociendo por completo el nivel de aportes y viniendo con un subsidio implícito de parte del Estado, ya que la mesada a pagar no corresponde al ahorro realizado; razón por la cual no es posible asemejar las condiciones para liquidar la mesada en ambos regímenes, situación que era conocida y aceptada por el demandante desde el momento de la afiliación.

El día 29 de septiembre del año 2008, es decir, dos meses antes de que la demandante cumpliera 47 años, fue llamada por parte de Protección S.A. para reasesorarla y así, brindarle información de primera mano para que, de forma libre, voluntaria e informada tomara decisiones respecto de su futuro pensional.

En la mencionada oportunidad, el asesor le hizo saber que, en su caso particular, la mesada pensional a la que podría acceder en el RPM sería superior a la que podría obtener en caso de permanecer vinculada al fondo de pensiones privado, afirmación ésta que se sustentó en los respectivos cálculos y proyecciones pensionales emitidas por el aplicativo ASPEN, no obstante, la demandante manifestó que su decisión sería permanecer en el RAIS y así quedó consagrado en la copia de la reasesoría pensional que se allega al despacho, convalidando así su voluntad de afiliación a este régimen.

Por lo anterior, resulta ahora sorpresivo que dé inicio a la presente acción judicial sustentada precisamente en la diferencia del monto pensional, pues era una situación que fue puesta en conocimiento de la demandante de manera oportuna, pero en ese momento fue subestimada.

Como excepciones propuso: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, reasesoría, cumplimiento del deber de información, buena fe, falta del juramento estimatorio de perjuicios, pago, compensación, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.

Sentencia primera instancia

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del 7 de junio de 2023 resolvió absolver a Protección de las pretensiones de la demanda, en razón a que no probó los supuestos exigidos.

Del recurso Apelación

La parte actora solicita que se revoque la sentencia, en razón a que el decreto 720 de 1994 en su art. 10 consagró la responsabilidad de los promotores, lo cual compromete a la sociedad administradora, como lo señala el art. 12 de ese estatuto.

Para el año 1999, a la demandante no se le brindó la información clara y suficiente cuando se trasladó, solo la abordó un asesor y le dijo que Colpensiones se acabaría, que el fondo privado reconocía una mejor mesada y a cualquier edad.

Protección en el proceso no pudo desvirtuar la falta de información y asesoría a la actora, para la fecha del traslado.

En cuanto a la reasesoria que se le brindó, la Corte ha sido clara en que la misma no sana la falta de información cuando se presentó el traslado, precisamente la tuvieron que reaseorar, porque no le habían brindado la información que se debía para el momento del traslado.

Para el caso se probó daño, nexo causal y perjuicio con la mesada de un menor valor en el RAIS.

Alegatos. No se presentaron.

C O N S I D E R A C I O N E S

Problema Jurídico

El problema jurídico a resolver en esta instancia de conformidad con el recurso de apelación interpuesto, será: Determinar si la señora **María Fabiola Gómez Franco** cumple los presupuestos para que se le reconozca 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:

1. La actora nació el 7 de noviembre de 1961, cumplió 57 años en 2018.
2. Se afilió a ISS en julio de 1981.
3. Se trasladó a Protección junio de 1999,
4. Cotizó en toda la vida laboral 1792 semanas, historia laboral aportada, para el momento del traslado contaba con 661.
5. No era beneficiaria del régimen de transición, toda vez que al 1 de abril de 1994 contaba con 32 años de edad.
6. Fue reasesorada el 29 de septiembre de 2008, donde le explicaron que existía una diferencia en la mesada del RAIS y del RPM.
7. Realizó solicitud de pensión y fue reconocida en febrero de 2019 la garantía de pensión mínima, a partir de 7 de noviembre de 2018.

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

De la indemnización de perjuicios y sus requisitos

En el caso no existe controversia en que la demandante goza de una pensión en la modalidad de garantía de pensión mínima, reconocida en febrero de 2019 Protección le reconoció garantía de pensión mínima, a partir de 7 de noviembre de 2018.

El a quo encontró que no se demostraron los presupuestos para la imposición de la indemnización de perjuicios a cargo de **Protección S.A.**, toda vez que no probó en primer lugar el daño causado a la pensionada con el reconocimiento de una mesada pensional inferior a la que disfrutaría de haberse mantenido afiliada al RPM. decisión que es cuestionada por la actora.

En lo relacionado a los perjuicios, la obligación de indemnizar de los fondos de pensiones por el reconocimiento de una pensión surge del contenido de 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 significa 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).”

Una vez establecido cuáles son los criterios para que proceda el reconocimiento de lo pretendido por la actora, procede la Sala al estudio del caso.

Del daño causado

En el caso de autos se analizará en primer lugar la existencia del **daño**, toda vez que de no existir el mismo, 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.

Respecto del daño que pretende la demandante le sea resarcido, es el reconocimiento de la diferencia de la mesada por parte del RAIS y el que le debió haber reconocido actualmente Colpensiones; por lo que Protección S.A. está en la obligación de indemnizarla por los perjuicios materiales ocasionados, como es asumir el mayor 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 caso concreto, para la fecha de traslado de la actora, esto es, 9 de junio de 1999, 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.

Como puede verse en la jurisprudencia citada es carga de la 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 Aristizabal 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:

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.

“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 – Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, rad. 05001310502120210013001 dijo sobre el 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 mencionó la decisión proferida el 24 de mayo de 2021, radicado 05001310502202015012701, 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 presupuestos 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 de la demandante**, se observa que esta nació el 7 de noviembre de 1961, cumpliendo los 57 años de edad el mismo día y mes de 2018, estuvo afiliada al RPM desde julio de 1981, siendo su traslado al RAIS administrado por Protección S.A. para el 9 de junio de 1999, contando para dicha fecha de traslado con 37 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 con que contaba la demandante al momento del traslado de régimen pensional.** Se tiene que, para la fecha de traslado de régimen, es decir, 9 de junio de 1999, la actora contaba con 661,²⁹ semanas cotizadas al ISS, en ese sentido, no contaba con el número mínimo de semanas requeridas para obtener la pensión de vejez en el RPM, faltándole 639,⁷¹ 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 beneficiaria 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 35 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 la actora al momento del traslado de régimen pensional.** Se observa en la historia laboral de la accionante que cotizaba para la fecha de traslado en 1998, con un IBC de \$532.000, salario superior al mínimo legal para la fecha de, 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 de la demandante al RAIS, no contaba con beneficiarios, por ello su traslado no le representaba un beneficio en caso de su fallecimiento con relación a la pensión de sobrevivientes, al igual que sucedería en el RPM; sin embargo, el capital ahorrado de su cuenta individual sería susceptible de heredarlo, situación que no ocurriría 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 a la actora, según la norma legal vigente el momento del traslado de régimen pensional,** para el año 1999 que se produjo el traslado 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 la accionante.**

- 6. Si al momento del traslado del trabajador al RAIS la actora era o no beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.** Como se dijo anteriormente, la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, pues al haber nacido el 7 de noviembre de 1961, arribó a los 35 años de edad el mismo día y mes de 1996, 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 beneficiaria del régimen de transición **no conlleva a un perjuicio al trasladarse del RPM al RAIS.**
- 7. Si la 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 la accionante saber si le era mejor o no trasladarse de régimen; no obstante, con la simulación pensional realizada por Protección S.A. el 29 de septiembre de 2008, 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 \$1.405.136, esto es, menos de 2 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 la actora 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 a la accionante una reasesoría el 9 de noviembre de 2008, fecha en que la demandante contaba con 46 años de edad, en la que se le informó que la pensión reconocida en el RAIS sería en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente, mientras que en RPM sería un poco más elevada, y aun con esa información decidió continuar vinculada al fondo privado.

Para la Sala al determinar que no se acreditó el daño que se causó con el traslado, además que la demandante conoció en la reasesoría brindada que su mesada en el RAIS sería inferior a la de Colpensiones y aun así continuó en dicho fondo, no se hace necesario continuar revisando los demás elementos exigidos.

Además, vale la pena recordarle al apoderado apelante, que sí bien la Corte ha señalado que la reasesoría no sana la falta de información, al momento del traslado, este tema es analizado cuando se trata de pretensión de ineficacia del traslado y no de perjuicios.

Por lo anterior, es que la sentencia de primera instancia que se revisa por vía de apelación deberá **CONFIRMARSE**, en su integridad.

Costas procesales

Las costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. se señalan las agencias en derecho en la suma de \$290.000 a favor de Protección S.A.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

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

CONFIRMAR la providencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín el, en el proceso ordinario adelantado **MARIA FABIOLA GÓMEZ FRANCO contra PROTECCIÓN S.A. Y EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDICO PÚBLICO**, según las consideraciones de la parte motiva.

Las costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. se señalan las agencias en derecho en la suma de \$290.000 a favor de Protección S.A.

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

Los magistrados



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYÀ DÍAZ

Radicado No. 05001-31-05-002-2022-00073-01
Radicado Interno: P17823
Confirma Sentencia


HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO