

TEMA: INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS – Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo. Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora. /

HECHOS: El demandante ruega se declare patrimonialmente responsables a las AFP Colfondos S.A. y Protección S.A. de los perjuicios generados con ocasión del cambio de régimen pensional, al no haberse cumplido con el deber de información, lo que lo condujo a percibir en el RAIS una mesada inferior a la que le hubiere correspondido en el RPM; y como consecuencia de ello, las convocadas le paguen por lucro cesante pasado, causado entre abril de 2017 y diciembre de 2021 el equivalente a \$32.483.742, y a continuar reconociendo la diferencia de la mesada. Pide también indexación de las condenas y costas procesales. Por su parte, Colfondos S.A. propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la pertenencia a Colfondos S.A.; prescripción, compensación y pago. De otro lado, Protección S.A. invocó las excepciones de: falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva con la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, desestimada en la oportunidad procesal pertinente; y de mérito las de: proyección pensional efectuada por la parte actora no corresponde a la realidad, cumplimiento de las obligaciones en cabeza de la AFP Protección; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; cumplimiento del deber de información; buena fe, culpa del demandante, prescripción, compensación, pago, falta de juramento estimatorio de perjuicios, innominada o genérica. La primera instancia concluyó con sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito en donde absolvió a Protección S.A. y a Colfondos S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Inconforme con la decisión de instancia, la parte demandante apeló la sentencia. El problema jurídico en esta instancia consiste en establecer si hay lugar a declarar patrimonialmente responsables a las AFP Colfondos S.A. y Protección S.A. de los perjuicios ocasionados al demandante con ocasión del cambio de régimen pensional – prima media a ahorro individual –; y como consecuencia de ello, al pago del lucro cesante consolidado y futuro, al igual que la indexación de las sumas por las que se imponga condena.

TESIS: (...) En sentencia 033 del 29 de febrero del año en curso, proceso con radicado único nacional 05001-31-05-015-2021-00152-01, analizando asunto con analogía estrecha al que aquí se debate, precisándose: (...) “La previsibilidad, como ya se anticipó, «consiste en identificar lo que pudo razonablemente prever una persona normalmente diligente como consecuencias del incumplimiento en el curso ordinario de las cosas y conforme a las circunstancias peculiares del contrato, tales como la información revelada por las partes (...)”. Bajo el panorama descrito, para responder a lo dicho por el apelante, debe indicar la Sala que, si la fuente de responsabilidad es el incumplimiento al deber de información, del que surgió la suscripción de la afiliación, y siendo el dolo la intención manifiesta y maliciosa de querer transgredir un interés jurídico ajeno, de contrariar conscientemente una obligación, lo que además debe comprobarse efectivamente, pues no es objeto de presunción, es evidente que en el particular no aparece acreditado el dolo devenido del actuar de PORVENIR S.A., ciñéndose en tal caso, el régimen de responsabilidad al de la culpa representada en la falta de diligencia o cuidado, imprevisión o negligencia, frente a la que solo cabe atribuir las consecuencias o daños previstos, o que pudieren preverse para el momento de la suscripción del formulario de afiliación. En ese orden de ideas, la carga probatoria en el supuesto de la afiliación al RAIS y el cumplimiento del débito obligacional en cabeza de las AFP respecto de aquel acto – afiliación o traslado de régimen –, es diversa a la que corresponde probar al momento de

reclamarse por el afiliado el resarcimiento del perjuicio por el incumplimiento de aquella; ello por cuanto, respecto del primer evento, se ofrece de manera pacífica la jurisprudencia, imponiendo una inversión de la carga de la prueba en razón del punto específico que corresponde demostrar, esto es, las actuaciones positivas en cabeza de la administradora de fondos de pensiones, encaminadas a asesorar e ilustrar de manera precisa al afiliado sobre las incidencias del cambio de régimen, para denotar que sí cumplió con sus obligaciones respecto del deber de información; mientras que respecto del perjuicio ocasionado con tal omisión, allí sí queda radicada en cabeza de la parte interesada, la carga demostrativa de todos los supuestos que imponen el resarcimiento a cargo del deudor incumplido, que devenidos del actuar culposo del fondo privado (que no doloso para el asunto de marras), se circunscriben a aquellos que se previeron o que pudieron preverse para el momento del contrato. Y es en este punto donde se desvanece la pretensión resarcitoria del accionante, pues no cumplió con la carga que le era imponible, respecto de traer a la Litis las probanzas que dilucidaran de qué manera su situación o mejores posibilidades pensionales en el RPMPD eran previsibles para el momento de su vinculación al fondo del RAIS, puesto que solo se ubica en el culmen de su vida laboral, para establecer allí la diferencia pensional concreta, en relación con lo que le hubiere podido corresponder en el RPMPD, pero se itera, no acredita de qué manera ello pudo haber sido previsto al momento de celebrar el contrato de afiliación con el fondo privado. En conclusión, la resarcibilidad del daño como aparece planteada desde la demanda, esto es, cernida a la diferencia en el monto pensional que se dice hubiere obtenido en el RPMPD respecto de lo recibido en el RAIS, no se identifica con aquella situación que se exige para imponer la indemnización reclamada; ... cuando se suscribió el formulario de afiliación que perfeccionó la vinculación del actor al RAIS, situación que no quedó demostrada en este proceso, como tampoco, se itera, quedó establecido que la actitud de la AFP estuviere movida por una intención dolosa al momento del traslado, único modo de imponerle a la AFP el resarcimiento del perjuicio por el daño, fuese este previsible o no para aquel momento, siempre que sea en todo caso, consecuencia directa e inmediata de su obrar, aspectos que insiste la Sala, no fueron alegados, ni probados en el particular. (...) Razones estas que resultan suficientes para confirmar la sentencia revisada, con la consecuente condena en costas para el recurrente ante la prosperidad de la alzada

M.P. LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL

FECHA: 22/03/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Miguel Alberto Gómez Pineda
DEMANDADO	Colfondos S.A. y Protección S.A.
PROCEDENCIA	Juzgado 007 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 007 2021 00438 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	Sentencia Nro. 67 de 2024
TEMAS Y SUBTEMAS	Indemnización de perjuicios por falta de información traslado al RAIS - pensionado
DECISIÓN	Confirma absolución

En la fecha, **veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados: Orlando Antonio Gallo Isaza, María Nancy García García y como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Miguel Alberto Gómez Pineda**, contra las **AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y Protección S.A.**. Código de radicado único nacional 05001 3105 **007 2021 00438** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes de la Sala el proyecto discutido y aprobado mediante acta N°. **006**, que se plasma a continuación:

Antecedentes

De los escritos de demanda y del que subsana los defectos advertidos, se tiene que el demandante ruega se declare patrimonialmente a las **AFP Colfondos S.A. y Protección S.A.** de los perjuicios generados con ocasión del cambio de régimen pensional, al no haberse cumplido con el deber de información, lo que lo condujo a percibir en el RAIS una mesada inferior a la que le hubiere correspondido en el RPM; y como consecuencia de ello, las convocadas le paguen por lucro cesante pasado, causado entre abril de 2017 y diciembre de 2021 equivale a **\$32.483.742**, y a continuar reconociendo la diferencia de la mesada. Pide también indexación de las condenas y costas procesales.

En sustento aduce que, **nació el 19 de abril de 1955**, arribando a 62 años en idéntica fecha del 2017. En toda su vida laboral cotizó al SGP **1.431,86 semanas**. En el año 2000 fue abordado por un asesor del RAIS quien le sugirió el traslado a este, sin advertirle que perdería el régimen de transición, ni explicarle los requisitos para obtener pensión en uno y otro régimen, y tampoco fórmula para el cálculo, ventajas y desventajas de tal determinación; no se le hizo comparativo pensional. El 1º de diciembre de 2011 tuvo movilidad a **Protección S.A.**, sociedad que también omitió la información ya descrita. En el 2019 se le reconoció prestación por vejez en el fondo privado en cuantía de **\$906.966**, mientras que en el **RPM** ascendería a **\$1.019.994**, sumando la diferencia hasta diciembre de 2021 a **\$32.483.742**.

En auto del 24 de febrero de 2022 **se admitió** y ordenó dar trámite a la acción. Dentro del término para ello las sociedades convocadas allegaron escritos de contestación así:

Colfondos S.A., frente a los hechos dice que no son ciertos o no le constan. Aclara que la información brindada al demandante al momento del tránsito entre regímenes fue *suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad*, se

le explicaron los parámetros a tener en cuenta para la liquidación de la pensión - expectativa de vida del afiliado y del grupo familiar, capital acumulado incluyendo aportes voluntarios y obligatorios, rendimiento, bono pensional, tasa de rentabilidad esperada a largo plazo del fondo especial de retiro programado, y regulación de la Superintendencia Financiera. Respecto de las **pretensiones**, carecen de vocación de prosperidad al estarse ante un pensionado en el RAIS, y haberse brindado asesoría integral y completa sobre las implicaciones del cambio, al igual que de los pormenores del funcionamiento de cada régimen y condiciones para pensionarse. Propuso **las excepciones** de: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la pertenencia a Colfondos S.A.; prescripción, compensación y pago.

AFP Protección S.A., de los hechos tiene como ciertos, la fecha de nacimiento del reclamante, el número total de semanas cotizadas en toda la vida laboral y el otorgamiento de pensión de vejez en el año 2019. Los demás supuestos no le constan, pues no es cierto que haya otorgado tal prestación *sin mayor ilustración... por cuanto ... se le dieron a conocer las modalidades, ... el saldo de su cuenta de ahorro individual, el derecho o no al bono pensional y la historia laboral para que tomara una decisión responsable y consiente respecto a su futuro pensional.* **Enfrenta** las pretensiones, indicando que el señor Gómez Pineda tiene la calidad de **pensionado en la modalidad de retiro programado**, sin que estén invocados ni demostrados los presupuestos para la indemnización, esto es: **i)** conducta o hecho culposo imputable al demandado; **ii)** demostración de un perjuicio y **iii)** el nexo de causalidad entre la falla de conducta y el perjuicio, pues en el caso **i)** la sociedad no incumplió con los deberes a su cargo, y **ii)** el perjuicio que se invoca es atribuible a su decisión de optar por una pensión del RAIS, y no al incumplimiento obligacional que atribuye a la pasiva; **iii)** de encontrarse

probado el perjuicio alegado, el mismo es atribuible a la AFP con que se dio el traslado de régimen pensional. **Excepcionó**, falta de integración del litis consorcio necesario por pasiva con la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, desestimada en la oportunidad procesal pertinente; y de mérito las de: proyección pensional efectuada por la parte actora no corresponde a la realidad, cumplimiento de las obligaciones en cabeza de la AFP Protección; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; cumplimiento del deber de información; buena fe, culpa del demandante, prescripción, compensación, pago, falta de juramento estimatorio de perjuicios, innominada o genérica.

La primera instancia concluyó con **sentencia** proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito, en cuya parte resolutive dispuso:

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de Falta de acreditación de los presupuestos para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria propuesta por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. y la de inexistencia de la obligación propuesta por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍA.

SEGUNDO: ABSOLVER A PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor MIGUEL ALBERTO GÓMEZ PINEDA.

TERCERO: Condenar en COSTAS al demandante y a favor de las codemandadas, las agencias en derecho se fijan en la suma de un salario mínimo distribuidas en partes iguales entre las codemandadas, que para el año 2023 asciende a la suma de \$1.160.000.

CUARTO: En caso de no ser apelada la decisión, se ordena su remisión ante el H. Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Laboral en grado jurisdiccional de consulta

Argumentó la falladora que el demandante no logró demostrar el daño causado y el perjuicio indemnizable, porque la mera diferencia de mesada pensional no constituye prueba de ello, y para efectos de

responsabilidad civil, contrario a los casos de ineficacia de traslado, **no opera la inversión de la carga de la prueba**, quedando en cabeza del demandante acreditar los supuestos fácticos que invoca como sustento de las pretensiones.

Inconforme con ello, interpuso **recurso de apelación**, el apoderado del demandante, argumentando: la sentencia SL 373-2021 da la diferencia entre información al pensionado y al afiliado, y hasta entonces si tenía transición o no se ordenaba la ineficacia por inobservancia del deber de información que ha existido desde 1994, surgiendo el de doble asesoría a mediados de 2011, con el objetivo de subsanar tal falencia. Trae a colación tal pronunciamiento porque dio pie a quienes estaban pensionados o perjudicados, que no podían obtener la ineficacia del traslado por las implicaciones para entidades que nada tenían que ver como Ministerio de Hacienda, Colpensiones y otros fondos, definiéndose que el pensionado no tenía opción de retorno al régimen público, pero abrió la posibilidad, conforme al art. 2341 del Código Civil, que quien comete un daño debe resarcirlo. La culpa quedó probada en la forma como Colfondos abordó al actor y no brindó la debida información, no se confesó conocimiento de la forma de pensionarse en uno y otro régimen, hizo el demandante reconocimiento de firma, pero no del contenido de formularios, pues no se hicieron preguntas sobre el particular, luego no conocía la diferencia pensional para quedarse en el fondo privado.

Para el profesional, es de sentido común que se pretende una mejor pensión; en sentencia 307 de 2023 de la Sala Primera del Tribunal Superior de Medellín dice que sí es posible al momento de traslado conocer las fórmulas a aplicar, luego cuando fue abordado por Colfondos debían decirse las posibilidades de pensionarse en un fondo y en otro, se sabía del régimen de transición, el Decreto 758 le era más favorable. Colfondos solo le expuso que el Seguro Social se iba a acabar, se podía pensionar antes de la edad y con mejor meada, pero no como lo lograría, ni le advirtieron las incidencias de los cambios o fluctuaciones en el mercado de valores o vida financiera, diferente es que tenía una expectativa por edad de pensionarse a los 60 años y ello si se sabía, pues no estaba en vigencia la Ley 797 de 2003, ni el Acto Legislativo 01 de 2005; luego para el año 2000 no se le explicaron las circunstancias, forma de

liquidación y factores a tener en cuenta. Agrega que el Seguro Social nunca estuvo en peligro de acabarse, solo tuvo cambio de nombre. Nunca el demandante manifestó haberle quedado clara la fluctuabilidad del dinero, heredabilidad de los montos, saldo para pensionarse anticipadamente, la expectativa en el fondo privado no existía y en el público las reglas estaban claras, lo que no se le dijo para no desanimarlo o tener la posibilidad de arriesgarse, además porque con los IBC de la época pudo aplicársele la fórmula para la liquidación.

En relación con Protección, estar dentro de los 10 años, se interpreta como posibilidad de trasladarse entre regímenes, pero dijo el actor que esta AFP le ofreció mejores garantías, cuando desde 2008 se analizan los casos de transición, extendiéndose el deber de información y la afiliación informada, se debe dar la libre elección del fondo de pensión, por lo que ninguno de los fondos tuvo acto de relacionamiento, ni rectificación sino de engaño. Para esa fecha se tenía clara la edad de pensión en el fondo público, más no el privado, tampoco la forma de pensionarse anticipado, en cuanto a IBC muy buenos para esa fecha, y teniendo la posibilidad no se le dijo como y con qué porcentaje, por el contrario, le afirmaron un 110% pero no como. Le dieron una información a su amaño con objetivo irresponsable de captar un afiliado. Si esto no es suficiente para probar una culpa, ¿entonces que es?, siendo entidades bancarias como Colfondos y Protección, ¿cómo probar una culpa?, al fondo se le invierte la carga de la prueba como se ha dicho desde 2008, es la entidad financiera quien debe demostrar la suficiente información y la no existencia de daño, pero cuando llegó el 2019 la única opción que tenía era acceder a la pensión mínima otorgada por Protección.

Si se tiene en cuenta que, para el 2000 tenía más expectativa de pensión con 1.150 semanas, errado porque en el RPM lo haría con 1.000 semanas. Al existir culpa, el único perjuicio, como no se puede probar con la diferencia pensional, la filosofía y el cálculo matemático lo dice, al día de la demanda se cuantificó, así sea un peso causa un detrimento patrimonial y con la suficiente información se hubiere ganado el peso adicional, ahí está el acto de relacionamiento, la conexidad entre la culpa, el daño y el perjuicio. Pide revocar la sentencia, insiste en el cumplimiento de los elementos estructurales para que se acceda a la totalidad de las pretensiones.

De la etapa de alegaciones hicieron uso los apoderados del **demandante y de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, insistiendo en los argumentos expuestos a lo largo del trámite, el primero para obtener la revocatoria del fallo, estima debidamente demostrados los elementos para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria en los términos suplicados; mientras que la AFP se mantiene en lo contrario, manifestando además la cabal observancia del deber de información al momento de incorporación del afiliado a esa administradora.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones

Tal como se indicó por la a quo en la etapa de fijación del litigio, como hechos debidamente acreditados se tienen: **la fecha de nacimiento del demandante 15 de abril de 1955**, arribando a los 62 años en igual calenda del **2017**; en toda la vida laboral hizo aportes por un equivalente a **1.431,86 semanas**. Con formulario suscrito el **12 de septiembre de 2000**, efectuó cambio del RMP al RAIS a través de Colfondos S.A., y el 21 de octubre de 2011, tuvo movilidad a la AFP Protección S.A., sociedad que con comunicación del 13 de marzo de 2019 **le notificó el reconocimiento de pensión de vejez, a partir del 01 de febrero de 2019, modalidad retiro programado, con mesada inicial de \$906.966**, prestación que viene percibiendo hasta la actualidad.

Atendiendo los argumentos del recurrente, los planteamientos del escrito de demanda, y lo debatido en el trámite, **el problema jurídico** en esta instancia consiste en establecer si hay lugar a declarar **patrimonialmente responsables a las AFP Colfondos S.A. y Protección S.A.** de los perjuicios ocasionados al demandante con ocasión del cambio de régimen

pensional – prima media a ahorro individual –; y como consecuencia de ello, al pago del lucro cesante consolidado y futuro, al igual que la indexación de las sumas por las que se imponga condena.

El sustento de derecho en litigio está en la **diferencia en el valor de la mesada que le fue otorgada en la modalidad de retiro programado en el RAIS – AFP Protección S.A.**, y la que le hubiere correspondido en el RPM, para lo que incorpora al escrito de demanda una liquidación efectuada por el apoderado.

Si bien es cierto en la sentencia **SL373 de 2021**, la Sala de **Casación Laboral acogió el criterio de improcedencia de la ineficacia de traslado para pensionados del RAIS, por las implicaciones que en el mundo jurídico, económico y financiero conllevaría retrotraer la actuación al estado anterior**, y la posible afectación de terceros que intervienen, a título de ejemplo, en el caso de la negociación anticipada de bonos pensionales, o contratación de rentas vitalicias con aseguradoras las que son de carácter **irrevocable**, en pensiones bajo esta modalidad, también se advirtió que:

*"Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. **Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC)**. Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora. (...)*

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados. (...)"

Explicándose por la jurisprudencia especializada que **esta indemnización no opera automáticamente**, y que la misma tiene como punto de partida la invocación de tal solicitud por parte del interesado, la prueba del daño, y la oportunidad en su reclamación, esto es, que no se hubiere afectado por la prescripción extintiva. En providencia SL591-2023 citando lo dicho en la SL1637-2022, se expone:

*"(...) Ahora bien, aunque la doctrina vertida en las sentencias CSJ SL373-2021, CSJ SL3871-2021 y CSJ SL1637-2022, señala que, ante la imposibilidad de declarar la ineficacia del traslado de régimen de los pensionados del RAIS, es viable la indemnización de perjuicios, de manera clara y explícita la Sala ha dicho que ello es viable, **siempre y cuando «se hayan reclamado, probado y no estén prescritos»**.*

Es decir, la condena por perjuicios no procede de manera automática, oficiosa e inmediata.

(...)

*Lo que se ha dicho (por la Corte) es que no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de quienes ya tienen la calidad de pensionados, **porque frente a ese grupo, en particular, no es posible retrotraer el estado de las cosas al punto en que se encontraban antes del dicho cambio, puesto que, entre otras razones, ya hay situaciones consolidadas y podría afectarse a terceros de buena fe y sólo procedería el resarcimiento de perjuicios, siempre y cuando, se insiste, se hayan reclamado, probado y no estén prescritos** (CSJ SL373-2021) (...)"* Destacado intencional.

Lo anterior porque la responsabilidad que se predica es de **orden civil y de naturaleza contractual**, en la medida que el resarcimiento pretendiendo tiene su génesis en el contrato de afiliación y en el incumplimiento del deber de información por parte de las AFP, requiriéndose para su prosperidad la demostración de los elementos de aquella, ilustrados por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC397-2021, así:

"...la existencia de un contrato válidamente celebrado", [ii] "la lesión o menoscabo que ha sufrido el demandante en su patrimonio" y [iii] "la relación de causalidad entre el incumplimiento imputado al demandado y el daño causado..."

Tesis reiterada en la SC1962-2022:

"(...) La responsabilidad, en general, dimana del artículo 95, numeral 1º de la Constitución Política. Impone como deberes de la persona y del ciudadano «[r]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios».

El precepto recoge la máxima qui iure suo utitur, neminem laedere debet, según el cual, quien vulnere o incumpla sus obligaciones de conducta contractuales o extracontractuales, impuestas en interés de otro o de varios sujetos de derecho, debe reparar el daño producido.

La extracontractual, fundada en el artículo 2341 del Código Civil, establece la obligación civil de indemnizar los perjuicios provenientes de los delitos y las culpas. Exige para su estructura, al decir de la Corte:

«una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; un daño o perjuicio, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, finalmente, un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva (v.gr. riesgo)» (...).

Lo que encuentra sustento en el artículo 1.616 del Código Civil:

"(...) Responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento (...).

Debiéndose entonces diferenciar el actuar **doloso**, del actuar **culposo**, pues cada uno genera unas **consecuencias diversas**, diferencia avalada por la Corte Constitucional en sentencia C – 1008 de 2010:

*"(...) Como lo ha señalado de manera consistente y reiterada la jurisprudencia de esta corporación, corresponde al Congreso de la República, en desarrollo de su libertad de configuración política, regular el régimen de la responsabilidad, las modalidades del daño y todo lo relacionado con los medios para cuantificarlo. La norma acusada no despoja al contratante cumplido de **la tutela resarcitoria en***

la medida que de acuerdo con ella, todo deudor incumplido, doloso o culposo, responde de los daños que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, aunque limite los daños por los que responde el no doloso a aquellos que podían preverse al momento de contratar. Esta limitación, no resultan irrazonable ni caprichosa, toda vez que se fundamenta en criterios de justicia y equidad contractual, en la tradición culpabilista en que fundamenta la responsabilidad civil contractual, y encuentra respaldo en referentes internacionales como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías y los Principios Unidroit, lo que reafirma su razonabilidad. (...) (Negrilla de la Sala).

Planteamientos acogidos por esta misma Sala de Decisión en sentencia **033 del 29 de febrero del año en curso**, proceso con radicado único nacional 05001-31-05-**015-2021-00152**-01, analizando asunto con analogía estrecha al que aquí se debate, precisándose:

De ese modo, respecto del dolo contractual que habilita el resarcimiento de todos los perjuicios que sean consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, con independencia de que pudieran preverse o no al momento del convenio, se anota en términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema Sala de Casación Civil lo siguiente:

*"(...) Las voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca **en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa**, al paso que la culpa, según el mismo precepto y la concepción universal acerca de ella, se configura sobre la falta de diligencia o de cuidado, la imprevisión, la negligencia, la imprudencia.*

*De esas características sustanciales surgen, como es obvio, las consecuencias legales respectivas; el dolo generalmente no se presume (artículo 1516 C.C.) ni su tratamiento legal puede ser modificado por la voluntad individual (...) **acarrea en todos los casos sanciones civiles de igual intensidad y agrava la posición del deudor aún en frente de eventos imprevisibles** (artículo 1616 C.C.); **la culpa, por el contrario, se presume en el incumplimiento contractual** (...) las partes pueden alterar libremente las regulaciones legales respecto de ella, y su intensidad se gradúa para asignar diferentes efectos a sus diversos grados (artículo 1604), **y por último no agrava la posición del deudor sino ante los que se previó o pudo preverse al tiempo del contrato** (artículo 1616 C.C.)¹.*

Ahora, también se ha precisado por el Alto Tribunal en su Especialidad Civil, aquellos aspectos que debe acreditar precisamente quien persigue la reparación de los perjuicios, señalando en Sentencia SC282-2021 frente a este tópico:

¹ Corte Suprema de Justicia, T. LXVI, pag.356.

*"(...) Dicho en forma detallada, el acreedor debe arrimar los medios suasorios que sirvan para establecer **(1) los réditos de los cuales fue privado y que fundamentalmente esperaba recibir, (2) que «entre la utilidad que deja de ingresar al patrimonio de la víctima y el hecho que se considera generador del daño exist[e una] relación estrecha» (SC338, 5 sep. 1988), (3) que «atendiendo al curso normal de las cosas y vistas las circunstancias del caso concreto se habrían producido de no haber ocurrido el hecho generador de responsabilidad» (SC, 4 mar. 1998, exp. n.º 4921), (4) que se afectó «un interés lícito del damnificado a percibir una ganancia» (SC, 28 feb. 2013, rad. n.º 2002-01011-01) y (5) que el deudor pudo anticipar la ocurrencia del demérito reclamado, por relucir del contrato o existir elementos objetivos que permitieran su previsión.***

(...)

"La previsibilidad, como ya se anticipó, «consiste en identificar lo que pudo razonablemente prever una persona normalmente diligente como consecuencias del incumplimiento en el curso ordinario de las cosas y conforme a las circunstancias peculiares del contrato, tales como la información revelada por las partes (...)». (Subraya y Negrilla de la Sala).

Bajo el panorama descrito, para responder a lo dicho por el apelante, debe indicar la Sala que, si la fuente de responsabilidad es el incumplimiento al deber de información, del que surgió la suscripción de la afiliación, y siendo **el dolo la intención manifiesta y maliciosa de querer transgredir un interés jurídico ajeno, de contrariar conscientemente una obligación, lo que además debe comprobarse efectivamente, pues no es objeto de presunción**, es evidente que en el particular no aparece acreditado el **dolo** devenido del actuar de **PORVENIR S.A.**, ciñéndose en tal caso, el régimen de responsabilidad al de la *culpa* representada en la falta de diligencia o cuidado, imprevisión o negligencia, frente a la que solo cabe atribuir **las consecuencias o daños previstos, o que pudieren preverse para el momento de la suscripción del formulario de afiliación.**

En ese orden de ideas, la carga probatoria en el supuesto de la afiliación al RAIS y el cumplimiento del débito obligacional en cabeza de las AFP respecto de aquel acto – afiliación o traslado de régimen -, es diversa a la que corresponde probar al momento de reclamarse por el afiliado el resarcimiento del perjuicio por el incumplimiento de aquella; ello por cuanto, respecto del primer evento, se ofrece de manera pacífica la jurisprudencia, imponiendo un inversión de la carga de la prueba en razón del punto específico que corresponde demostrar, esto es, las actuaciones positivas en cabeza de la administradora de fondos de pensiones, encaminadas a asesorar e ilustrar de manera precisa al afiliado sobre las incidencias del cambio de régimen, para denotar que sí cumplió con sus obligaciones respecto del deber de información; **mientras que respecto del perjuicio ocasionado con tal omisión, allí sí queda radicada en cabeza de la parte interesada, la carga demostrativa de todos los supuestos que imponen el resarcimiento a cargo del deudor incumplido, que devenidos del actuar culposo del fondo privado (que no doloso para el asunto de marras), se circunscriben a aquellos que se previeron o que pudieron preverse para el momento del contrato.**

Y es en este punto donde se desvanece la pretensión resarcitoria del accionante, pues no cumplió con la carga que le era imponible, respecto de traer a la Litis las probanzas que dilucidaran de qué manera su situación o mejores posibilidades pensionales en el RPMPD eran previsibles para el momento de su vinculación al fondo del RAIS, puesto que solo se ubica en el *culmen* de su vida laboral, para establecer allí la diferencia pensional concreta, en relación con lo que le hubiere podido corresponder en el RPMPD, pero se itera, no acredita de qué manera ello pudo haber sido previsto al momento de celebrar el contrato de afiliación con el fondo privado.

En conclusión, la resarcibilidad del daño como aparece planteada desde la demanda, esto es, cernida a la diferencia en el monto pensional que se dice hubiere obtenido en el RPMPD respecto de lo recibido en el RAIS, no se identifica con aquella situación que se exige para imponer la indemnización reclamada; ... cuando se suscribió el formulario de afiliación que perfeccionó la vinculación del actor al RAIS, situación que no quedó demostrada en este proceso, como tampoco, se itera, quedó establecido que la actitud de la AFP estuviere movida por una intención dolosa al momento del traslado, único modo de imponerle a la AFP el resarcimiento del perjuicio por el daño, fuese este previsible o no para aquel momento, siempre que sea en todo caso, consecuencia directa e inmediata de su obrar, aspectos que insiste la Sala, no fueron alegados, ni probados en el particular.

De otra parte, y haciendo abstracción del supuesto referido a la previsibilidad del daño para el momento del contrato, exigido para entrar a analizar si resulta procedente la indemnización de perjuicios a cargo de la AFP enjuiciada, en el *sub-exámene* tampoco podría predicarse que el presunto daño reclamado por el actor fuese consecuencia directa e inmediata del obrar de la enjuiciada, en tanto cabe recordar que la diferencia pensional respecto del régimen de prima media deviene del aporte estatal, pues nos encontramos en dicho régimen ante una pensión que recibe la garantía del Estado, ello por cuanto los aportes pensionales resultan, por regla general, insuficientes para financiar la prestación, lo que en el régimen de ahorro individual solo se circunscribe a la garantía de pensión mínima, y no por la actuación de la AFP, sino por disposición legal (SL3535-2021).

Una idea contraria, como lo propone la parte actora al pedir que se imponga a **PROTECCIÓN S.A.** el reconocimiento *in natura* de la pensión en los términos del RPMPD, equivaldría a **desconocer la constitucionalidad y legalidad de ambos regímenes**, exponiéndose por la Corte Constitucional en Sentencia C-401 de 2016 que:

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

En esa misma dirección, consideró el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia C-956 de 2001. Reiterada en Sentencia C-789 de 2002 que:

"(...) En varias oportunidades, esta Corporación ha precisado que, teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social son complejos e incluyen diversos

tipos de prestaciones, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, por lo cual, en principio no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen. Por ello, las personas vinculadas a los regímenes excepcionales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general (...)”.

Así entonces, no resulta factible unificar las fórmulas para liquidar las prestaciones que se generan en ambos, además el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 es claro en indicar que el Sistema General de Pensiones está compuesto por regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten a saber, el RPMPD y el RAIS, los cuales tienen sus reglamentos que claramente permite distinguirlos.

Recapitulando, con lo planteado en esta litis, no resulta admisible que la diferencia pensional entre uno y otro régimen, pueda constituir simple y llanamente una cuantificación del perjuicio derivado del incumplimiento contractual por parte de la AFP del RAIS, al tenerse que, devenido el referido incumplimiento del actuar *culposo* de la deudora, el alcance de su responsabilidad atiende a aquel perjuicio *que se hubiere previsto, o pudiere preverse para el momento de la celebración del contrato* (artículo 1616 CC), y en ese orden, la cuantificación que propone el demandante, ubicada en la época que satisface los supuestos exigidos en el RPMPD para causar la pensión de vejez, implica su traslado a un momento posterior y tardío al del perfeccionamiento contractual, sin que de otra parte demuestre de qué manera ello pudo preverse en aquella época, soslayando así el supuesto legal requerido para asignar la pretendida responsabilidad del ente accionado.

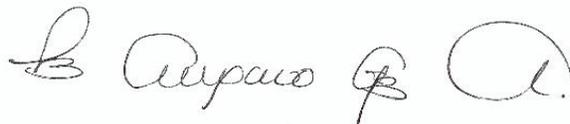
Razones estas que resultan suficientes para **confirmar la sentencia revisada**, con la consecuente condena en costas para el recurrente ante la prosperidad de la alzada (art. 365-1 del C.G.P.). Las agencias en derecho se cuantifican en la suma de **\$1.300.000,00** distribuidos en igual proporción entre las accionadas.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **confirma la sentencia** proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Miguel Alberto Gómez Pineda**, contra las **AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y Protección S.A..**

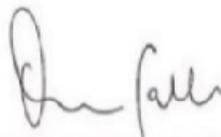
Costas en esta instancia a cargo del demandante, a quien se desata adversamente la apelación. Las agencias en derecho se cuantifican en la suma de **\$1.300.000** distribuidos entre las accionadas, en igual proporción.

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO, que se fijara por secretaria por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados (firmas escaneadas)

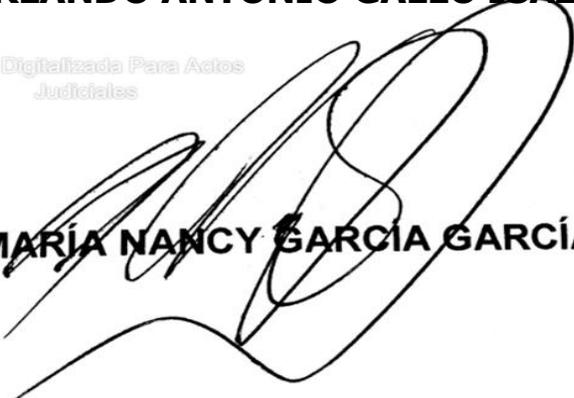


LUZ AMPARO GÓMEZ ARITIZABAL



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA

Firma Digitalizada Para Actos
Judiciales



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA