



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 012

Audiencia número: 130

En Santiago de Cali, a los tres (03) días del mes de mayo de dos mil veinticuatro (2024), los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, ALVARO MUÑIZ AFANADOR y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, modificadorio del artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, nos constituimos en audiencia pública con la finalidad de darle trámite al recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia número 057 del 22 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, Valle, dentro del proceso Ordinario promovido por MANUEL ANTONIO SANTA GARCÍA contra LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Trámite al cual fueron vinculadas como Litisconsorte Necesaria LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la parte actora al formular alegatos de conclusión ante esta instancia hace referencia a la falta de suministrarle al demandante al momento de su vinculación a Porvenir S.A de una completa información sobre las características propias de cada régimen pensional y esa omisión, se paga a título de reparación del daño que le fue causado en la cuantía de la pensión de manera retroactivo sobre las diferencia generadas en la pensión que le fue reconocida en el régimen de ahorro individual y la que le hubiese correspondido en el régimen de prima media y se debe tener en cuenta que se trata de prestación de tracto sucesivo.



De otro lado, el apoderado de Porvenir S.A. expresa que el derecho pensional del demandante es un derecho consolidado, no susceptible de discusión en este momento sobre la validez del traslado al régimen de ahorro individual, que por demás fue voluntaria por parte del afiliado a quien se le brindo la información oportuna y completa. Sin que exista fundamento para imponer el pago de perjuicios, los que ni siquiera logra estimar en su cuantía.

Colpensiones a través de mandataria judicial manifiesta que esa entidad no está legalmente facultada para realizar la pretendida nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual. Donde el demandante disfruta de una pensión de vejez reconocida por Porvenir S.A. Que en estos casos se solicita la reparación del daño causado con ocasión de la falta información que debió brindar la administradora de fondo de pensiones al momento de hacerse el traslado entre regímenes pensionales. Sin que Colpensiones tenga alguna responsabilidad en esa falta de información.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 0104

Pretende el demandante el reconocimiento y pago de una indemnización de perjuicios a cargo de Porvenir S.A., por la diferencia generada entre la mesada de la pensión de vejez que le fue reconocida en el régimen de ahorro individual con solidaridad y la mesada de la prestación económica de vejez que le hubiese correspondido en el régimen de prima media administrado por Colpensiones. Igualmente, peticona que la administradora de fondo de pensiones del régimen de ahorro individual demandada, le continúe pagando dicha diferencia, de tracto sucesivo, de carácter vitalicia y transmisible a sus beneficiarios, así como los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o en subsidio de ello, la indexación.

En sustento de esas pretensiones, anuncia el demandante, en síntesis, que nació el 10 de mayo de 1955, habiéndose afiliado y cotizado al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones a partir del 03 de febrero de 1977 y hasta el 07 de septiembre de 1999, un total



de 630,86 semanas. Que se trasladó de régimen pensional a Porvenir S.A. en donde cotizó desde el 1° de octubre de 1999 y hasta el día 10 de mayo de 2017, un total de 906,14 semanas, para un total 1.537 semanas cotizadas en ambos regímenes pensionales.

Refiere que la Porvenir S.A al momento de afiliarlo no le suministró una información completa sobre las ventajas, desventajas, consecuencias y los efectos de su traslado al régimen de ahorro individual, como tampoco le informó sobre los términos y condiciones en que podía adquirir su derecho pensional. Destaca, que Porvenir S.A. le reconoció la pensión de vejez mediante documento de fecha 11 de septiembre de 2017, en cuantía de \$737.717.

Que finalmente, elevó reclamación administrativa ante el fondo de pensiones aquí demandado, el día 06 de agosto de 2021, en la cual solicitó la indemnización de perjuicios, intereses moratorios o la indexación, siendo la misma negada por Porvenir S.A., mediante correo electrónico de fecha 20 de agosto de 2021.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al dar respuesta a la acción, se opone a las pretensiones incoadas en su contra, en vista de que la afiliación de la demandante, en el año 1999, se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, y después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del régimen de ahorro individual, así como de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación - documento público N° 01229078. Refiere, que, con la información brindada a la demandante, Porvenir S.A. cumplió con las obligaciones surgidas con la suscripción del contrato, tales como la custodia, administración de las cotizaciones recibidas por el actor a la fecha.

Asegura que la parte demandante, no puede alegar una falta de información de las particularidades del régimen que derivan en un presunto daño, toda vez que según su certificado de pensión, se observa que se encuentra beneficiado bajo la modalidad del retiro programado, una de las modalidades que ofrece el régimen y que únicamente se puede



acceder por la solicitud del interesado, quebrantando así el nexo causal exigido para la imputación de responsabilidad que hoy día se pretende endilgar, por ser la persona quien asume y asiente en la materialidad del hecho y quien actúa como un consumidor financiero según el Decreto Único 2555 de 2010.

Expone, además, que conforme a la Ley 100 de 1993, el único administrador del régimen de prima media es Colpensiones, por lo que no existe norma en la que se pueda soportar la condena a cargo del fondo privado, de reconocer la pensión de vejez en las condiciones de edad, tiempo y monto que pretende de la parte actora.

Arguye que no procede la pretensión a título del daño continuado causado, como quiera que la parte demandante no puede haber sufrido un perjuicio para el momento de su afiliación al régimen de ahorro individual, pues insiste: i) en que la afiliación fue producto de una decisión libre e informada; ii) y en que la demandante no contaba si quiera con una mera expectativa pensional, que la ley, la jurisprudencia, y mucho menos Porvenir S.A., tuviera que amparar. Amén, de que la parte actora no precisa y mucho menos demuestra cuales son los perjuicios reclamados, pues resulta necesario, demostrar: la acción que se aduce causó un daño, el daño propiamente dicho y el nexo de causalidad, como de antaño la Corte Suprema de Justicia lo ha venido señalado.

Plantea en su defensa las excepciones de fondo que denominó: buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, prescripción, pago, desconocimiento de los propios actos, que el demandante alega su propia negligencia de su beneficio, enriquecimiento sin causa, ratificación de los actos jurídicos y la genérica.

La integrada como Litisconsorte Necesaria: Colpensiones, al dar contestación a las pretensiones de la demanda, expuso que, si bien las mismas no iban dirigidas a ella, su declaratoria depende de lo que se encuentre debidamente probado en el transcurso del proceso, en donde se debe determinar si hubo responsabilidad por parte de Porvenir S.A. frente al hecho del engaño y/o la omisión o falta de información al momento del traslado del demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, debiendo determinar el Juez de Instancia, si esta última debe resarcir el daño patrimonial causado con su actuar y



si debe reconocer y pagar las diferencias en las mesadas canceladas y futuras frente a lo que el actor percibiría en el Régimen de Prima Media.

Formula como medio exceptivos de mérito: inoponibilidad de la responsabilidad de la administradora de fondo de pensiones ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, el traslado del demandante obedeció a su decisión libre y voluntaria, por tanto, esta revestido de legalidad y eficacia, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, la innominada, buena fe, compensación, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, imposibilidad de condena simultánea de indexación e intereses moratorios, la inoponibilidad de la responsabilidad de la Porvenir S.A ante Colpensiones, proporcionalidad y ponderación, violación al principio constitucional de sostenibilidad del sistema, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual y no declaratoria de la nulidad.

La Litis La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito público, plantea al oponerse a las pretensiones, declaraciones y condenas peticionadas en la demanda, que las mismas son improcedentes frente a tal cartera ministerial, pues se desconoce las circunstancias en que se produjo el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y por ende, desconoce también, la asesoría que Porvenir S.A pudo haberle brindado al señor Santa García con el fin de convencerlo de realizar dicho traslado, y menos aún, si el mencionado señor durante el tiempo que llevaba vinculado en el régimen de ahorro individual, recibió o ha recibido la información suficiente, clara, precisa y concisa para que aquel pudiese establecer, si el convenía estar en el régimen de ahorro individual o si por el contrario, debía retornar a Colpensiones para no verse a futuro perjudicado en el monto que por concepto de la pensión de vejez le correspondería. Además, expone que la Oficina de Bonos Pensionales del Minhacienda, no tiene inherencia alguna en la decisión que al respecto adopte el interesado en pertenecer a cualquier régimen pensional.

Aduce también, que por disposición legal (Decreto 4712 de 2008, modificado por el Decreto 192 de 2015) la oficina de Bonos Pensionales responde por la Liquidación, Emisión, Expedición, Redención, Pago o Anulación de Bonos Pensionales o Cupones de Bonos



Pensionales a cargo de la Nación. (Artículo 11 del Decreto 4712 de 2008, modificado por los Decretos 192 de 2015 y 848 de 2019), obligación que ya fue cumplida en el caso de la demandante, además de que, las asesorías y/o traslados de régimen son adelantados por terceros, en este caso, por los Fondos de Pensiones, sin que ese ministerio de manera alguna asuma responsabilidad alguna respecto de las consecuencias que se puedan derivar de la información o los procedimientos que en relación con este tema, adelanten las administradoras de pensiones.

En su defensa plantea como excepciones de mérito, las que denominó: inexistencia de responsabilidad del Minhacienda respecto de la reparación de perjuicios pretendida, el Minhacienda no es una entidad de previsión social, falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime mediante sentencia, en la que el A quo, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción propuesta por la demandada Porvenir S.A., a la que absolvió de todas las pretensiones incoadas en la demanda del señor Manuel Antonio Santa García, y desvinculó a las integradas en Litis La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. Decisión que en lo interesa al recurso de alzada, se basó en lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su sentencia SL 373 de 2021, en donde se precisó, que la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, no resulta procedente cuando el afiliado se encuentra pensionado en tal régimen pensional, al ser una situación jurídicamente consolidada, pero, al no darse el traslado pensional en mención, lo que resultaría procedente es el reconocimiento de una indemnización plena de perjuicios, tasada en las diferencias pensionales que se generen entre cada régimen.

Que, conforme a lo anterior, expuso el A quo, que, si bien se demostró en el presente asunto, que el acto de afiliación del actor al régimen de ahorro individual se encuentra revestido de varias irregularidades, no se demostró por la parte actora con suficiente material probatorio,



sobre la existencia de un perjuicio generado por tal traslado pensional, siendo dicha parte quien tenía la carga probatoria al respecto. Además, de que el actor, luego del reconocimiento de su pensión de vejez por parte de la administradora de pensiones del régimen de ahorro individual y hasta la fecha de la presentación de su demanda, no demostró inconformidad alguna con el valor de su mesada pensional, pues por el contrario estuvo disfrutando de un beneficio propio del régimen de ahorro individual con solidaridad, como lo es, el de la pensión de garantía mínima.

En suma, adujo el Juez de instancia, que, en caso tal de que se hubiesen generado los perjuicios deprecados, los mismos estarían prescritos, si en cuenta se tiene que desde la fecha en que le fue reconocida la pensión de vejez al actor, y la reclamación administrativa transcurrieron más de 3 años que pregonan las leyes sustantivas y adjetivas de nuestra especialidad. Ello en vista de que la indemnización reclamada no hace parte de los derechos de la seguridad social, en el entendido en que su falta de concesión no redundaría en afectación de la prestación económica, y por ende, no resulta ser imprescriptible.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado judicial de la parte actora, formula el recurso de alzada, buscando que se revoque la sentencia atacada, bajo el argumento de que la administradora de fondo de pensiones demandada no le suministró a su mandante la información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ni le suministró información acerca de los términos y condiciones sobre la posibilidad de adquirir su pensión de vejez, constituyéndose en un acto indebido por parte de esa entidad, incumpliendo así con sus deberes legales y jurisprudenciales sobre el documentar de forma clara y suficiente sobre los efectos que le acarrearía dicho cambio de régimen, por lo que Porvenir S.A. debe ser condenada a pagar al demandante, a título de reparación del daño causado en la cuantía de su mesada pensional, de manera retroactiva, por las diferencias generadas entre la mesada de la pensión de vejez que le fue concedida en el régimen de ahorro individual y la mesada de



la pensión de vejez que le correspondía en el régimen de prima media en forma vitalicia y transmisible a sus beneficiarios, desde el 11 de mayo de 2017.

Lo anterior, en vista de que el actor cotizó un total de 1.537 semanas a ambos regímenes pensionales, debiéndose calcular el ingreso base de liquidación con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, actualizados con el índice de precios al consumidor del DANE, y al resultado obtenido aplicarle un monto del 71.32%, en función a la totalidad de semanas cotizadas, lo que arrojaría una mesada pensional \$1.358.673 para el año 2017, como bien se ilustró en la liquidación que se allegó en la demanda, y se decretó como prueba, por lo que a consideración del censor, se encontraría demostrado el daño que le fue causado a su poderdante en el monto de su pensión.

Igualmente, el recurrente ataca lo relativo a la aplicación de la prescripción, toda vez, que lo que se reclama en la demanda es la reparación del daño que le fue causado en la cuantía de la pensión de su poderdante, y el posterior pago de las diferencias pensionales que se generen entre los regímenes pensionales, obligación que al ser de tracto sucesivo, no operaría tal fenómeno prescriptivo para el derecho como tal, sino para las mesadas que no haya sido cobradas dentro de los últimos 3 años de acuerdo a la norma. Finalmente, reclama el pago de los intereses moratorios sobre las diferencias resultantes, o de manera subsidiaria la indexación mes a mes de cada rubro adeudado.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con los argumentos expuestos al formularse la alzada, corresponderá a la Sala de Decisión, determinar i) si hay lugar o no al reconocimiento de una indemnización de perjuicios a favor del señor Manuel Antonio Santa García, como consecuencia de su traslado de régimen pensional del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ii) en caso afirmativo, determinar a cargo de quien encuentra a cargo dicha indemnización, así como su cuantía, y si la misma se encuentra afectada o no por el fenómeno de la prescripción.



En el presente asunto no es materia de debate probatorio lo siguiente:

- La fecha de nacimiento del señor Manuel Antonio Santa García, el día 10 de mayo de 1955.
- Que el demandante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el otrora Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, desde el 03 de febrero de 1977 y hasta el 06 de septiembre de 1999, interregno temporal donde efectuó cotizaciones a través de varios empleadores privados.
- Que el señor Santa García se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado en este caso por Porvenir S.A., en el mes de agosto de 1999.
- Finalmente, no fue objeto de discusión, que al promotor del litigio le fue reconocida la garantía de pensión mínima por parte de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el fondo de pensiones privado llamado a juicio, a partir del 11 de mayo de 2017, y en cuantía de \$737.717, a razón de 12 mesadas ordinarias al año y 1 adicional en el mes de diciembre.

Antes de iniciar el estudio de los anteriores problemas jurídicos planteados, considera importante recalcar por la mayoría de los integrantes de esta Sala de Decisión, que en anteriores oportunidades se ha adoptado la tesis de la procedencia de la ineficacia de traslado de régimen pensional cuando se trata de demandantes pensionados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tesis que a la fecha se mantiene. No obstante, en vista de que en el presente asunto se abordará el estudio de los perjuicios reclamados por el promotor del litigio, tanto en su demanda como en su recurso de alzada, en virtud del principio de consonancia dispuesto en nuestra normatividad adjetiva, dichos perjuicios deben analizarse al igual que cuando se estudia la ineficacia del traslado pensional, esto es, por la omisión al deber de información por parte de las administradoras de fondos de pensiones privadas, amén de otros requisitos jurídicamente relevantes para la causación de esa indemnización a la que podría tener derecho el aquí demandante, por no haberse podido pensionar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado actualmente por Colpensiones.

DE LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS



Entra la Sala a resolver el primer problema jurídico planteado, tendiente a determinar la procedencia o no de la indemnización de perjuicios, para lo cual, debemos remitirnos a lo previsto en el artículo 2341 y 2356 del Código Civil¹, que, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998², prevé la concurrencia de tres elementos configurativos de una responsabilidad común, como lo son, i) la culpa, ii) el daño y iii) el nexo de causalidad entre ambos.

En torno al primer elemento, *la culpa*, se debe precisar, que, para que se genere la obligación de indemnizar un daño, no basta con afirmar que se causó el mismo, sino que resulta indispensable, que se compruebe, que quien causó dicho daño actuó con culpa, y para el caso que hoy nos ocupa, esa culpa se traduce en la omisión del fondo de pensiones privado de suministrar una información veraz, oportuna y comprensible a la persona que desea afiliarse y posteriormente trasladar del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad que administra, debiendo la administradora de fondo de pensiones llamada a juicio, demostrar que sí actuó con diligencia y cuidado, en atención a sus obligaciones como administradoras de un servicio público de carácter obligatorio, como lo es la seguridad social, por delegación del artículo 48 de la CP³ y por los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993⁴.

¹ Artículo 2341 del c.c. Responsabilidad extracontractual: El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

Artículo 2356 ibidem. Responsabilidad por malicia o negligencia: Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta ...

² Artículo 16 de la Ley 446 de 1998: Valoración De Daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

³ Artículo 48. Constitución Política de Colombia: La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

(...)

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

⁴ Artículo 90. Ley 100 de 1993. ENTIDADES ADMINISTRADORAS. Los fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad serán administrados por las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, cuya creación se autoriza.

Las sociedades que de conformidad con lo establecido en las disposiciones legales vigentes administren fondos de cesantía, están facultadas para administrar simultáneamente fondos de pensiones, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley.



El *deber de información* es un elemento de la naturaleza del contrato de fiducia mercantil, tal como lo ha establecido de antaño el artículo 1501 del Código Civil⁵; por lo cual, las administradoras deben dar Información inteligible, exacta, pertinente, completa y oportuna; que incluya, no solo los aspectos positivos sino también los negativos, subrayando los riesgos que conlleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.

Tal deber deviene del postulado señalado en el Decreto 663 de 1993 - *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*- artículo 72 literal f) y artículo 97, normas modificadas por la Ley 795 de 2003, que en su artículo 12 señala que las decisiones que puedan tomar los clientes deben estar *“debidamente informadas, conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”*.

Dicho deber, en términos presentes, ha sido recogido por los Decretos 2241 de 2010 y 2555 del mismo año, que integran los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el sistema general de pensiones, como: i) la debida diligencia, ii) transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, y iii) manejo adecuado de los conflictos de interés.

Como ha quedado visto, el deber de información es una obligación que por ley tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones, y un derecho para los afiliados a cualquiera de los regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus

Artículo 91. *Ibidem*: REQUISITOS DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS.

(...)

d) Disponer de capacidad humana y técnica especializada suficiente, para cumplir adecuadamente con la administración apropiada de los recursos confiados, de acuerdo con la naturaleza del plan de pensiones ofrecido.

⁵ Artículo 1501 Código Civil: COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.



beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar al interesado de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Dicha razón justifica el contenido del artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a sus afiliados sobre la posibilidad de **retractarse**; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que *“las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse”* que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.

De lo anterior, se desprende que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tienen la obligación de brindar información clara, completa y comprensible al momento en que se va a realizar un traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, indicando los beneficios, pero también las consecuencias adversas de su traslado, incluyendo consecuencias tales como la pérdida del régimen de transición, ya que se trata de una decisión trascendental, pues en algunos casos puede incidir en la posibilidad de acceder a una pensión, y cuya carga de la prueba se encuentra en cabeza de la administradora de fondo de pensiones llamada a juicio.

En el proceso bajo estudio, omitió el fondo privado Porvenir S.A., el deber de acreditar que al señor Manuel Antonio Santa García se le brindó una información suficiente sobre los beneficios y bondades de cada régimen a fin de que tomará la mejor decisión en relación con su régimen pensional, al momento en que aquel fue afiliado a dicha administradora de fondo de pensiones, y consecuentemente trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de agosto de 1999.

Tampoco se demostró que la llamada a juicio Porvenir S.A. en el mes de agosto de 1999, cuando afilió al aquí demandante, le hubiese suministrado una información veraz, oportuna y comprensible, que fuera suficiente para dar a conocer las diferentes alternativas de cada una de las modalidades de pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad, con sus



beneficios e inconvenientes sobre tal régimen pensional privado, y aún llegado el caso, desanimarlo para que tomase una decisión que no lo fuera a perjudicar a futuro, pues para la calenda en que el señor Santa García efectuó su afiliación ante dicha administradora de fondos de pensiones, si bien aún le hacía 16 años para arribar a la edad de pensión mínima exigida en la entonces Ley 100 de 1993 en su redacción original – 60 años -, ya contaba con una proporción del 63% de las cotizaciones exigidas en dicha norma – 1.000 semanas.

De lo anterior, resulta evidente la configuración del elemento de la *culpa* en cabeza de Porvenir S.A., y que se considera necesario para continuar con el estudio de los demás elementos arriba mencionados, a efectos de estudiar la posible condena por indemnización de perjuicios.

Frente al *daño*, según Fernando Hinestroza:

*“...Es la lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja...”*⁶

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que ese daño sufrido tiene unas características, pues debe ser personal y cierto, el primero de ellos significa que quien solicita la indemnización de un perjuicio lo debe haber soportado o padecido, y, cierto, lo que se traduce en la demostración de la víctima de la vulneración, detrimento, menoscabo o deterioro de un interés jurídicamente protegido, sea éste de carácter pecuniario o no, por parte de un tercero, cuya consecuencia sea una merma patrimonial o extrapatrimonial, pasada o futura, más no eventual.

Precisado lo anterior, observa la Sala que el actor fue pensionado por Porvenir S.A. a partir del 11 de mayo de 2017, otorgándole esa prestación como “garantía de la pensión mínima” (pdf. 04 fl. 45). Esta modalidad pensional se encuentra definida en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, que se genera cuando el afiliado que ha cumplido la edad mínima para pensionarse,

⁶ Fernando Hinestroza. Derecho de obligaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967, p. 529.



o sea 62 años en los casos de hombres o 57 años para las mujeres, y no alcanzan a generar una pensión equivalente al salario mínimo legal, pero han cotizado al menos 1.150 semanas, tienen derecho a que el gobierno nacional les complete la parte que hace falta para obtener la pensión. Devengado siempre una mesada pensional equivalente al salario mínimo.

Encontrando en la reglamentación de la pensión de vejez en cada régimen pensional una gran diferencia, porque para el régimen de ahorro individual el requisito es tener un capital acumulado que le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo, mientras que, en el régimen de prima media, solo basta acreditar edad y tiempo cotizado. Donde la cuantía de la pensión se determina por el ingreso con el cual se cotiza.

En este caso, a consideración del fondo privado de pensiones, el actor no contaba con un capital acumulado que le permitiera tener una pensión superior al 110% del salario mínimo, razón por la cual le concede esa prestación como garantía de la pensión mínima. Y es precisamente en la forma como se ha establecido para reconocer la pensión de vejez en cada uno de los regímenes pensionales que surge una diferencia que causa un deterioro en la economía del afiliado, que causa daño, el que se reclama sea indemnizado.

Otro de los elementos para que proceda la indemnización de perjuicios, esto es, *el nexo de causalidad entre la culpa y el daño*, esta se traduce en la premisa de que si el afiliado hubiera tenido toda la información necesaria acerca del funcionamiento de los regímenes pensionales, así como las ventajas y desventajas de cada uno frente al reconocimiento de la pensión de vejez, probablemente no se hubiera trasladado, ni mucho menos producido el perjuicio que se alega, relación de causalidad que a criterio de esta Sala de Decisión está acreditada, pues, de mediar dicha información el daño no se hubiera producido.

Así las cosas, se encuentran demostrados los elementos que deben concurrir, para que se cause a favor del demandante la indemnización de perjuicios, traducida en las diferencias pensionales generadas por el actuar omisivo de Porvenir S.A.



Al no contarse en el expediente con toda la historia laboral del actor, como lo es, la parte en especial con lo que hace referencia al bono pensional, no es posible determinar el valor de la mesada pensional de vejez que le hubiese correspondido en el régimen de prima media, en comparación con la mesada pensional del régimen de ahorro individual que se le está cancelando, pero ello no es óbice para desconocer el perjuicio causado, razón por la cual, se ordenará a COLPENSIONES realice la liquidación de la mesada pensional de conformidad con el régimen de prima media, previa información sobre el tiempo e ingreso base de liquidación que deberá aportar PORVENIR S.A. y toda la información sobre el bono pensional. Una vez determinado por COLPENSIONES el valor de la mesada pensional a la fecha de causación y disfrute, se lo comunicará a PORVENIR S.A. a quien le corresponderá asumir a título de perjuicios y a favor del actor, el pago de la diferencia insoluta, teniendo en cuenta que se trata de una obligación de tracto sucesivo, de carácter vitalicio.

Para el cumplimiento de lo dispuesto, Porvenir S.A. contará con un plazo de treinta (30) días para informarle a Colpensiones sobre las cotizaciones realizadas por el actor, determinado el ingreso base de cotización y la información del bono pensional. Contará Colpensiones con el mismo término de treinta (30) días posteriores al cumplimiento de la obligación que se impone a Porvenir S.A. para liquidar la mesada pensional del actor como si estuviese afiliado al régimen de prima media con prestación definida, teniendo en cuenta la historia laboral que lleva esa entidad, más la información que Porvenir S.A. le suministre, pudiendo requerir a esa administradora para que complemente la información, de ser necesaria y una vez elaborada la nueva liquidación se la comunicará tanto a la parte actora como a Porvenir S.A. para que esta última determine el valor de la diferencia y empiece a su pago, contando Porvenir S.A. con un plazo máximo de cinco (05) días, para dar cumplimiento a esa obligación.

En cuanto a la excepción de prescripción, la que está llamada a prosperar de manera parcial, dado que la pensión al actor se le concede a partir del 11 de mayo de 2017, y presentó la reclamación el 06 de agosto de 2021 (pdf. 04 fl. 48), es decir, entre una y otra data transcurrido el término de tres años que pregona el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por lo tanto, operó ese fenómeno extintivo de las obligaciones, respecto de la indemnización causada por diferencias pensionales antes del 05 de agosto de 2018,



debiéndose reconocer esa indemnización de perjuicios causada desde el 06 de agosto de 2018 y en adelante, teniendo en cuenta que se trata de una obligación de tracto sucesivo y de carácter vitalicio.

Se ordenará que las diferencias pensionales que se generen sean canceladas debidamente indexadas al momento de dar cumplimiento con esta sentencia.

Por lo anterior, se ha de revocar la sentencia objeto de apelación, sin que sea necesario pronunciamiento alguno sobre las demás excepciones propuestas por las entidades que integran la pasiva.

Dentro del contexto de esta providencia se ha realizado el análisis de los alegatos presentados por los apoderados de las partes como alegatos de conclusión.

Costas en ambas instancias a cargo de Porvenir S.A. y a favor del promotor del litigio. Las de primera instancia serán señaladas por el juzgado de origen. Fíjense como agencias en derecho que corresponde a esta instancia el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia número 057 del 22 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cal, objeto de apelación, para en su lugar:

1. Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción propuestas por la parte demandada, sobre la indemnización de perjuicios que corresponde a la diferencia insoluta del valor de la mesada pensional causada antes el 05 de agosto de 2018.



2. Declarar que al señor MANUEL ANTONIO SANTA GARCIA le asiste el derecho a la indemnización de los perjuicios, causado por la omisión, por parte de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir S.A. en el deber de información clara, cierta, suficiente y oportuna, al momento de realizar el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.
3. Como consecuencia de lo anterior, Porvenir S.A. deberá pagar al señor Manuel Antonio Santa García la indemnización de perjuicios, que corresponde a las diferencias resultantes entre la mesada reconocida en el régimen de ahorro individual y la estimada en el régimen de prima media con prestación definida, a partir del 06 de agosto de 2018, de manera vitalicia, teniendo en cuenta que se trata de una obligación de tracto sucesivo.
4. Ordenar a Porvenir S.A. que informe a Colpensiones sobre las cotizaciones realizadas por el actor, determinado el ingreso base de cotización y la información del bono pensional. Contando para ello con un plazo de treinta (30).
5. Ordenar a COLPENSIONES una vez Porvenir S.A. le remita la información pertinente, contará con 30 días para que realice la liquidación de la mesada pensional de conformidad con el régimen de prima media, previa información sobre el tiempo e ingreso base de liquidación que deberá aportar Porvenir S.A. y toda la información sobre el bono pensional y el tiempo cotizado en el régimen de prima media. Una vez determinado por COLPENSIONES el valor de la mesada pensional a la fecha de causación y disfrute, se lo comunicará a Porvenir S.A y a la parte actora.
6. Ordenar a Porvenir S.A. que determine el valor de la diferencia y empiece a su pago, contando con un plazo máximo de cinco (05) días, para dar cumplimiento a esa obligación. Diferencia insoluta que será cancelada debidamente indexada.
7. ABSOLVER a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público de todas las pretensiones de la demanda.
8. Costas en primera instancia a cargo de Porvenir S.A. y a favor del promotor de este proceso. Fijense por el juzgado de conocimiento.



SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo Porvenir S.A. y a favor del promotor del litigio, fijense como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El fallo que antecede fue discutido y aprobado y se ordena sea notificado a las partes por EDICTO.

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

ALVARO MUÑOZ AFANADOR
Magistrado
Rad. 007-2021-00476-01