

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, catorce (14) de octubre de dos mil veintinueve (2022)

DEMANDANTE : GLORIA AMPARO PATIÑO OSPINA
DEMANDADO : PROTECCIÓN S. A
LITISCONSORCIO NECESARIO: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-021-2021-00130-01
RADICADO INTERNO : 099-22
DECISIÓN : CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO : 273

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelve los recursos de apelación 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 el Decreto 2213 de 2022, la sentencia se profiere por escrito.

ANTECEDENTES

La parte demandante, solicita se DECLARE responsable patrimonialmente a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías protección de los perjuicios generados a la demandante por el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, donde se incumplió el deber de información por parte de la SOCIEDAD DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., lo que la llevó a percibir una mesada pensional inferior a la que le fuere correspondido en el régimen de prima media con prestación definida, y en consecuencia se condene a la SOCIEDAD DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.S reconocer y pagar a la demandante la suma de \$39.683.7050, por concepto de lucro cesante, consistente en el mayor valor generado entre la pensión reconocida en el régimen de ahorro individual y la que correspondería en el régimen de prima media con prestación definida, liquidada desde el mes de marzo del 2016 y el

31 de marzo del 2021. Así mismo seguir reconociendo y pagando a la demandante GLORIA AMPARO PATIÑO OSPINA la diferencia consistente en el mayor valor generado entre la pensión reconocida y el régimen de ahorro individual, y la que le correspondería en régimen de prima media con prestación definida, a razón de \$ 653.502,00 mensuales para el año 2021. Se condene a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a indexar las sumas reconocidas a favor de la señora GLORIA AMPARO PATIÑO OSPINA y, se condene a lo que Ultra y extra patita resulte debatido y probado en este proceso, de igual manera se condene a la sociedad demanda en costas y agencias en derecho.

-Fundamenta sus pretensiones en el hecho que la señora GLORIA AMPARO PATIÑO OSPINA identificada con cédula número 42.871.790 nació el 20 de diciembre 1960 y cuenta con la edad de 57 años, que la demandante cotizó para los riesgos IVM, al I.S.S hoy COLPENSIONES desde el 9 marzo de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1995 logrando cotizar un total de 676,71 semanas, así mismo en el año 1995, la señora GLORIA AMPARO PATIÑO OSPINA fue abordada por el asesor de la administradora de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A. quién le sugirió trasladarse de régimen pensional, pero no le explicó las diferencias en el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, de igual manera omitieron explicarle cuáles eran los requisitos para acceder a una pensión de vejez en el régimen de ahorro individual, tampoco le aclararon a la demandante las ventajas y desventajas que le produciría trasladarse de régimen pensional, y al momento de producirse el traslado de régimen pensional, y que no le efectuaron proyección respecto del capital que necesitaría obtener una pensión de vejez, de igual manera al momento que el asesor de la sociedad administradora de fondos y pensiones y cesantías PROTECCIÓN S. A, le sugirió trasladarse de régimen pensional sin realizarle comparaciones, entre la mesada pensional y la que corresponde en el régimen de prima media con prestación definida, y la eventual pensión que reconocería el régimen de ahorro individual, de igual forma la señora PATIÑO OSPINA, cotizó al sistema general de pensiones un total de 1.803 semanas. Para marzo del 2018 la sociedad demandada reconoció pensión de vejez a la demandante en una cuantía de \$1.003.922, pensión que para el día de hoy tiene un monto de un SMLV, pero efectuando una liquidación de la mesada pensión al que le correspondería a la señora GLORIA AMPARO PATIÑO OSPINA en COLPENSIONES, arroja los siguientes resultados: IBL \$ 1.958.872- semanas

cotizadas 1.803, - tasa de reemplazo 79.1%, - fecha última cotización al sistema 2017, - Fecha reconocimiento mesada pensional, \$154.946.775.

Mediante auto del 09 de junio de 2020, el Juzgado Veintiuno laboral del circuito, ordenó integrar al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en calidad de litisconsorcio necesario por pasiva (expediente digital 09)

RESPUESTAS A LA DEMANDA

La SOCIEDAD DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. en la contestación de la demanda, manifiesta que es cierto el hecho uno, aceptando en su totalidad su identificación, y que en este sentido para el año 2017 tenía la edad requerida para pensionarse, el hecho dos, es cierto, pues la demandante cotizó a él I.S.S hoy COLPENSIONES a partir del 9 de marzo 1980 hasta el 31 de diciembre de 1995 un total de 676,71 semana. No es cierto que en año 1995 le hubieran sugerido al demandante trasladarse de régimen lo que se presentó fue una amplia presentación del RAIS, (Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad), se le dio una asesoría, sobre todos los aspectos del régimen pensional, asimismo no es cierto que no se le haya explicado cada una de las características de cada régimen pensional a la actora, la demandante fue informada objetiva e integralmente sobre todas las características de ahorro individual en comparación con el régimen de prima media, explicándole cada una de sus, diferencias entre un régimen y el otro. Así mismo a la demandante se le explicó con claridad que era una cuenta ahorro individual y que era una cuenta de fondo común, como también se le explicó con claridad en qué consistía el capital acumulado, como el requisito de edad y semanas de cotización, se le dejó claro las garantías de pensión mínima en el país, como también se le hizo énfasis de cuándo aplicaría la devolución de saldos y que era indemnización sustitutiva.

No es cierto que protección omitiera brindar total explicación a la actora, teniendo en cuenta que una de las principales características del RAIS es que en este régimen pensional se alcanza el derecho a pensionarse y se define el monto de la mesada según el capital acumulado en la cuenta de ahorros individual independientemente de la edad o tiempos de cotización, diferente al régimen de prima media dónde la pensión se alcanza acreditando la edad establecida por el legislador, de igual forma se le explico de la garantía de pensión mínima en el país que consiste en un SMLV, Cuándo se cumple la edad límite de pensión y acredite solo 1150 semanas de cotización. A la demandante se le hizo saber el RAIS y el RPM, es por eso que no puede

hablarse de ventajas y desventajas, pues cada caso es diferente, que la asesoría brindada fue totalmente objetiva e integral, y se le pusieron de presente las diferencias entre un régimen y otro.

No es cierto el hecho séptimo pues se le brindó a la demandante en la asesoría los parámetros legales generales de la época, para el cálculo del monto de la pensión y aclaramos que el monto de la pensión o valor de la mesada pensional en el RAIS, es variable, y solo se determina a largo plazo, dependiendo del movimiento de cuenta, y que se realizaba teniendo en cuenta el salario y los beneficiarios al momento de la afiliación dejando claro que eran meras aproximaciones y no se extraía una expectativa legítima, para el año 1995 no era una obligación legal del asesor realizar alguna proyección de índole técnica y financiera pues dicha obligación solo surge para las aseguradoras de fondo de pensión con la ley 1748 del 2014 y el decreto 2071 del 2015, y cualquier cálculo que se hiciera estaba sujeto a múltiples variaciones, teniendo claro que los dos regímenes son totalmente diferentes, desde su creación por el legislador.

La mesada en el RAIS. Se basa en el capital ahorrado para definir la mesada que se puede pagar a diferencia que en el RPM es un beneficio definido, parte del comportamiento de la cotización de los últimos 10 años para determinar una tasa de reemplazo de este promedio en cotización, desconoce este mismo el nivel de aportes y viene con un subsidio implícito de parte del Estado, la mesada a pagar no corresponde al ahorro realizado razón por la cual no es posible asemejar las dos condiciones para liquidar la mesada en ambos regímenes, situación conocida y aceptada por la demandante desde el momento de la afiliación. No es cierto que la señora Gloria Amparo Patiño Ospina cotizó al sistema general de pensiones 1803 semanas, no es cierto que en el año 2018 PROTECCIÓN S.A. haya reconocido una pensión de vejez a la actora, le fue reconocido una prestación económica denominada garantía de pensión mínima lo que implicaría una pensión de 1 SMLV.

EL MINISTERIO DE HACIENDA en la contestación a la demanda (cuaderno 10 exp. Virtual) acepta cómo cierto la identificación y los años cumplidos de la accionante, lo demás no le consta. Lo manifestado por la accionante no corresponde a la verdad, es meramente subjetivo y no sé aporta prueba algún dónde se pueda inferir con meridiana claridad que no hubo una información debida al momento de efectuar el traslado de régimen pensional. Dentro del deber de información de las entidades administradoras de fondos de

pensiones, a los usuarios del sistema, el decreto 663 de 1993, que aplicó como regulación para las administradoras de fondo de pensiones, esta esa obligación ya que, éstas hacen parte del sistema como instituciones financieras privadas de carácter previsional. Dicho estatuto estableció la importancia del deber de informar al consumidor financiero a partir del artículo 97, es por esto que la AFP PROTECCIÓN S. A, brindó la información necesaria a la accionante y por ello optó por el cambio de régimen pensional. Señala que no es de recibo que se pretende un derecho cuando tuvo varias oportunidades de devolverse y no lo hizo. Se opuso a todas las pretensiones porque la demandante ya consolidó su derecho en el RAIS y fue de manera voluntaria y propuso como excepción la inexistencia de la obligación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 6 de abril de 2022, el Juzgado veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la prescripción de las pretensiones impetradas por la demandante en este proceso, y por ende absolvió a PROTECCIÓN S.A. de las mismas. Condena en costas a la demandante, pero teniendo en cuenta que recibe una pensión equivalente a un SMLMV, se fija una suma equivalente a \$100.000

IMPUGNACIÓN

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación, en los siguientes términos: Señala que se demostró en el presente proceso como lo menciona el señor juez el A Quo, la culpa, el daño y el nexo causal, que sufrió la demandante por parte de AFP PROTECCIÓN S .A. al momento del otorgamiento de su pensión de vejez, como consecuencia de ello se dan los elementos para declarar responsable y patrimonialmente los perjuicios ocasionados a la demandante por parte de protección, y en consecuencia la demandante tendría derecho efectivamente, al reajuste de su pensión de vejez, con base en los mismos términos que establece el régimen de prima media y a su retroactivo pensional y aunque el A Quo, en su análisis del proceso encuentra que ópera el fenómeno de la prescripción de tres años que operó desde el momento del reconocimiento, o el momento de la solicitud de la pensión, hasta el momento de la presentación de la demanda, en este punto se difiere, en los siguientes términos: El A Quo, comienza a contar el término de prescripción de los tres años, para declarar la excepción de prescripción desde el momento en que la demandante solicita efectivamente su derecho

pensional, qué fue el 23 de enero del año 2018, día que llenan los requisitos y los formularios entregados por protección, con el fin qué se le reconozca su derecho pensional, dichos documentos se encuentran en la contestación de la demanda realizada por parte de Protección S.A, documentos que fueron allegados por medio del expediente digital y que aparecen a folios 83. Incurrir en un error el juzgador de primera instancia, ya que el término de la prescripción se debe contabilizar a partir del momento del reconocimiento del derecho pensional, esto es a partir del día 3 de mayo del 2018, fecha en que PROTECCIÓN S A. le concede la garantía de pensión mínima a la accionante y le otorga un retroactivo pensional causado desde el 1° de enero del año 2018 hasta el 30 de marzo del 2018 por valor de \$2.343.726, este documento aparece a folios 83 y siguientes de la contestación de la demanda, por parte de PROTECCIÓN. La Corte Suprema de justicia ha establecido su posición del término de la prescripción se debe reconocer es desde el momento del reconocimiento del derecho, no desde el momento de la solicitud, por lo tanto sí miramos con detenimiento la fecha en que PROTECCIÓN S. A. reconoce ese derecho pensional a la demandante esto es desde el 3 de mayo del 2018, el término de prescripción sería hasta el 3 de mayo del año 2021, y la demanda según el acta de reparto de la oficina de apoyo judicial de la ciudad de Medellín establece, que fue presentada, el día 26 de marzo del 2021; es decir no habían operado todavía los tres años de prescripción. Ahondando más, hay que tener en cuenta también el término de suspensión de proceso, qué estableció el decreto 806 del 2021 por la emergencia sanitaria, decretada por el gobierno nacional, y el gobierno decreto una suspensión en los procesos, hasta por 120 días, tenemos qué en gracia y discusión si se toma en cuenta el término de prescripción desde el momento de radicación de los documentos para la pensión de la demandante, es decir desde el 23 de enero del año 2018, y teniendo en cuenta este término de prescripción del decreto 806 del año 2020, tampoco operaría el término de los tres años. Por lo tanto, en el presente caso, queda demostrado que efectivamente no opera la prescripción.

Respetando la posición del juez, en el sentido que para él en este caso también ópera el traslado de la carga de la prueba a la AFP, ello solo opera para los procesos de ineficacia de traslado, en este caso específico estamos hablando de un proceso de indemnización de perjuicios por falta de información, o por falta de la debida asesoría por parte de los fondos privados que para el caso específico es PROTECCIÓN S.A. para ello se allegaron al plenario el testimonio del señor JORGE MARIO PIEDRAHITA ARANGO, testigo que no fue objetado ni tachado de falso por ninguna de las partes, y que estableció

que conocía la demandante en razón del vínculo que los unía vínculo contractual y laboral, al ser el empleador de la demandante, el que aseguro sin dubitación alguna que estuvo presente en la asesoría que le brindó protección a la demandante en el año 1995, qué fue el primer momento en que la demandante realiza el traslado de fondo de pensiones, y de régimen pensional, aparte de ello se allega también el testimonio (sic), de la demandante la señora GLORIA AMPARO PATIÑO OSPINA, la que manifestó que no recibió ninguna asesoría de parte de protección en ningún momento, esto es ni en el momento del traslado inicial en el año 1995, ni en el momento que radico los papeles para su pensión de vejez en el año 2018, por lo tanto queda demostrado en el plenario que efectivamente PROTECCIÓN S.A. incurrió en el deber de información al no haber realizado la debida asesoría y las indicaciones que se le indilgan a este fondo de pensiones, también indicamos a este despacho, qué no obstante PROTECCIÓN S.A. a pesar de solicitar unos testimonios para demostrar la debida asesoría, y la debida orientación a la demandante, no hubo prueba documental o la prueba testimonial. Por lo tanto, solicito al honorable tribunal superior de Medellín, qué revoque la decisión de primera instancia, y otorgue las pretensiones incoadas en escrito de demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentan alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a determinar en segunda instancia, es si operó el fenómeno de la prescripción, específicamente desde cuándo se debe contabilizar la misma, a partir del momento del reconocimiento del derecho pensional o cuando solicitó y supo que tendría derecho a la garantía de pensión mínima y en consulta en favor del Ministerio de hacienda, si existe el derecho deprecado.

Mediante sentencia del 6 de abril de 2022, el Juzgado veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la prescripción de las pretensiones impetradas por la demandante en este proceso, absolviendo a PROTECCIÓN S.A. de las mismas.

Es un hecho que a la Sra. Patiño Ospina se le reconoció pensión de garantía mínima de parte de PROTECCIÓN S.A. con disfrute a partir del 1 de marzo de 2016

De una vez se debe señalar que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 373 de 2021, 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 en el RAIS, de la siguiente manera:

“Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. 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.”

Con estos presupuestos y previo a resolver sobre la excepción de la prescripción, se debe resolver en consulta, si existió el derecho conculcado, es decir, si se demostró en el presente proceso como lo menciona el señor juez el A Quo, la culpa, el daño y el nexo causal, que sufrió la demandante por parte de AFP PROTECCIÓN S.A. y si es así, si existe responsabilidad indemnizatoria por los perjuicios generados a la Sra. Gloria Amparo Patiño O con ocasión del traslado de régimen pensional, lo que le llevo a percibir una mesada pensional en el RAIS, inferior a la que le hubiere correspondido en el RPMPD

Primeramente, se advierte que esta jurisdicción es la competente para conocer la indemnización de perjuicios, pues conforme el ART. 2º del CPTSS que trata de la **Competencia general**, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: son de conocimiento del juez laboral, *4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se*

controvertan. Y este conflicto jurídico trata de si hay lugar a la indemnización de perjuicios para la accionante, al haberse reconocido una pensión en el RAIS, cuando si le hubieren dado la información pertinente no se hubiere traslado de régimen, por cuanto le era más favorable el RPMPD.

Para resolver este asunto, debe sala afirmar de antemano que no se puede dar el mismo tratamiento procesal a la declaratoria de ineficacia del traslado del afiliado del RPMPD, que, a la indemnización de perjuicios solicitada por el pensionado, como equivocadamente lo hizo el a quo, siendo esta una de las razones para no verificar la parte probatoria exigida para estos procesos. Al respecto la CSL de la CSJ en la Sentencia SL1055-2022 indicó:

“Téngase presente que el análisis judicial sobre el cumplimiento del deber de información a cargo de los fondos privados está al margen, en principio, de la situación pensional de la persona, por lo que no sería coherente exigir que el afiliado se ocupe de verificar su estatus pensional, como equivocadamente lo concluyó el Tribunal, o se acredite que el traslado causó una lesión injustificada que impidió el acceso a un derecho pensional en abstracto, a menos que el litigio se dirija justamente a acreditar un perjuicio como pretensión complementaria, lo que no sucedió en el asunto.”

Bajo los anteriores parámetros, se pasa a estudiar la pretensión de la demandante de naturaleza indemnizatoria, basada 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:

1. De la Responsabilidad Civil.

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 nexó 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 actora:

1.1 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 el tiempo y en monto previsto en el RPMPD, y en consecuencia solicita que se le reconozca la diferencia entre el monto de la pensión que le fue reconocida por PROTECCIÓN S.A. y la que habría obtenido en el RPM de COLPENSIONES, la que aduce en el hecho 11 sería para el marzo de 2016 de \$1,549.467.75, con un IBL de los último 10 años de \$1.958.872 y una tasa de reemplazo del 79.1%.

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 más de 12 años de estar en el primero, es decir analizarse que beneficios podría obtener en ambos regímenes y no sólo demostrando la diferencia en el monto pensional, al final del proceso.

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

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 el 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 enero de 1995, fecha de afiliación de la Sra. Gloria Patiño 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 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 Gloria Patiño al momento del traslado de régimen pensional. Se encuentra que la accionante nació el 20 de diciembre de 1960, cumpliendo 57 años el 20 de diciembre de 2017. Estuvo afiliada al RPMPD a través del ISS desde el 9 de marzo de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1995, (676.71 semanas) pues el 1 de enero de 1995 se produjo su traslado al RAIS, a PROTECCIÓN, dada la solicitud de vinculación aprobada el 22 de diciembre de 1995 (folio 59 del cuaderno 08 contestación de la demanda exp virtual), contaba con 34 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, tampoco era beneficiaria del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez no contaba al 1 de abril de 1994 con 35 años de edad, ni tenía 15 años de servicios laborados o cotizados y por ello se puede considerar que en razón a su edad, que no existía un perjuicio claro ante su traslado del RPM al RAIS, pues le faltaban 22 años para tener la edad mínima pensional. **En conclusión, la edad no significa un perjuicio.**

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 1 de enero de 1994, que se produjo su traslado al RAIS, contaba con 676.71 semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES conforme su historia laboral (folios 15 a 33 exp digital cuaderno 2), por lo que contaba un poco más de la mitad del número mínimo de semanas requeridas para obtener la pensión de vejez en el RPM, esto para llegar a 1.300 semanas, necesitaba 632.29, contrario sensu estaba más cerca de obtener una pensión de garantía mínima, pues necesitaba sólo 473.29, (pensión que a la postre escogió) en conclusión tenía una expectativa más cercana de alcanzar las semanas para obtener el derecho a una pensión de vejez en el RPM 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. Nótese que en el caso de la demandante, los IBC con los que alega su pensión le es más favorable en el RPM de COLPENSIONES, se derivan del salario devengado, que siempre fue similar desde 1987 hasta el 2017, es decir su promedio fue un poco menos de 2 smlmv, situación que era impredecible en 1994 y que frente a la composición del sistema se esperaba que su ingreso base de cotización, hubiese aumentado con el tiempo pero se mantuvo estable, es decir, que su pensión no tendría un monto tan relevante en el RPMPD, comparado con el obtenido en el RAIS. Por lo anterior, se repite, la AFP Protección no podía en el año 1994 informarle a la demandante si el monto de su pensión de vejez le sería más o menos favorable que en el RPM o en el RAIS, más que como se advirtió la Sra Gloria Patiño, no era beneficiaria del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993.

4. En lo relativo al **ingreso base de cotización (IBL) con el que cotizaba la actora al momento del traslado de régimen pensional**, el mismo conforme al formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., folio 59 cuaderno 8 del exp virtual, como secretaria percibía \$160.000, en el año 1995, un poco más de 1 SMLMV del referido año, cual era de \$118.934, es decir, menos de 1.5% del SMLM por lo que la actora tenía una expectativa cierta y cercana de obtener una pensión de vejez, en el RPM en un monto cercano al salario mínimo legal, por lo cual no existía diferencia en estar en cualquiera de los dos regímenes y de la revisión de la historia laboral de los años anteriores cuando cotizaba al ISS, se puede extraer en general que su cotización era inferior a dos SMLMV de cada año y por ello se puede considerar que en razón al monto con el que cotizaba la actora, **habría un riesgo bajo de sufrir un perjuicio al trasladarse del RPM al RAIS.**

En cuanto al análisis de los salarios de 1995 hasta 2017, tiempo en que estuvo en el RAIS, se observa que en promedio el salario percibido fue menos de los 2 smlmv, lo cual no tendría incidencia frente al análisis de la posible falta de información adecuada, echada de menos por parte de la demandante

5. En lo concerniente a **la existencia o no al momento del traslado de régimen pensional, de beneficiarios que pudieran obtener una**

pensión de sobrevivientes, conforme al formulario de afiliación de la demandante al RAIS, (folio 59 del cuaderno 8 exp virtual), ya contaba con beneficiarios, como el conyugue y dos hijos y por ello su traslado al RAIS no le representaba un beneficio en caso de fallecimiento de la actora, **al tener beneficiarios de pensión de sobrevivientes, sus ahorros pensionales incluido el bono pensional se comportarían igual que en el RPMPD.**

6. Si al momento del traslado del trabajador al RAIS la actora, era o no beneficiario del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, ya se demostró que no lo era, lo cual no le trae un perjuicio.

7. 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, En la primera asesoría, quedo demostrado de acuerdo a lo arriba argumentado, que era imposible de acuerdo a las características que tenía la accionante saber si le era mejor o no pasarse de régimen. Pese a lo anterior como se verá más adelante, en la reasesoria ordenada por ley antes de los 10 años anteriores a cumplir la edad mínima, si tuvo oportunidad de saber que su monto pensional sería inferior en el RAIS. **Por lo anterior el inicial perjuicio desapareció.**

8. 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 1994 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 modificado 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 real para la accionante.

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

10. 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 no realizó ninguna solicitud al respecto.**

11. La posición asumida en la reasesoría, si de acuerdo a la misma se le indicó a la demandante que no le convenía continuar en el RAIS y aun así, de forma voluntaria se quedó, generando una responsabilidad por ese hecho, como se verá más adelante. **Demostrándose este ítem, desaparecía el eventual daño**

1.2 La culpa.

La pretensión de la demandante es de naturaleza indemnizatoria y 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 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 y donde la carga de la prueba correspondía la AFP. 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 afecto afectarse la pensión.

Pese a lo anterior, la normatividad arriba reseñada, (Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994) obligan a las AFP a probar (carga de la prueba) 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.

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, para probar la información brindada a la accionante solicitó el interrogatorio de parte de la Sra. GLORIA

AMPARO PATIÑO OSPINA, quien en síntesis manifiesta que quedó muy insatisfecha cuando supo que había quedado pensionada con el salario mínimo, sabiendo que si hubiera permanecido en Colpensiones S A se hubiera pensionado con un poco más del salario mínimo y que su propósito principal es estar pensionada con lo que hubiera recibido en COLPENSIONES S.A., pues allí se pensionaría más o menos con el 85% del salario. Que la asesora de protección fue a la oficina, a convencerla qué se pasará con el argumento qué COLPENSIONES se iba a acabar, sin explicarle el motivo del porqué. **La demandante manifiesta no recordar la reasesoría que se le brindó por parte de protección en el año 2007.** Afirma que su proceso de pensión fue, que ya sabía qué a los 57 años se pensionaba y el 20 de diciembre del año 2017 que cumplió los 57 años, el jefe la acompañó a llevar los documentos a protección de suramericana y radicaron los documentos. Qué no recuerda la información que le brindaron en ese momento, qué de igual manera no leyó los documentos que le aportaron en esa oportunidad en protección, cuando fue a solicitar la pensión, cuando la testigo se le reconoció la mesada pensional y al ver el monto reconocido, se sintió inconforme, pero no le mostró inconformidad a protección. Busco asesoría con un abogado, ese entonces recibía \$800,000. Se le pone de presente el documento 7, del expediente digital, folio 60, que trata de la reasesoría, **manifestando no recordar el documento, aunque reconoce que es su firma, manifestando qué no recuerda en qué momento fue la reasesoría, de igual manera se le pone de presente a la demandante la proyección pensional.** A la pregunta de porque pese a conocer la mejor mesada pensional en Colpensiones ella decidió permanecer en protección, sabiendo que a los 57 años su mesada pensional sería un salario mínimo, **contestó que no entiende como ella se iba a quedar en protección sabiendo que en Colpensiones iba a quedar mejor pensionada.** La demandante manifiesta qué en el momento de solicitud de pensión no se le hablo de las modalidades de pensión que ella podría elegir en PROTECCIÓN S.A. la señora Gloria Amparo Patiño Ospina no recuerda si se le puso de presente en el momento de la solicitud pensional lo que significaba GPM o garantía de pensión mínima. Que al momento qué se me reconoció la pensión por parte de protección, no agotó ningún recurso para regresar a COLPENSIONES S.A. Cómo la situación fue antes de la pandemia, cuando llegó la pandemia no se pudo hacer el proceso por eso se firmaron luego los documentos en marzo del 2021. La demandante aclara que Protección S.A siempre ha sido puntual con sus pagos pensionales.

Aunado a lo anterior, la parte demandante presentó un testigo, para probar la insuficiencia de información, al respecto, el Sr. JORGE MARIO PIEDRAHITA ARANGO manifiesta que conoce a la señora GLORIA AMPARO PATIÑO OSPINA, a razón de que fue secretaria suya por un período de 27 años, que cuando entró a trabajar venía afiliada al ISS. Estando en la oficina avisaron que iría una asesora de Protección S.A., para ofrecerles que se vincularán a dicha AFP S.A, manifiesta que esa cita solo duró 10 minutos, porque la funcionaria de Protección solamente le preguntó en que trabajaba, qué de que oficina era y la accionante le respondió que trabajaba con seguros, la asesora le ofreció la afiliación y le manifiesta que él ISS se iba a acabar, le tomó los datos y le hizo firmar, aclarando el testigo que él estuvo presente en esa reunión, que él no se trasladó, porque él toda la vida había estado en Protección S A.. Que la asesora no le brindó una asesoría entre el parámetro del seguro social hoy Colpensiones y protección, que no fue testigo de otra reunión. Que también acompañó a la demandante a la oficina a dónde hizo el trámite de la pensión, que presume fue en suramericana, que le indicaron cuáles eran los documentos que tenía que firmar para la jubilación, y que ya le avisaría cuando le llegará, porque tenían que mirar lo del bono pensional. La señora Amparo firmó los papeles, no le manifestaron cuál sería la mesada que iba a recibir y le llegó un salario mínimo, la demandante vio muy bajito lo que iría a recibir, en esa cita no se hizo un paralelo de lo que es el RPM y los fondos privados, manifiesta el testigo que esa cita a esa oficina fue parecida a la cita que hizo la asesora de Protección S.A. cortica y firme documentos y ya, manifiesta el testigo que no sabe de una reasesoría que haya recibido la señora Gloria Amparo Patiño

Para valoración probatoria debe señalar la sala que la AFP Protección al dar respuesta a la demanda afirma a folio 231 que: “... *la demandante recibió la información suficiente y la asesoría adecuada, tomando una decisión libre y consciente...*”, pero en el transcurso del proceso no demostró *dicha* afirmación por lo menos la de la asesoría inicial, pues la única prueba sobre tal asunto fue el formato diligenciado firmado por la accionante, que no da cuenta del contenido del asesoría y lo mencionado por la demandante en el interrogatorio de parte, señalando que la asesora de protección fue a la oficina, a convencerla con el argumento que COLPENSIONES se iba a acabar, sin explicarle el motivo del porque se podía pasar y en la declaración de JORGE MARIO PIEDRAHITA ARANGO testimonio presencial de la reunión inicial con la asesora de protección SA., manifiesta en síntesis lo mismo, que la cita solo duró 10 minutos, porque la funcionaria de protección solamente le pregunto a

la Sra. Gloria en qué laboraba y la asesora le manifiesta que vino a ofrecerle la afiliación a Protección S.A, porque él ISS, se iba a acabar, le hizo firmar y manifiesta el testigo que eso fue todo.

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 concreto y comprensible, faltando al deber legal de asesoría inicial.

Pese a lo anterior, El tribunal observa que existe prueba en el plenario, que la Sra. Gloria Patiño, a través de la propia AFP Protección S.A., tuvo conocimiento de que le era más conveniente trasladarse a Colpensiones (RPMPD), según se advierte de folios 60 y 61 de la contestación de la demanda, en donde obra documento fechado el 2 de noviembre de 2007, firmado y reconocida su firma a través de confesión dada en el interrogatorio de parte por la actora pese a manifestar *“no recordar el documento aunque reconoce que su firma en él... señala no recordar en qué momento fue la reasesoría”*.

En dicho documento contentivo de 2 páginas, por invitación del ejecutivo de protección se efectúa una reasesoría, concluyéndose en el ítem **“RESULTADO DEL CÁLCULO- ¿después de realizar el cálculo le conviene quedarse en Protección S.A?”** y se marca una **“X”** en la casilla **NO**. Misiva que se repite fue firmada por la Sra. Gloria y en manuscrito puesto el número de cédula. En la página siguiente obra descripción del simulador pensional ASPEN, haciendo una proyección del monto de la pensión que obtendría en el RAIS a la edad de 57 años, en donde se analizaron aspectos como la edad de ella, la edad del cónyuge, la fecha de traslado del régimen, años cotizados en ambos regímenes, salario actual, el salario base, el bono pensional y su fecha de redención con simulación a las edades de 57, 58, 59 y 60 años, el valor de la cuenta individual, la posibilidad de la pensión de garantía mínima y a continuación se le hace un comparativo con el RPMPD, dando en este último régimen un valor de la mesada pensional de \$793.491, mientras que en el RAIS su mesada sería de \$508.461 incluyendo la negociación del bono en el mercado secundario.

En la sentencia SI 373 de 2021, la Corte especificó que *“...la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019)”*

En conclusión, la accionante supo en el año 2007 cuál era el monto de la pensión de vejez que podría obtener a los 57 años de edad en el RAIS, por lo que frente a que la misma AFP le señaló que no le convenía quedarse allí y la accionante no se trasladó teniendo la oportunidad legal para hacerlo, lo cual es un riesgo asumido voluntariamente por la demandante, lo que se puede entender como un eximente de la culpa de la AFP, al manifestarle que no le convenía seguir en el RAIS y pese a ello, no haberlo hecho, lo que es sin duda un acto exclusivo de la actora, que exime a la AFP de indemnización alguna, pues el inicial perjuicio que se podría haber causado con la mala asesoría realizada al momento del traslado, fue subsanado al haberse le indicado que no le convenía quedarse en la AFP Protección S.A. y ella decidió quedarse y recibir en el año 2017, lo que allí se le había planteado, la garantía de pensión mínima.

Por lo anterior, el segundo elemento objeto de análisis la culpa demostrada de la AFP por la falta de información adecuada, oportuna y suficiente en el momento del traslado, se subsana, (recuérdese que ya no se trata del concepto jurídico de la ineficacia por la falta de libertad informada) pues es suficientemente clara y objetiva la información entregada (10 años antes de la edad mínima de pensión) en la reasesoría del año 2007, en donde, se repite, pese a indicársele que no le convenía seguir en PROTECCION S.A. por observarse en el simulador con los datos necesarios y reales antes mencionados, que le convenía pasar al RPMPD, la demandante hace caso omiso de la información adecuada, oportuna y suficiente y ello exime de la responsabilidad que tenía.

Con base en todo lo indicado se rompe el nexo de causalidad entre el daño y la culpa, pues el posible hecho dañoso inicialmente causado por la AFP, (que como se observa, no fue probado fehacientemente), y que inicialmente fue culpa de la AFP Protección S.A., es subsanado 10 años antes de la reclamación de la pensión, por situaciones atribuibles a la accionante, trayendo como consecuencia de asumir el reconocimiento y pago de la pensión en los términos que le había indicado la entidad.

Dada la forma como se resuelve este asunto, no es necesario resolver el otro problema jurídico relativo a si operó o no del fenómeno de la prescripción, dada la inexistencia del derecho deprecado.

Costas en esta instancia a cargo de la Sra. Gloria Patiño en la suma de \$400.000 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, pero por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la Sra. Gloria Patiño en la suma de \$400.000 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

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



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



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 : GLORIA AMPARO PATIÑO OSPINA
DEMANDADO : PROTECCIÓN S. A
LITISCONSORCIO NECESARIO: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-021-2021-00130-01
RADICADO INTERNO : 099-22
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/126> 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 18 de octubre de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 18 de octubre de 2022 a la 5:00pm

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS

SECRETARIO