

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El cinco (05) de junio de dos mil veinticuatro (2024), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **NELLY MARÍA BETANCUR HINESTROZA** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.) y la sociedad **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (en adelante COLFONDOS S.A.), tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-017-2021-00150-02**.

El magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare responsable patrimonialmente a las sociedades PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., por los perjuicios generados con ocasión del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, en donde se incumplió el deber de información por parte de la AFP, lo que la llevó a percibir una mesada pensional inferior a la que le hubiera correspondido en el RPM. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se condene solidariamente a las sociedades PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., a reconocer y pagar a favor de la demandante, la suma de \$40'314.167 por concepto de lucro cesante pasado, consistente en el mayor valor generado entre la pensión reconocida en el RAIS y la que le hubiera correspondido en el RPM, a razón de \$476.613 para el 2021, además de la indexación de las sumas que se lleguen a reconocer y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, relata la actora que nació el 29 de junio de 1955, cumpliendo los 55 años de edad el mismo día y mes de junio de 2010.

Relata que cotizó para los riesgos de IVM al ISS hoy COLPENSIONES, desde el 16 de noviembre de 1976 hasta el mes de abril de 1994, logrando cotizar un total de 737.57 semanas.

Indica que, para abril de 1994, contaba con 39 años de edad, momento para el cual fue abordada por un asesor de la AFP COLFONDOS S.A., quien le sugirió trasladarse de régimen pensional, por lo que para dicha data se afilió al mencionado fondo de pensiones y posteriormente, en el año 1995, se trasladó nuevamente a PROTECCIÓN S.A.

Dice que ninguna de las AFP de los fondos privados le explicaron las diferencias entre el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, omitiendo explicarle cuáles eran los requisitos para acceder a una pensión de vejez en el RAIS, y en el RPM, no le hablaron sobre las ventajas y desventajas que le implicaría el traslado de régimen pensional, no le hicieron una proyección respecto del capital que necesitaría para obtener una pensión de vejez en el RAIS, ni le hicieron comparaciones del monto de la mesada pensional que recibiría en cada régimen.

Aduce que logró cotizar un total de 1563.14 semanas, razón por la cual PROTECCIÓN S.A. mediante comunicado del 28 de noviembre de 2013, le reconoció una pensión de vejez para dicha calenda, en cuantía de \$694.357.

De otro lado, señala que laboró al servicio del señor DANIEL IVÁN HERNÁNDEZ RODAS del 01 de febrero de 1987, a junio de la misma anualidad, sin haber afiliado, ni cotizado a un fondo de pensiones, razón por la cual el 14 de septiembre de 2017, el señor HERNÁNDEZ RODAS canceló el cálculo actuarial por valor de \$4'079.637, acreditando un total de 768.43 semanas de cotización, para el 01 de abril de 1994 y 787 semanas al 25 de julio de 2005, lo que le hubiera permitido tener una mesada pensional en el RPM como mínimo de \$1'047.013 para el año 2013.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de primera instancia, despachó desfavorablemente las pretensiones de la demanda, en atención a que la demandante ya tiene la calidad de pensionada en el RAIS, advirtiendo que, de haberse generado algún perjuicio, los mismos se encontrarían prescritos, en virtud que según la sentencia SL373 de 2021, que estableció que, en los eventos en los que no es posible declarar la ineficacia de la afiliación, como en el caso de los pensionados, es posible pedir la indemnización de

perjuicios que se logren demostrar, sin embargo, el término para reclamar tal indemnización, empieza a contar desde el momento en que se adquiere la calidad de pensionado, en la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde ese momento.

Así las cosas, consideró la juez de instancia, que como la actora fue pensionada en el mes el año 2013, el derecho a reclamar la indemnización, se encontraba prescrita a la luz de lo dispuesto en el artículo 151 del CPL y de la SS, que habla de 3 años que se cuentan desde el momento en que la obligación se ha hecho exigible.

Consecuencialmente, absolvió a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, condenándola en costas a favor de las demandadas en cuantía de \$1'000.000 de pesos.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por el apoderado judicial del demandante, señalado que lo solicitado en este caso es la diferencia en el valor de la mesada pensional, la que considera es imprescriptible.

Afirma en este sentido, que la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene establecido la prescripción de los derechos sustanciales de la seguridad social, sin embargo, siempre ha indicado que mientras el derecho pensional este en formación, la acción para reclamar los aportes pensionales, no está sometido a prescripción, de manera que dicha tesis opera no solo para aquellos que están afiliados, sino también para los pensionados, porque no prescribe el derecho a reclamar el cálculo actuarial.

Indica también, que el órgano de cierre de la justicia ordinaria laboral, ha señalado que aspectos tales como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos pensionales para determinar el IBL, la actualización de la pensión, el derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales y la declaratoria del traslado de régimen pensional, no se extingue por el paso del tiempo pues constituyen aspectos ínsito al derecho pensional, de manera que desde este punto de vista, si bien es cierto que la indemnización de perjuicios se ha dicho que opera el fenómeno de la prescripción contado a partir de la fecha del reconocimiento pensional, debe tenerse presente que realmente se está en presencia de un proceso que trata de la diferencia de una mesada pensional, el valor de ingreso base de liquidación, los topes máximos pensionales, la actualización de la mesada pensional, el derecho al reajuste de

factores pensionales por inclusión de nuevos factores salariales y la declaratoria de ineficacia de traslado, situación que implica inexorablemente replantear el tema de la prescripción en el campo de la indemnización plena de perjuicios, toda vez que si se mira desde la óptica de la realidad jurídica y el derecho fundamental a la pensión de vejez, es indudable que ese suceso afecta no solamente el derecho a la seguridad social, sino también los salarios con que se aporta a la pensión, el ingreso base de liquidación con que se aportó para esa pensión y la escogencia de fondo de pensiones que tiene a cargo la prestación económica.

Reitera, que el derecho a la indemnización plena de perjuicios en el *sub judice* debe ser imprescriptible, porque finalmente se ve afectado el derecho a un ingreso base de liquidación, a un estilo de vida digno acorde a los salarios que devengaba la demandante y se está afectando el principio que a mayor cotización, mayor valor de la pensión, por lo que considera que la prescripción se debe aplicar a lo sumo, contado 3 años para atrás desde la fecha en que se hizo la reclamación judicial o desde que presentó la demanda judicial, prescripción que se debe aplicar sobre la diferencia del mayor valor de la pensión, que sería el lucro cesante.

Dice que como se trata de una pensión que es de pago sucesivo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia debería analizar que en este tipo de casos solo se puede aplicar la prescripción parcial de los mayores valores pensionales, porque finalmente, el fondo privado tiene una obligación a futuro de seguir reconocimiento la pensión y su incumplimiento en el deber de información generó que la pensión de la actora, fuera de menor valor en comparación a lo que hubiera sido reconocido en COLPENSIONES.

En cuanto al proceso de ineficacia de traslado que presentó con anterioridad en el año 2018, dijo que si bien tuvo la posibilidad de presentar como pretensión principal la ineficacia y como subsidiaria la indemnización de perjuicios, para dicha época la posición de la Corte Suprema era que sí procedía la ineficacia de afiliación de pensionado y que por ello fue que no solicitó la indemnización plena de perjuicios de manera concomitante con la ineficacia de traslado y que por eso solo hasta ahora, solicita la indemnización plena de perjuicios, por la pensión deficitaria que fue reconocida en el año 2013, de manera que atendiendo a esa situación especial, y teniendo en cuenta que la presente demanda fue presentada en el año 2021, debe ordenarse el reconocimiento del mayor valor de la pensión desde el año 2018.

También señala que a pesar que no fue PROTECCIÓN S.A. la que produjo el traslado inicial de la accionante, si incurrió en una conducta culposa, no solamente por no

haberle brindado la información en el año 1995 que hizo el traslado a Horizonte, sino por no haberle manifestado en ese momento que sería más rentable para ella permanecer en COLPENSIONES y reclamar su pensión a dicha entidad, sino que omitió un aspecto fundamental que no fue analizado por la juez y que obra como plena prueba documental y es la liquidación del cálculo actuarial o título pensional que se le canceló a PROTECCIÓN por el periodo omisivo del empleador Daniel Iván Hernández entre el 1 de febrero de 1987 al 30 de junio de 1987, tiempo que fue suficiente para que la demandante acreditara el requisito de 750 semanas cotizadas para ser beneficiaria del régimen de transición y recuperarlo a pesar de haberse afiliado al RAIS, situación que debió ser puesta en conocimiento por parte del fondo del RAIS al que se encontraba afiliada, aspecto que considera de vital importancia para determinar que efectivamente se dan todos los elementos necesarios de la responsabilidad civil y por ende existe un hecho dañoso o conducta culposa porque ambos fondos omitieron revisar la historia laboral de la demandante e informarle que era beneficiaria del régimen de transición.

Finalmente, aduce, que acredita el daño causado porque la mesada pensional reconocida para el año 2013 en el RAIS es por valor de \$694.357 pesos con 13 mesadas al año bajo la modalidad de retiro programado, mientras que en el RPM, le hubiera teniendo derecho a 14 mesadas pensionales y una mesada superior, lo que evidencia la magnitud del perjuicio causado a la demandante.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, la apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A., allegó escrito de alegaciones, en los que señaló resumidamente lo siguiente:

1. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR EL TRASLADO:

La H. Corte Suprema de Justicia expuso que la indemnización mencionada en susceptible de prescribir, cuestión recordada recientemente en la Sentencia SL053-2022 en la que señaló: "(...) No obstante, **«En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento»** (CSJ SL373-2021), lo que lleva a colegir que en el presente asunto aquel se superó con creces como lo sostuvieron las demandadas al proponer el

correspondiente medio exceptivo, pues la pensión anticipada de vejez que se le reconoció a Roberto Cesáreo José Francisco Ceballos Restrepo lo fue a partir del 5 de abril de 2002 (f.º 31-32) y la presente acción judicial tan solo se ejerció el 24 de enero de 2018 como da cuenta el acta de reparto visible al anverso de la carátula final del expediente, esto es, superado ampliamente el término trienal contemplado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, razón por la cual no resulta procedente su imposición. (...)" (Negrilla y Subraya de la Sala).

Teniendo en cuenta la documental aportada al expediente, es evidente que la demandante, efectuó el traslado desde el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, entonces administrado por el Instituto de Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, hace algo más de 20 años, por ello, de conformidad con los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, es claro que si el gestora consideraba la existencia de un perjuicio al momento de reconocer la pensión en el traslado antes mencionado y que él mismo generaba una indemnización de perjuicios, tenía 3 años desde su efectividad para interponer la demanda correspondiente.

El demandante se encuentra disfrutando de la mesada pensional reconocida desde el año 2013 **y la demanda fue radicada en el año 2021, de allí que los efectos extintivos de la prescripción arrojaron la totalidad de las pretensiones de la demanda.**

2. DE LOS PERJUICIOS SOLICITADOS.

La función reparatoria a plenitud de los daños causados a los perjudicados, sean derivados de conductas punibles o no, se garantiza en nuestro ordenamiento constitucional en efecto, la garantía de la equivalencia de la indemnización con la magnitud del daño revela un propósito elemental de justicia y de progreso de los principios del Estado Social de Derecho.

A pesar de ello, la jurisprudencia constitucional ha advertido que no existen derechos absolutos. Los derechos constitucionales obedecen no solo al cumplimiento de su órbita subjetiva o individual, sino que también, en muchos casos, pueden verse sometidos a límites que se encuentran dados por el respeto de los derechos ajenos, la protección del interés general, el cumplimiento de deberes y la observancia del núcleo esencial del derecho que pretende limitarse.

En el proceso de determinación del núcleo esencial del derecho fundamental, siguiendo la tesis constitucional, el juzgador puede disponer de técnicas jurídicas complementarias que se inscriben desde la perspectiva de los derechos subjetivos o de los intereses jurídicamente protegibles.

Así, el contenido esencial de un derecho fundamental, de acuerdo a la primera posibilidad, consistirá en aquellas facultades de actuación *ineludibles* para que el derecho se desarrolle en su sentido real y natural sin desnaturalizarse. Por otro lado, la fórmula de los intereses permitirá establecer un núcleo esencial del derecho fundamental cuyo contenido estará dado por aquello que es absolutamente necesario para que los intereses resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Entonces, se desconocerá el contenido esencial "cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección". Esta teoría, de gran importancia para el examen de las medidas que lleguen a ser adoptadas por el legislador en los casos de la limitación de derechos, impide un uso de la reserva legal más allá de los valores y derechos reconocidos en la Constitución.

Partiendo de allí, se ha considerado que la reparación integral como *derecho* es regulable y puede ser objeto de configuración legislativa. Más aún, la propia Constitución Política no establece en forma categórica qué tipo de daños deben ser indemnizados, ni mucho menos la dimensión y cuantía en que deben tasarse se reduce al reconocimiento y tutela jurídica de derechos fundamentales (vida, integridad física, propiedad privada, buen nombre, entre otros) cuya violación o transgresión puede generar la obligación al responsable a la debida reparación. De ahí que el legislador en su marco de configuración y respecto del alcance de la reparación integral puede, según la Corte Constitucional:

... determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables...

Puede también el Legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados.

Entonces, desde el ámbito constitucional no se encuentra, según la Corte, ningún reparo a las limitaciones de las indemnizaciones por parte del legislador no solo en materia de daños extrapatrimoniales sino también en el ámbito patrimonial, pues es al Congreso de la República a quien le compete regular técnicamente todo lo atinente a los regímenes de responsabilidad, entre ellos las modalidades del daño y los métodos de cuantificación.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario indicar que la responsabilidad de mi representada no es absoluta, pues si revisamos el caso concreto, encontramos que el demandante, subsanó con sus actos los supuestos perjuicios que quiere enrostrar en la demanda pues al efectuar su traslado inicial, no manifestó reparo alguno en su declaración de voluntad y se abstuvo de buscar por sus propios medios y en la medida de sus posibilidades, la información que le permitiera comparar las alternativas que le ofrecía el mercado.

Estas actuaciones del actor, presentadas incluso tiempo después de que el traslado se perfeccionó, son demostrativas de una conducta descuidada y negligente que, sin duda, altera la cadena causal iniciada con el presunto incumplimiento de las AFP e impide que el daño pueda imputársele a estas últimas.

Así mismo dentro del proceso la parte demandante NO acredita perjuicio alguno. Son requisitos de la indemnización de daños y perjuicios:

- a) Que exista un incumplimiento culpable de la obligación,
- b) Que no se pueda obtener el cumplimiento de forma específica,
- c) Que se hayan producido daños o perjuicios, daño o daño emergente es la lesión que sufre el patrimonio, y perjuicio o lucro cesante la ganancia que no se obtiene con motivo del incumplimiento, y
- d) Que existe un nexo causal, solo se han se indemnizar los daños que constituyen una consecuencia del hecho que obliga a la indemnización , siendo indiferente la teoría que se adopte al respecto dado que en cada caso concreto puede acogerse cualquiera de los criterios doctrinales aplicables, según las condiciones del evento acaecido, pues como ha señalado la más autorizada doctrina, “causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporciona la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica , de que el resultado haya sucedido “ lo que conduce a determinar, siguiendo las pautas de la llamada “teoría de la equivalencia de las condiciones” ampliamente

difundida y seguida, la que se ha denominado “condición ajustada a las leyes de la experiencia científica”.

De modo que el ordenamiento jurídico ha sido claro en indicar que no basta con que una persona solicite el resarcimiento de perjuicios para que éstos les sean concedidos, pues para ello es necesario que se acredite que estos se produjeron, y sobre todo, que los elementos que constituyen este tipo de responsabilidades se configuren, Además de ello, debe demostrarse el nexo de causalidad que existe entre este daño y la conducta del tercero, y en el presente caso, la decisión de trasladarse al RAIS es únicamente imputable al demandante, sin que con ello se derive ningún perjuicio.

3. DE LA CONDENA IMPUESTA EN PERJUICIOS EMANADO DE LAS DIFERENCIAS EN LAS MESADAS PENSIONALES.

Es preciso advertir que las pretensiones relacionadas con perjuicios se fundamentan en “el valor de la diferencia entre la diferencia de la mesada reconocida y el monto de la mesada que le correspondería en COLPENSIONES”.

Al respecto es menester mencionar que la Ley 100 de 1993 ha sido objeto de amplio estudio por parte de la H. Corte Constitucional y que en ella se ha establecidos dos regímenes pensionales plenamente diferenciados, el primero denominado RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA y por otra parte el RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, dichos regímenes fueron abiertamente aceptados y han sido considerados exequibles desde el mismo análisis en conjunto realizado por la H. Corte Constitucional en Sentencia tales como la C-408 de 1994 y C-410 de 1994.

Dichos regímenes pensionales también han sido vistos como un desarrollo al pilar de la solidaridad propio de la Seguridad Social, en tal sentido en Sentencia C 401 de 2016 se indicó:

“El legislador, en ejercicio de su potestad de configuración y en desarrollo del artículo 48 de la Carta diseñó un sistema de seguridad social en pensiones tendiente a brindar protección a todos aquellos y a su grupo familiar ante las contingencias de invalidez, vejez o muerte, las cuales, una vez ocurren, dan lugar al reconocimiento de las pensiones de invalidez, jubilación y sobrevivientes, respectivamente. Esto se logra básicamente a través de dos regímenes excluyentes regidos por el principio de la solidaridad: (i) el régimen de prima media con prestación definida y (ii) el sistema de ahorro individual con solidaridad.

Aunque la afiliación a cualquiera de estos regímenes es obligatoria, la selección de uno de estos sistemas es libre y, una vez hecha la selección inicial, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de un régimen pensional a otro, con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 el régimen **solidario de prima media con prestación definida** es “aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas”. En este régimen los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen “un fondo común de naturaleza pública”, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

De conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, **el régimen de ahorro individual con solidaridad** “es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”. En este régimen los aportes no ingresan a un fondo común como en el régimen de prima media, sino que son depositados en una cuenta individual de ahorro pensional constituida a título personal. Por lo anterior, existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión, lo cual determina que el valor de la pensión sea variable y no previamente definido como en el régimen de prima media. El sistema garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida.

El conjunto de cuentas de ahorro pensional conforman un fondo de pensiones que es administrado por entidades privadas especializadas que hacen parte del sistema financiero y que están sometidas a inspección y vigilancia del Estado

Aunque, como se vio, se trata de dos regímenes distintos, con características propias, no se puede dejar de lado que existen elementos en común entre ambos. Hay que destacar que los dos son desarrollo del artículo 48 de la Carta y que su razón de ser es, en últimas, garantizar el mínimo vital de la persona que ha llegado al final de su vida laboral y se encuentra en una edad en la que aumenta su vulnerabilidad, ya que se acerca a la tercera edad y, por consiguiente, a la condición de sujeto de especial protección constitucional.

Además ha señalado la Corte que el principio de solidaridad es el común denominador de todo el sistema general de seguridad social de pensiones, como una manifestación del estado social y democrático de derecho. “ (Subrayado y negrita fuera del texto original)

En ese sentido no puede desconocerse la coexistencia de los regímenes previamente mencionados nace precisamente en que los dos fundamentan su origen en la solidaridad y que en últimas las pensiones tienen como fin proteger precisamente el mínimo vital.

Por lo tanto no basta con mencionar la diferencia de una mesada pensional para concluir por esa vía que dicho valor se constituye como el aparente perjuicio que debe ser resarcido por parte de mi representada, y ello es así puesto que, respecto del reconocimiento de perjuicios, la carga de la prueba recae exclusivamente en quien alega que le debe ser reparado un aparente daño, y, en ese orden de ideas, una simple alegación indefinida de que no se recibió información suficiente y que por ello se originó un daño derivado en la diferencia de una mesada pensional, no es suficiente para probar de manera objetiva que se ha incurrido en un daño, y que por lo mismo mi representada deba asumir el pago de unos rubros que carecen de fundamento alguno.

Al respecto, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, en sentencia del 29 de abril de 2022, proferida dentro del proceso con radicado No. 05-001-31-05-002-2019-00293-01, con ponencia de la Magistrada Nancy Gutiérrez Salazar, señaló:

“... 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, la existencia o no de beneficiarios al momento de la afiliación o la expectativa de vida probable del entonces afiliado, 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...”

Tampoco es dable indemnizar meras expectativas, por eso consideramos que la parte demandante, es etérea en la formulación de su petición, pues se limita a decir que el traslado le ocasionó un perjuicio, pero no manifiesta en qué consistió el daño causado y por ende tampoco aporta ninguna prueba al respecto, aunado a que solo se fundamenta en la diferencia de la mesada pensional.

Del anterior talente son mis alegatos de conclusión señores Magistrados, solicitando Respetuosamente **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por el A quo.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si es legalmente procedente la condena a la indemnización de perjuicios solicitada en las pretensiones de la demanda, y si de existir derecho a tal indemnización, la acción para su reclamación se encuentra prescrita.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

6. CONSIDERACIONES:

La Sala ocuparse del estudio del recurso de apelación, con apego al imperativo contenido en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual: *“La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*.

En ilación con lo anterior, el perjuicio que se reclama en el asunto de marras, es la diferencia que existe entre la mesada pensional que recibiría la demandante si hubiese mantenido su afiliación en el ISS hoy COLPENSIONES.

Para entrar a resolver lo que a esta instancia corresponde, es necesario recordar que la juez de instancia declaró prospera la excepción de prescripción sin resolver primero si el perjuicio del que se solicita la indemnización se probó o no, por lo que lo primero que se estudiará en esta instancia este aspecto de las pretensiones.

En este sentido, afirma la accionante en la demanda que el perjuicio se ve materializado en la diferencia existente entre la mesada que está recibiendo en el RAIS de por valor de \$694.357, y la que debió recibir en COLPENSIONES si nunca se hubiere trasladado en suma de \$1.047.013 para el año 2013, es decir, una diferencia que asciende a \$352.656.

Pues bien, para resolver el asunto, ha de señalarse que, respecto del daño que se le pueda irrogar al trabajador que se traslada del RPM al RAIS o viceversa, se encuentran enormes dificultades para su análisis, pues clásicamente el daño es un perjuicio que se sufre sin que este tenga matices o relativismo.

No obstante, en materia de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, el pertenecer a uno u otro régimen pensional, trae unos beneficios ciertos en cada uno de los regímenes, y otros inciertos o que pertenecen al mundo del azar.

Por ejemplo, quienes se afilian al RAIS, objetivamente les representa unas ventajas frente a quienes se encuentran afiliados al RPM como son: **I)** La devolución de saldos, que pudieran obtener de no cumplir los requisitos para obtener la pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes, es mucho más favorable en su monto que la indemnización sustitutiva que reciben en el RPM. **II)** Tienen la garantía de pensión mínima de vejez con 1150 semanas cotizadas, que no la tienen quienes escogieron el RPM, los que con posterioridad al año 2010 no pueden acceder a la pensión de vejez, si no cuentan al menos con 1175 semanas las que se incrementaron en los años siguientes hasta 1300 semanas en el año 2015. **III)** En el evento que fallezca un afiliado a la RAIS sin que tengan beneficiarios que legalmente puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, los dineros existentes en su cuenta de ahorro pensional pasan a sus herederos, lo que no ocurre en el régimen pensional de prima media, pues los dineros cotizados no son devueltos. **IV)** Si el pensionado en el RAIS 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 régimen pensional de prima media, pues los dineros cotizados no son devueltos.

Ahora en lo que tiene que ver con el monto de la pensión que obtiene en el RPM, comparado con el que se puede alcanzar en el RAIS cuando se adquiriera la edad para la redención del bono pensional, es un asunto, de alto relativismo, pues el mismo en la mayoría de los casos, solo se puede saber en los dos regímenes, al finalizar la vida laboral para entrar a gozar de la pensión de vejez, con la diferencia que en el RPM el monto de la pensión, ya está predeterminado en la Ley, en lo concerniente a los factores para liquidarla, conforme los Arts. 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, en tanto que en el RAIS, depende de variables que pertenecen al mundo del azar unas, y a decisiones libres del afiliado otras, pues si un afiliado al RAIS decide hacer vida marital o casarse con una persona muy joven o tener hijos a avanzada edad cuando está a punto de obtener la pensión de vejez, ello necesariamente influirá negativamente en el monto de la pensión.

Igualmente, en el RPM también existe algo de azar en el monto de la pensión, pues si por ejemplo el afiliado pierde el empleo que le irrogaba un buen salario y no puede seguir cotizando como trabajador independiente con un buen ingreso base de cotización en los últimos 10 años, el valor de su pensión se va a ver menguado.

Es decir que el monto de la pensión en el RAIS principalmente, constituye un azar, que puede ser favorable o perjudicial al afiliado, comparado con el monto de la citada prestación en el RPM, dependiendo en el RAIS, de los vaivenes de la economía.

De esta manera, la aplicación de la teoría de la responsabilidad civil, por algún perjuicio en el monto de la pensión que finalmente obtiene el afiliado al RAIS, que se trasladó del RPM, presenta seria problemática, pues no solo el traslado al RAIS, irroga los beneficios que ya se citaron anteriormente, sino que el monto de la pensión, salvo en casos excepcionales, no podría conocerse de antemano al momento de producirse el traslado de régimen pensional.

Ahora bien, a pesar que el apoderado de la actora manifiesta en el recurso de alzada que si bien anteriormente presentó proceso de ineficacia de traslado, mismo que fue negado ello no se encuentra probado, y la posibilidad de demandar con éxito la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS, por la omisión en la debida asesoría que alega la actora en la demanda, fue posible desde el año 2008, pues para esta año se profirieron las primeras sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314 accediendo a la nulidad, que después, a partir de la Sentencia, SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, trató como ineficacia, por lo que la actora pudo demandar con éxito la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS antes de solicitar y obtener la pensión de vejez en el RAIS y si no lo hizo, tal conducta no es atribuible a las demandadas.

Pero, es más, la actora relata en los hechos de la demanda, que cotizó para los riesgos de IVM al ISS hoy COLPENSIONES, desde el 16 de noviembre de 1976 hasta el mes de abril de 1994, logrando cotizar un total de 737.57 semanas, y que su empleador Daniel Iván Hernández, pagó cálculo actuarial o título pensional cancelado a PROTECCIÓN por el periodo omisivo entre el 1 de febrero de 1987 al 30 de junio de 1987, tiempo que fue suficiente para que la demandante acreditara el requisito de 750 semanas cotizadas, que lo serían al 1 de abril de 1994, situación que le trajo al demandante, la posibilidad de regresar al RPM en cualquier tiempo antes de pensionarse en el RAIS, acorde a lo previsto en las sentencias C- 789 de 2002, C- 754 de 2004, T-168 de 2009 y SU-130 de 2013 de la Corte Constitucional, por lo que si el actor no hizo uso de esta prerrogativa, no puede atribuirle culpa a las demandadas, sin que sea de recibo por la Sala el argumento, que, situación que debió ser puesta en conocimiento por parte del fondo del RAIS al que se encontraba afiliada la actora, pues el deber de asesoría, no va hasta tener que las AFP estudiara cada caso de sus afiliados para establecer si al monto de pensionarse por vejez, les conviene hacerlo en

el RAIS o en el RPM, pues como ya se dijo esto tiene muchas variables, según cada caso.

La anterior razón conlleva sostener que el hecho que la actora haya obtenido una pensión de vejez en el RAIS, inferior a la que habría logrado en el RPM es atribuible a su propia culpa, al no ejercer los derechos que la Ley y la jurisprudencia le conferían para demandar la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, o regresar al RPM de COLPENSIONES, lo que pudo hacer en cualquier tiempo ante de pensionarse en el RAIS, lo que sería suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

Pero es más, en el caso del demandante, en el año 1994, que se afilió al RAIS, conforme se prueba con el certificado SIAFP que milita a folio 30 del archivo N°8 del expediente digital de primera instancia, nadie podía predecir si le resultaría más favorable el valor de la pensión que obtendría en el RPM o el RAIS, pues el valor de los ahorros pensionales con la que se financia la pensión de vejez en el RAIS y del que se deriva el monto de esta prestación, depende como ya se dijo, de situaciones económicas y financieras favorables o no respecto de los negocios que realizan los fondos de pensiones privados en el mercado para obtener dividendos o rendimientos financieros sobre los ahorros de las cuentas pensionales de sus afiliados.

En razón a las muchas variables que se pueden presentar en la pertenecía a uno u otro régimen pensional, a juicio de esta Sala del Tribunal, se debe analizar cada caso en concreto, para establecer, si el daño que se reclama en lo relativo al monto de la pensión de vejez que se obtuvo en el RAIS, frente al que se habría obtenido en el RPM, era evidente o al menos previsible al momento del traslado de régimen pensional, para lo que, a juicio de la Sala, se deben estudiar las siguientes variables que se presentaban al momento del traslado:

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 antes de su traslado al RAIS.
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 a la 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.

Una vez valorados los anteriores aspectos, a juicio de la Sala, se puede entrar a estimar lo relativo al monto de la pensión que habría obtenido el trabajador en el RPM de no haberse trasladado al RAIS, para establecer si hubo el perjuicio razonable, de haber obtenido un mejor monto de pensión de vejez, o al menos una **pérdida de oportunidad** de haber alcanzado un mayor monto de pensión de vejez, debiéndose indemnizar, por esa pérdida de oportunidad, en la forma que más adelante se indicará, si el trabajador estaba más propenso obtener perjuicios que beneficios ante su traslado del RPM al RAIS.

DEL CASO CONCRETO.

En el presente asunto, afirma la parte demandante que la mesada pensional en el RPM habría sido superior a la que le correspondía en el RAIS, sin embargo, debe hacer énfasis la Sala en que el valor de la mesada pensional del demandante en el RAIS, se vio disminuida por su propia decisión de acceder a la pensión sin negociación de bono pensional, en la modalidad pensional de retiro programado, pensión que le fue reconocida a partir de noviembre de 2013, en cuantía inicial de \$694.357 pesos, tal y como se anuncia en el documento obrante a folio 13 y 15 del archivo N°1 del expediente digital de primera instancia, de tal manera que el monto de la pensión que le fue otorgado a la actora en el RAIS, sin redención anticipada del bono pensional, en realidad no era el que definitivamente iba a percibir, pues la misma debía ser reajustada o recalculada al momento de redención del bono pensional, en atención al aumento del capital para financiar la pensión, por lo que para poder determinar el monto de la pensión que en realidad tiene derecho la actora en el RAIS, a los 55 o 57 años que la habría obtenido en el RPM dependiendo si se declaraba si era o no beneficiaria del régimen de transición, se debía tener en cuenta el bono pensional que se redimía a los 60 años de edad, por lo que al no haberse probado en realidad, cuál es el monto de la pensión de la actora a los 60 en el RAIS con el recalcu lo por efecto de la redención del bono pensional, no es posible determinar si se presentó al perjuicio reclamado.

Se pone de presente que a pesar que a folio 50 del archivo N°8 del expediente digital de primera instancia se indica que la actora el año 2021 devenga una pensión en el monto de \$908.526 pesos mensuales, se desconoce si esta pensión ya fue recalculada con el bono pensional o no.

Adicionalmente, se debe poner de presente que, si bien el monto de la pensión de vejez que habría obtenido la actora en el RPM superior al salario mínimo legal, lo habría alcanzado, con las cotizaciones de los últimos diez años posteriores a su traslado de régimen pensional, ello era impredecible de saber, porque para ese momento desconocía si el ingreso base de cotización, iba a mejorar ligeramente para obtener una pensión superior con el tiempo.

También es relevante que la actora, al momento del traslado al RAIS, solo contaba 39 años de edad por haber nacido el 29 de junio de 1955 y solo contaba con 737.57 semanas cotizadas al sistema pensional, es decir, que su expectativa de obtener una pensión de vejez, para la fecha del traslado era muy lejana, lo que no permitía vislumbrar las condiciones de su mesada pensional de vejez, máxime que para ese momento no se le podía considerar beneficiaria del régimen de transición, ya que si bien la parte actora aduce que con las semanas cotizadas por su empleador moroso alcanzó a contar con las semanas para ser beneficiaria de dicho régimen, lo cierto es que el trámite de cálculo actuarial solo fue realizado en el año 2017 tal y como se observa en la documental de folios 17 a 19 del archivo N°1 del expediente digital de primera instancia, es decir, varios años después de haber sido pensionada en el RAIS, lo que no le permitió el cobijo de la transición y su posible traslado a COLPENSIONES, antes de ser pensionada en PROTECCIÓN S.A.

Conforme a lo explicado, la actora no probó el perjuicio que pretende le sea resarcido, y al no haberlo probado, por lo que la demanda estaba llamada al fracaso.

Pero si en gracia a discusión, la actora hubiere sufrido algún perjuicio atribuible a las accionadas que tuvieran que indemnizar, la acción para demandar estaba prescrita, al momento de incoarse la demanda, pues resulta evidente que en este caso han transcurrido más de los 3 años que establecen los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la seguridad Social, normas aplicables a este tipo de situaciones, contados desde que la obligación se hizo exigible y hasta la fecha de su interrupción por la vía judicial, pues la actora fue pensionada en el RAIS, en el año 2013. y la demanda fue presentada en el año 2021, acorde al criterio que ha sido advertido por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 373 del 10 de febrero de 2021, Rad. 84475, reiterada en la SL 5172 del 3 de noviembre de 2021, Rad. 83246 y en la SL 053 del 26 de enero de 2022, Rad. 86858, en las que de manera muy precisa advirtió: *“En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento”*.

Y es que las demandas de indemnización de perjuicios, endilgada a las administradoras de pensiones por omisión en la debida asesoría, **no es un derecho pensional, sino resarcitorio de un perjuicio**, independientemente que se origine en el marco de un derecho pensional, dado que se busca la reparación de un daño ocasionado con una conducta jurídica, aspecto claramente delimitado en la sentencia SL373-2021, en la que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia expresó:

“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.”

Por tanto, al tratarse de la reparación de un daño, la acción que se sigue es la indemnización de perjuicios, y para efectos de la prescripción en este caso concreto, el punto de partida es aquel en el cual se adquiere el estatus de pensionado, pues como lo afirmara la misma Corte en la sentencia que se viene de citar *“...el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.”*

Conforme las consideraciones, fácticas probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia objeto de apelación será CONFIRMADA, pero por las razones expuestas en esta instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. por haber resultado vencida en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.300.000, dividida en partes iguales para las accionadas.

7. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 10 de febrero de 2023, proferida por el JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el presente proceso adelantado por la señora **NELLY MARÍA BETANCUR HINESTROZA** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la sociedad **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, pero por las razones expuestas en esta instancia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la demandante y a favor de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.** Las agencias en derecho las estima el ponente en la suma de de \$1.300.000, dividida en partes iguales para las accionadas.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada y se firma por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

Firmado Por:

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

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

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **1554f7bff3397a2a0be788a287ca0bb841faf7b63cf5ec8a5aaf8ee754493205**

Documento generado en 05/06/2024 03:48:35 PM

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