

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, trece (13) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

DEMANDANTE : MARTHA INÉS HINCAPIÉ CAMACHO  
DEMANDADO : FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.  
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO  
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-018-2022-0087-01  
RADICADO INTERNO : 024-24  
DECISIÓN : CONFIRMA SENTENCIA  
ACTA NÚMERO : 046

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia **en el grado jurisdiccional de consulta**, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita, se DECLARE que el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual obedeció a la falta de información clara, cierta y comprensible; que la demandante sufrió un perjuicio en la cuantía de la pensión, que debe ser reparado por PROTECCIÓN S.A quien omitió su deber de información.

Se CONDENE a PROTECCIÓN S.A a reconocer a título de indemnización de perjuicios, la diferencia existente entre la mesada pensional que recibe y la que hubiera correspondido al permanecer en el Régimen de Prima Media,

diferencia cuyo monto inicial era de \$1.336.139; deberá reajustar anualmente con el IPC, el cual asciende para la fecha de la presentación de la demanda a \$1.433.741 mensuales, teniendo en cuenta que recibe una mesada de \$1.000.000 y en el Régimen de Prima Media la mesada para el año 2022 sería de \$2.433.741; condenar al pago de los perjuicios morales que se consideren causados y que sean tasados por el Juzgado atendiendo las pruebas arrimadas; al pago de la indexación de las condenas; y se condene en costas

Como supuestos fácticos con que sustenta sus pretensiones, expone la demandante nació el 26 de marzo de 1961; estuvo afiliada al ISS y en diciembre de 1997 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, siendo efectivo su traslado en enero de 1998; que le fue reconocida la pensión de vejez en diciembre de 2018. Aseguró no haber recibido asesoría del fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A antes del traslado de régimen, ni le explicaron las consecuencias de dicho cambio; cuando realizó el traslado a PROTECCIÓN S.A solo le dijeron que era más rentable, que se podía pensionar a cualquier edad, que las cotizaciones eran heredables y el ISS se iba a acabar; la sociedad demandada nunca le suministró información adicional la indujo en un error a efectos de producir su traslado y no le fue suministrada información cierta, clara y suficiente.

Que como la demandante disfruta de una pensión de vejez desde el año 2018 y atendiendo lo dicho en la sentencia SL 373 del año 2021 respecto a la no procedencia del regreso al Régimen de Prima Media cuando se ha obtenido la pensión de vejez por ser una situación jurídica consolidada, la consecuencia no es otra que el resarcimiento del perjuicio ocasionado por la falta de información, perjuicio que se establece por la diferencia entre la pensión reconocida por PROTECCIÓN S.A y la que correspondería al Régimen de Prima Media; que en este evento le fue reconocida una mesada inicial por valor de \$781.242 mientras que en el Régimen de Prima Media al tomar un IBC de los últimos 10 años, el IBL sería de \$3.197.977 al que se le aplicaría una tasa de reemplazo del 66% generando una mesada pensional de \$2.117.380 por lo tanto para el año 2018 la diferencia de la mesada pensional reconocida y la que le correspondería en el Régimen de Prima Media sería de \$1.336.139 que se traduce en el monto inicial para el cálculo del perjuicio en la base de su pensión ocasionado por la falta de información. Que el perjuicio económico

causado a la demandante por PROTECCIÓN S.A además conlleva padecimientos de perjuicios morales, porque al haber sido pensionada con una mesada ínfima le genera depresión, zozobra y angustia porque su mínimo vital al verse afectado su nivel y calidad de vida y al no poder cumplir con la totalidad de sus necesidades básicas correspondientes a alimento, vestido, vivienda, acceso a servicios públicos domiciliarios, recreación, entre otros.

### **RESPUESTAS A LA DEMANDA**

La accionada en su contestación aceptó que la demandante se afilió en forma libre y voluntaria a PROTECCIÓN S.A el 21 de diciembre de 1997, después de recibir información clara, correcta, adecuada y suficiente sobre el Régimen de Ahorro Individual y las implicaciones del traslado de régimen pensional; y resaltó que la demandante ha estado vinculada a dicho fondo, inicialmente en calidad de afiliada y en la actualidad como pensionado por el riesgo de garantía de pensión mínima en la modalidad de retiro programado. No le consta las semanas cotizadas al ISS ni los periodos que componen el bono pensional por tratarse de tiempos cotizados en otro régimen; ni lo referente a la proyección de la mesada pensional. Frente a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia enunciadas, considera que no son hechos. Y en relación a los hechos restantes, indicó que no son ciertos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de proyección pensional efectuada por la parte actora no se corresponde con la realidad; reasesoría pensional brindada al demandante cumplimiento de las obligaciones en cabeza de la AFP PROTECCIÓN S.A; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; culpa de la demandante; cumplimiento del deber de información por parte de PROTECCIÓN S.A.; prescripción; compensación y pago; falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal; genérica (expediente digital 07).

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

En sentencia del 22 de enero de 2024, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ probada la excepción de prescripción propuesta por PROTECCIÓN S.A, ABSOLVIÓ a PROTECCIÓN S.A. de todas

y cada una de las excepciones invocadas en su contra por la demandante. Impuso costas a cargo de la parte demandante en esta instancia.

En primera instancia señaló que la falta de información clara, cierta y comprensible por parte de PROTECCIÓN S.A, concluyendo que dicha entidad tenía la carga de probar la información brindada a la accionante, y pese a existir el formulario de afiliación y que en la contestación se haya afirmado la existencia de una asesoría clara y completa, no existe prueba con la que se demuestre la calidad de la asesoría suministrada y no logró la confesión del interrogatorio de parte, por el contrario, la demandante indicó que la información había sido sesgada; que pese a existir reasesoría brindada a la demandante en donde se le informó que no le convenía quedarse en el Régimen de Ahorro Individual y se le informó la fecha límite para realizar el traslado, pero la misma carece de idoneidad, e invocó sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en donde se indica que la reasesoría no ratifica la voluntad del afiliado dado que el deber de información debió ser brindado al momento del traslado.

Pese lo anterior, reitero lo expresado por la sentencia SL 373, SL 2432, SL 2388, SL 1692 de 2021, invalidó el traslado de régimen pensional cuando el demandante es un pensionado, y dejaron la posibilidad que el afiliado solicita el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por la pérdida de oportunidad de retornar al Régimen de Prima Media. Que en sentencia SL 3535 de 2021 se dio los parámetros de cómo se podía representar la indemnización para lo que mencionó que podía ser la diferencia de la prestación económica. Que en el presente caso si bien PROTECCIÓN S.A no acreditó el deber de información, al analizar la excepción de prescripción, concluyó su procedencia, dado que el estatus de pensionada se obtuvo a partir de diciembre de 2018 y la demanda fue presentada el 2 de marzo de 2022.

El presente asunto se conoce en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante de conformidad con lo establecido en el art. 69 del CTP y SS.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**La apoderada de la parte demandante** en su alegatos plantea su desacuerdo en la prosperidad de la prescripción al no estar de acuerdo en entender que el término opera desde que se obtiene la calidad de pensionado o se obtiene la primera mesada pensional porque sin importar esa condición, el perjuicio económico se sigue presentando con el pago de mensualidades que no corresponden, a diferencia de las mesadas pensionales canceladas que sobre ellas si opera la prescripción por el transcurso del tiempo.

Tampoco comparte, el momento que se toma para la contabilización del término de prescripción, porque si bien la Corte recientemente indica que se toma desde que se adquiere la calidad de pensionado, esta no es la única postura, la doctrina indica que no se encuentra definido un término de prescripción cuando se ha sufrido un daño continuado, al no existir un momento de consolidación del daño.

Por su parte, la **apoderada de PROTECCIÓN S.A.** solicita se confirme la decisión, al no haberse demostrado los elementos de la responsabilidad; asegura que no existe una conducta culposa por parte de su representada al haber actuado en forma diligente para el cumplimiento del deber de información, además de que se trata de un hecho exclusivo de la víctima en tanto la demandante solicito reconocimiento y pago de pensión de vejez en el año 2018, la cual se reconoció desde 19 de diciembre de 2018; tampoco demostró un perjuicio ocasionado para el momento del traslado al no haber estado pensionada y a la fecha de solicitar el reconocimiento de su pensión contaba con 1239 semanas cotizadas, lo que implica que no cumplía con el requisito de semanas exigido por la ley para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en el RPM. Y no existe un nexo de causalidad entre la conducta predicada por la parte demandante y el supuesto perjuicio sufrido, pues la liquidación de las mesadas pensionales es consecuencia exclusiva de la aplicación de las normas jurídicas que regulan ambos Regímenes Pensionales y que fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional.

Aunado a lo anterior, la acción interpuesta se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción extintiva, en vista que la parte demandante fue notificada del reconocimiento de la prestación de vejez desde el diciembre de 2018 y la demanda de presentó el 3 de marzo de 2022.

## PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud del grado jurisdiccional de consulta, si la demandante tiene derecho al reconocimiento de los perjuicios materiales y mortales solicitados, debidamente indexados y a las costas del proceso.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante nació el 26 de marzo de 1961 (fl. 34 del expediente digital 01); se trasladó a PROTECCIÓN S.A el 21 de diciembre de 1997 (fl. 26); le fue brindada reasesoría el 21 de febrero de 2008 (fl 60 a 63 del expediente digital 07); en comunicación del 19 de diciembre de 2018, le fue comunicado el reconocimiento de la pensión de vejez por garantía de pensión mínima en la modalidad de retiro programado; la mesada asciende a la suma de \$781.242 y como fecha de reconocimiento de la pensión indicaron que era el **1º de diciembre de 2018** (fl. 74 a 84); y según certificado del 27 de septiembre de 2022, la accionante es pensionada desde el 11 de enero de 2019 y para el año 2022 recibe una mesada pensional de \$1.000.000 (fl. 98); no obstante lo anterior, existe constancia de pagos del que se extrae que a la demandante le es reconocida mesada pensional desde el mes de diciembre de 2018 (fl. 100).

### **1. De solicitud de declaración de la falta de información clara, cierta y comprensible al momento del traslado**

Se tiene que el derecho a la seguridad social es irrenunciable conforme el artículo 48 y 53 de la CP, por ello cualquier pretensión de cambio en las condiciones de este derecho pensional debe ser tomado de manera autónoma y consiente con una comprensión volitiva tal que no quede duda que la información entregada por la entidad para que, con la libertad e información, la persona pueda decidir si se cambia de régimen o no.

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior **es libre y voluntaria** por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.*

*El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley”, y si nos remitimos al art 271 de la Ley 100 señala que **no será eficaz el traslado** si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de protección, y dice que “Cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado...” no solo a la multa sino que dice en forma expresa “... La afiliación respectiva **quedará sin efecto** y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”, o sea que se refiere a una ineficacia.*

Desde el **Decreto 720 de 1994**, por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, en el capítulo relativo a LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, en sus artículos 10 y 12 respectivamente reza:

**“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 ...**”. (Resalto fuera del texto)

**“OBLIGACIÓN 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 con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.” (Resalto fuera del texto)

Este deber profesional que existe desde 1994, ese de información que permita al usuario tomar una decisión libremente consentida, es decir, **la carga de la prueba correspondería a la entidad demandada**, y que en estos casos corresponde a que se demuestre: cuál fue la información que se le entregó y en qué vastedad se presentó. Tal conceptualización se encuentra en la sentencia SL 12.136-2014, Rad. 46.292 del 3 de Sept. de 2014, M. P. Dra. ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, que reza:

*“...A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos pensionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; ...”*

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se dice que la información tiene que ver con: 1º. **La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional**, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó que aún operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877, 4811 de 2020, SL 1217, 782 de 2021 y SL 1465 de 2021, SL 755, SL 779 y SL 4297 de 2022 y SL 1084 de 2023, y como juez constitucional en las sentencia STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada PROTECCIÓN S.A., no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, **cuando tomó la decisión de trasladarse a dicho fondo de pensiones**, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los



gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se violenta el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvo efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles (sentencia SL 3202 de 2021 que remite a las sentencias SL 1688 de 2019, SL 12715 de 2014, 28.479 de 2008, 39.347 de 2012 y 8397 de 1996) **y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto**, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. PROTECCIÓN S.A aportó en su contestación de la demanda, historia laboral de cotizaciones y la historia laboral válida para bono pensional, formulario de afiliación, formulario de reasesoría pensional y simulación de la mesada pensional, comunicado donde se informó a la demandante la fecha límite para realizar el traslado al Régimen de Prima Media; selección de la modalidad pensional; comunicación de reconocimiento de la pensión de vejez; certificado de reconocimiento de pensión de vejez y constancia de pago de mesadas pensionales (expediente digital 07), con lo que se puede concluir, que **no le dieron una información completa y suficiente**.

Conforme a lo señalado, hay lugar a que se DECLARE que el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual obedeció a la falta de información clara, cierta y comprensible conforme fue indicado en primera instancia.

No obstante lo anterior se advierte que, los casos estudiados por la Corte son sobre la nulidad o la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, se presenta por la falta de la demostración de

la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, conforme el literal b) del artículo 13 que habla de las características de la seguridad social y que señala: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior **es libre y voluntaria por parte del afiliado,**...”* es decir el acto jurídico se considera como inexistente. Nótese que **no se dice del “pensionado”** por la potísima razón que el pensionado no podría estar dentro de esta característica de la ley pues ya escogió el régimen y queda excluido del sistema en el sentido que ya es sujeto pasivo del sistema de seguridad social, no siendo aplicable la sanción prevista para el afiliado como sería la ineficacia prevista en el artículo 271 y si bien existe la sentencia 31.989 del 09 de septiembre de 2008 que trata de un pensionado que se trasladó a PORVENIR, se trata de un caso disanalógico, no inscrito en el precedente, por cuanto se trataba de una persona expresamente excluida del Régimen de Ahorro Individual, al tener más de 55 años a la entrada en vigencia del sistema de seguridad social integral, estando inmerso en el contenido del ordinal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, además de que en la sentencia SL 373 de 2021, *“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”*, criterio reiterado además en las sentencias **SL 3707 del 18 de agosto de 2021**, y la **SL 053 del 26 de enero de 2022**.

Ahora, dada la diferenciación de las calidades de afiliado y pensionado claramente los diferencia, de los artículos 13, literales b), e) y d), 87, 115 y 117 de la Ley 100 de 1993; el artículo 1º de la Ley 1748 de 2014, permita apartarse del precedente de la Sala Laboral de la Corte sobre ineficacia de la afiliación, entendiendo que se está ante universo fáctico diverso como lo es la persona pensionada y de esa manera lo entendió la Sala Laboral de la Corte suprema de justicia en la sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas, donde se analiza un evento de un pensionado anticipadamente, bajo la modalidad de retiro programado en la cual la Sala Laboral no casa la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Cali, no por las razones esbozadas en segunda instancia, sino por tratarse de una persona con estatus de pensionado desde el año 2008. Al respecto señaló la Corte 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 revertir 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. (...)**” (Resalto fuera del texto)*

Y el evento que hoy nos convoca, si bien la demandante se enmarca parcialmente en los presupuestos facticos de la sentencia transcrita, toda vez que la Sra. Martha Inés Hincapié Camacho fue pensionada a partir del 1º de diciembre de 2018 y escogió la modalidad pensional de **retiro programado** (fls. 74 a 85 del expediente digital 07).

## **2. De la indemnización de perjuicios**

Para estos casos, es prístina la Corte en la sentencia SL 373 de 2021, en señalar que *“el pensionado que se considere lesionado en su derecho por parte de una administradora que 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.*

Es necesario traer a colación sentencia del 9 de julio 2012, radicación 2002-00101-01 de la Sala Civil de la CSJ en la cual se considera imprescindible la demostración del perjuicio para que se genere la indemnización, al sostener *“... no bastarán para que el reclamante se haga acreedor a una indemnización,*

*sino que a la confluencia de esos requisitos deberá agregarse la demostración del perjuicio sufrido y del nexo de causalidad con la conducta del autor.”.*

Conforme el art. 2343 del C.C., **toda persona que cause un daño está obligada a indemnizar al afectado**, por ello se impone a quien lo causó la obligación de indemnizar a quien lo sufrió, tal comportamiento puede tener su fuente en un contrato, en un cuasicontrato, en el incumplimiento de obligaciones legales, en la comisión de delitos, o la violación del deber general de prudencia, conforme el Art. 1494 del C.C. y para que esta obligación nazca debe probarse:

1. **La antijuricidad o ilicitud**, es decir la constatación que **el daño** causado no tiene por qué soportarlo una persona, pues no está permitido por el ordenamiento jurídico.
2. **El factor de atribución o imputación**, es decir, **la culpa** que puede atribuirse a quien realizó el hecho y que debe ser probada. Art 2347 del C.C.
3. **El nexo causal**, es decir se debe probar por el afectado, la vinculación directa entre el hecho lesivo, la culpa y el daño producido
4. **El daño** que comprende las consecuencias derivadas de la lesión, que se divide en daño patrimonial y daño extrapatrimonial, es decir el daño emergente y el lucro cesante. Este elemento debe demostrarse por quien pretenda ser indemnizado.

Conforme lo anterior corresponde a la Sala determinar si en el caso concreto, se presentan cada uno de los elementos configurativos de la responsabilidad civil, es decir el hecho, el daño, la cuantificación del daño, y la relación causal, con el fin de definir si prosperan las pretensiones de la parte actora:

### **3.1 La culpa**

La pretensión de la parte demandante es de naturaleza indemnizatoria y según se extrae de los hechos de la demanda, se basa en el incumplimiento de la sociedad demandada del deber de información a su cargo, que le habría generado a la demandante el perjuicio de percibir una pensión de vejez del RAIS en condiciones desventajosas en comparación con la que podría haber percibido en el RPMPD.

Previo a analizar el segundo elemento de la responsabilidad, esto es, la culpa de la entidad debe aclarar la Sala que en principio no se trata acá de mantener el concepto de ineficacia de la afiliación en donde por el sólo hecho de faltar la libertad informada (elemento de la esencia del contrato) independiente de cualquier acto posterior a la afiliación, se entendía que las cosas debían volver a su estado inicial. A partir de la sentencia SL 373 de 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 ende, 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 de la prueba del demandante.

Por lo anterior, **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 sólo 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 RPMPD al RAIS hasta que se reconoció la pensión. En otras palabras, se debe demostrar una conducta jurídica reprochable del demandado, a título de culpa o dolo, que ha causado un perjuicio que afectó la pensión y que no existió de parte de usuario, ninguna conducta que con posterioridad lo hiciera responsable de quedarse en la entidad y generase el nuevo statu quo.

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

En ese mismo sentido la SL 373 de 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.*”

Si ello es así, como lo es, en las AFP debe recaer la carga de probar que suministraron esta información, frente a los beneficios o eventuales perjuicios que obtendría en el RAIS frente al RPMPD, para eximirse de responsabilidad. Igualmente se debe afirmar que en la sentencia SL 4426-2019, la carga de la prueba se mantendría en la entidad profesional, pues el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes por estar en una mejor posición de demostrar como ocurrió la afiliación, pues tiene el deber de conservar en sus archivos la documentación relativa al traslado en donde conste la información entregada y las consecuencias que trae elegir el régimen ofrecido.

En el presente caso, PROTECCIÓN S.A., que fue la AFP en la que se produjo el traslado de la demandante del RPM al RAIS, aportó en su contestación de la demanda, historia laboral, historia laboral válida para bono pensional, formulario de afiliación, formulario de reasesoría pensional y simulación de la mesada pensional, comunicado donde se informó a la demandante la fecha límite para realizar el traslado al Régimen de Prima Media; selección de la modalidad pensional; comunicación de reconocimiento de la pensión de vejez; certificado de reconocimiento de pensión de vejez y constancia de pago de mesadas pensionales (expediente digital 07), y para probar la información brindada a la accionante solicitó el interrogatorio de parte de la Sra. Martha Inés Hincapié Camacho, quien en síntesis manifiesta que su afiliación a PROTECCIÓN S.A porque la empresa donde trabajaba la trasladó; que no recibió asesoría de personal de PROTECCIÓN S.A; que no retornó al Régimen

de Prima Media luego de recibir la reasesoría porque la asesora de PROTECCIÓN S.A le dijo que le sugería que se quedara porque se podía jubilar anticipadamente a los 55 años y por eso continuó; que ella fue la que solicitó la pensión de vejez cuando cumplió la edad de 57 años, pero se lo pospusieron por lo que tuvo que interponer acción de tutela y a los 3 meses le respondieron; que no le pareció justo el monto de la pensión de vejez en ese momento pero debía firmar para que le dieran la pensión; que la información que la asesora de PROTECCIÓN S.A le dio era engañosa cuando le dijo que le aconsejaba que se quedara.

Para valoración probatoria debe señalar la Sala, que la AFP PROTECCIÓN S.A. al dar respuesta a la demanda afirma que no es cierto que se haya omitido información a la demandante al momento del traslado inicial, que la demandante se afilió de manera libre, espontánea u sin presiones, pero en el transcurso del proceso no demostró dicha afirmación por lo menos, la correspondiente a la asesoría inicial.

En conclusión, 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, **por tanto existiría culpa** de la sociedad PROTECCIÓN S.A. como elemento de la responsabilidad, la cual se deriva de la falta de información al momento del traslado en 1997, incumpliendo de ese modo con las exigencias establecidas en la ley, además de que no existe culpa de la demandante en la medida que no realizó actos que indicaran su conformidad de estar en el RAIS

### **3.2 El daño.**

El daño, es lo que genera la obligación de indemnizar, por lo que, si no hay daño, no hay razón para auscultar los siguientes requisitos para que se estructure la responsabilidad civil, daño que debe ser cierto, cuantificado o al menos cuantificable.

El daño que pretende la actora le sea resarcido por la AFP demandada, lo hace consistir en que, por falta de la adecuada información, al pasarse al RAIS no pudo obtener el reconocimiento y pago de su pensión de vejez en monto

previsto en el RPMPD, y en consecuencia solicita que se le reconozca la diferencia.

Para la Sala, analizar el daño en materia de sistema de seguridad social en pensiones 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 aproximadamente 10 años de estar en el primero, es decir analizarse qué 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.

La Corte suprema de justicia, entre otras, en la sentencia de 18 de diciembre de 2008, exp: 88001-3103-002-2005-00031-01, considera al daño de la siguiente manera:

*«De suyo, que si 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.»*

Por lo anterior la parte demandante debe demostrar cual fue la información que se le señaló al trasladarse del RPMPD al RAIS y si esta se cumplió o no,



dado que cada régimen tiene beneficios y perjuicios de acuerdo a la situación particular del futuro pensionado, que permiten a las personas escoger el que más les convenga.

Recuérdese que según la Ley 100 de 1993, existen ventajas en el RAIS que no se tendrían en el RPMPD, como son:

1. La devolución de saldos, si no tiene los requisitos para obtener la pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes, la cual es 6 o 7 veces más favorable en su monto que la indemnización sustitutiva del RPM.
2. La garantía de pensión mínima de vejez que se obtiene con 1.150 semanas cotizadas en el RAIS, garantía inexistente en el RPM que requiere actualmente de 1300 semanas, esto es casi 3 años más de cotizaciones.
3. Si fallece un afiliado en el RAIS sin que tengan beneficiarios para la pensión de sobrevivientes, 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.
4. 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, 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. Lo anterior sin tener en cuenta, la edad de redención del bono pensional, que puede en cada caso incidir en que el monto inicial de la pensión sea inferior, pero que una vez redimido cambie sustancialmente el mismo.

Por ello, analizando el caso presente, se observa que nadie podría predecir que en **diciembre de 1997**, fecha de afiliación de la demandante al RAIS, si le resultaría más favorable el valor de la pensión que obtendría en el Régimen de Prima Media o el de Ahorro Individual, pues el monto de los ahorros

pensionales con los que se financia la pensión de vejez en el RAIS y del que se deriva el monto de esta prestación, depende, 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. Además de sus condiciones personales como es su mantenimiento en el empleo, sus buenos o malos salarios, la existencia de parejas, hijos, la edad en que desea pensionarse etc.

Por ello para establecer el daño y los eventuales perjuicios que se reclaman ante un menor valor pensional de un régimen frente al otro, en cada caso en concreto, se debe demostrar si era claro o se podía prever al momento del traslado de régimen pensional, que dicho monto pensional futuro sería más beneficio en el RPMPD o en el RAIS, no sólo desde lo que debió informar la AFP, sino de acuerdo con los presupuestos de ley y del mercado.

Para lo que, a juicio de la Sala, se deben estudiar las siguientes variables, extraídas de la sentencia de la Sala Primera, M.P. Francisco Arango Torres, para el momento del traslado y a través de la permanencia en el RAIS, además de 3 que adicionan por esta sala:

“ ...

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.

Otras variables para la presente sala, serían:

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 si hubo un perjuicio con el menor monto de la pensión que habría obtenido el trabajador 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.

De la aplicación de cada uno de los elementos arriba mencionados en este caso objeto de apelación, se tiene:

- 1. La edad de la Sra. Martha Inés Hincapié Camacho, al momento del traslado de régimen pensional.** Se encuentra que la accionante nació el 26 de marzo de 1961, cumpliendo 57 años de edad el 26 de marzo de 2018 y el 21 de diciembre de 1997 se produjo su traslado efectivo al RAIS, a PROTECCIÓN S.A., fecha en la que contaba 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. **En conclusión, la edad no significa un perjuicio al no estar cercana a obtener el derecho pensional.**
- 2. La densidad de tiempo de servicio o semanas cotizadas que poseía la actora al momento del traslado de régimen pensional,** se prueba que para el 21 de diciembre de 1997, que se produjo su traslado al RAIS, contaba con 6.29 semanas y 152.86 semanas en otros fondos de pensiones diferentes a PROTECCIÓN S.A, según reposa en la historia laboral de PROTECCIÓN S.A. aportada en el expediente digital 07 y según la historia laboral válida para bono pensional se registra un total de 44 días y 6 semanas laborados a SCEIR LTDA y 167 semanas laboradas para COMFAMA (fls. 53 a 58 expediente digital 07); por lo que no contaba siquiera, con la mitad del número mínimo de semanas requeridas para obtener la pensión de vejez en el RPM, para llegar a 1.300 semanas, siendo la mitad 650 semanas. Y para alcanzar las 1300 semanas le faltaba 1.140,85 semanas aproximadamente.

Contrario sensu estaba más cerca de obtener una pensión de garantía mínima, pues necesitaba 990.85 semanas. En conclusión, tenía una expectativa más cercana de alcanzar las semanas para obtener el

derecho a una pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual y por ello se puede considerar que en razón a su densidad de semanas cotizadas, al momento del traslado, **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**, según la historia laboral visible a fls 40 a 51 del expediente digital 07, se aprecia que antes del traslado que fue en 1997, los salarios de la demandante oscilaban en 1 y 5 salarios mínimos; y a partir del traslado el salario era osciló entre 4 y 6 salarios mínimos, por lo que la actora tenía una expectativa probable de obtener una pensión de vejez en el RPM en un monto superior al salario mínimo legal, por lo cual existía diferencia en estar en el RAIS, de lo que se deriva que **habría un riesgo de sufrir un perjuicio al trasladarse del RPM al RAIS.**
4. En lo concerniente a **la existencia o no al momento del traslado de régimen pensional, de beneficiarios que pudieran obtener una pensión de sobrevivientes**, en el formulario de afiliación no se plasmaron la existencia de beneficiarios (fl. 59 del expediente digital 07), y en el documento de selección de la modalidad de la pensión visible a fl. 72 del expediente digital 07, incluye como beneficio a su cónyuge. Por ello su traslado al RAIS no le representaba una desventaja en caso de fallecimiento de la actora, pues su cónyuge, se podrían beneficiar pues los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante ingresarían a la masa sucesoral, **por lo que no se demostró la existencia de un perjuicio con el traslado.**
5. **Si al momento del traslado al RAIS, la parte actora era o no beneficiaria del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993.** Se demostró que no era beneficiaria, porque al 1º de abril de 1994 tenía 33 años de edad, y los 57 años los cumpliría en el año 2018, **lo cual le trae un perjuicio.**
6. **Si la actora, supo o no que el monto de la pensión que podría obtener en el RAIS, podría ser inferior al que obtendría en el RPM,**

No obra prueba en el plenario de la primera asesoría que se le dio, por lo que no hay prueba que a la demandante se le haya informado el monto de la mesada pensional. Sin embargo, era imposible de acuerdo a las características que tenía la accionante, saber si le era mejor o no pasarse de régimen, más cuando se pensionó 21 años después del traslado inicial. **Sin que se pueda hablar de un perjuicio.**

7. 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 1997 que se produjo el traslado de la demandante estaban vigentes los Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994, los que en lo que concierne a la información a que estaban obligadas las AFP a brindar a sus usuarios, establecían lo siguiente:

El Nral. 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 Artículo 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”, preceptúan:

**“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.”*

Lo anterior en principio **representa un perjuicio para la accionante.**

- 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 esta 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 (permanente), SL 4609 del 6 de octubre de 2021 donde señaló 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).”*  
(Resalto de la Sala)

Para analizar la conducta encarada por la demandante y la AFP para efectos de determinar una posible indemnización de perjuicios por el daño causado, dado el monto pensional más bajo en el RAIS, son un indicativo de la conformidad de estar en un régimen, los traslados horizontales entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual o cualquier acto en donde pretenda sacar beneficios. Al respecto, **para este caso no es aplicable este ítem** pues en este evento solo está probado el traslado realizado a PROTECCIÓN S.A. en 1997 (fl. 58 del expediente digital 07).

**9. El pago anticipado de la pensión o la solicitud de excedentes de libre disposición.** Para el caso en análisis, no se aplica la misma, pues la accionante solicitó la pensión de vejez y en el año 2018 le fue reconocido, y en esa anualidad contaba con cumplió los 57 años de edad.

**10. Si se dio reasesoría o no y de darse cuál fue la posición asumida.**

En el presente proceso existe prueba de la reasesoría que legalmente la sociedad debió darle a la demandante 10 años antes de cumplir la edad mínima pensional, que para el presente caso era a los 47 años de edad por no ser beneficiaria del régimen de transición, la edad pensional lo eran los 57 años de edad. En la reasesoría realizada el 21 de febrero de 2018, ello es, cuando contaba con 47 años de edad, se le indicó que no le convenía permanecer en el Régimen de Ahorro Individual y se le informó en forma expresa que contaba con la posibilidad de trasladarse al Régimen de Prima Media, hasta el 24 de marzo de 2008

Y en la misma asesoría se realizó una proyección de la mesada pensional donde se le informó que a los 59 años de edad, la mesada pensional en el Régimen de Prima Media sería de \$1.112.762 (fls. 60 a 33 del expediente digital 07).

Asesoría que se sale de la realidad, en tanto que al realizar la sala la liquidación de la pensión de vejez de la demandante en el Régimen de



Prima Media teniendo en cuenta un IBL de los 10 ultimo años de \$3.184.642,92 y una tasa de reemplazo del 63.46% se generó una mesada de **\$2.021.032 para el año 2018** (teniendo en cuenta como última cotización el mes de noviembre de 2018, en tanto la pensión fue reconocida por PROTECCIÓN S.A desde el 1º de diciembre de 2018).

Diferencia con la que se pone en **evidencia un perjuicio** que es notorio para la accionante, en tanto, para el año 2022 le era reconocida una mesada pensional a la demandante de \$1.000.000 según constancia emitida por PROTECCIÓN S.A y que reposa a fl 99 del expediente digital 07.

De lo anterior se concluye, que en 3 situaciones de las 10 previstas, (teniendo en cuenta que, de los 7 restantes, dos de ellas no aplicarían a la demandante) el daño era real, pues ponderándolo, es decir, haciendo una graduación de los puntos tenidos en cuenta para valorar la existencia del daño (entendiéndose que no todas tienen el mismo peso), la accionada faltó a su deber de información, tenía unos aportes pensionales que superaban con creces el salario mínimo y oscilaba entre los entre 1 a 5 salarios mínimos antes de 1997 y entre 4 y 6 salarios mínimos con posterioridad al traslado de régimen; pese a que se le informó que no le convenía permanecer en el RAIS, se erró en la proyección de la mesada pensional en el Régimen de Prima Media , la cual en la realidad era superior a la informada a la demandante.

Sopesando estos con los otros 7 puntos que no se cumplieron en este evento, correspondientes a la edad al momento del traslado, la densidad de semanas al traslado y el tiempo que le faltaba para el reconocimiento de la pensión, los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes, el hecho de no ser beneficiaria del régimen de transición, no haber realizado actos de relacionamiento, y no haberse beneficiado de excedentes ni de pensión anticipada de vejez, se concluye con esta ponderación, que el daño determinante no fue probado.

Por lo anterior al demostrarse la culpa y no probarse el daño es por lo que no hay lugar a declarar la existencia de un nexo directo de causalidad.

Y en relación a los perjuicios morales, los mismos fueron enunciados en los hechos de la demanda y en su interrogatorio de parte, sin que fueran acreditados con medios de prueba idóneos. En consecuencia, tampoco hay lugar a su reconocimiento.

Igualmente hay lugar a CONFIRMAR la sentencia de primera instancia que negó los perjuicios, pues los mismos se encuentran prescritos, teniendo en cuenta que, según lo expuesto por la CSJ en la sentencia SL 053 del 26 de enero de 2022, dicha solicitud es susceptible de prescripción según se expresó así:

*“El precepto normativo llamado a regir la indemnización plena de perjuicios solicitada, como lo señalara esta Corte, es el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que reza:*

*ARTICULO 16. VALORACIÓN DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.*

*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”.*

En razón de lo expuesto y dado que la accionante tiene la calidad de pensionada desde el **1º de diciembre de 2018** según se extrae de la comunicación emitida por PROTECCIÓN S.A el 27 de septiembre de 2022, y dado que la demanda fue presentada el **2 de marzo de 2022**, entre uno y otro término es claro que transcurrieron más de tres años establecidos en los artículos 488 del C.S.T y 151 del CPTSS, por lo que la solicitud de perjuicios pretendida se encontraría prescrita.

Partiendo de lo anterior, se CONFIRMARÁ la decisión adoptada en primera instancia.

Sin costas en esta instancia por ser conocido en el grado jurisdiccional de consulta.

### **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 proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, por lo expresado en la presente providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia por ser conocido en el grado jurisdiccional de consulta.

**TERCERO:** Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la providencia AL 2550, radicación 89628 del 23 de junio de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

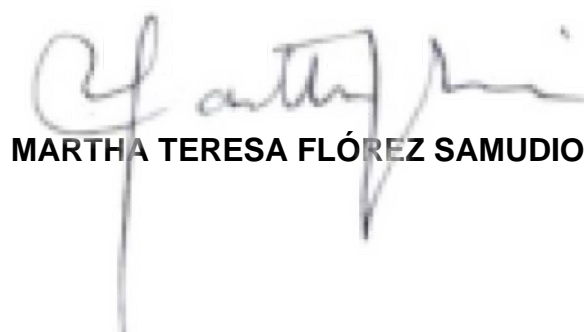
Los Magistrados.



**HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ**



**CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA**



**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**



**SECRETARÍA SALA LABORAL**  
**EDICTO VIRTUAL**

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

DEMANDANTE	: MARTHA INÉS HINCAPIÉ CAMACHO
DEMANDADO :	: FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-018-2022-0087-01
RADICADO INTERNO	: 024-24
DECISIÓN	: CONFIRMA SENTENCIA

**Magistrado Ponente**  
**HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ**

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/162> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

**CONSTANCIA DE FIJACIÓN**  
Fijado el 14 de marzo de 2024 a las 8:00am

**CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN**  
Se desfija el 14 de marzo de 2024 a la 5:00pm

  
**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
**Secretario**