



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali

Sala Laboral

NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA

Magistrada ponente

Radicado n.º 76001310501320180048201

Santiago de Cali, Valle del Cauca, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

La Sala resuelve el recurso de apelación que **FABIO NURY OREJUELA BARBERI** instauró contra el fallo que el Juez Trece Laboral del Circuito de Cali profirió el 3 de junio de 2021, en el trámite del proceso ordinario laboral que el recurrente promovió contra la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, actuación a la que se integró como litisconsorte necesario a **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** y al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO -OFICINA DE BONOS PENSIONALES**.

Asimismo, decide el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

Fabio Nury Orejuela Barberi solicitó se declare la «nulidad» de su traslado del régimen de prima media con prestación definida

al de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. En consecuencia, requirió se condene a esta última administradora a devolver a Colpensiones *«la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual [...] incluidos todos los valores que han sido pagados por concepto de pensión»*.

Asimismo, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990, en virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por último, se condene a las demandadas al pago de las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 29 de febrero de 1948, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde marzo de 1970 y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A. en octubre de 1997.

Señaló que al momento del traslado de régimen pensional, los promotores de Porvenir S.A. únicamente le brindaron información sobre las ventajas que ofrecía dicho régimen, tales como la posibilidad de recibir la pensión anticipada de vejez y una mesada pensional más alta con respecto al régimen de prima media con prestación definida; igualmente, sostuvo que le indicaron que el Instituto de Seguros Sociales *«iba a quebrar y entonces, perdería todas las cotizaciones realizadas [...]»* y que, en razón a la anterior información, decidió trasladarse.

Manifestó que el 28 de febrero de 2012 Porvenir S.A. le reconoció pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, por un valor inicial de \$994.770, pese a que sus salarios oscilaban en 4smlmv. Agregó que, a partir de septiembre de 2016, el monto

de la mesada pensional quedó en un salario mínimo legal mensual vigente.

Finalmente, indicó que radicó solicitud de traslado a Colpensiones el 8 de junio de 2018, petición que fue negada (expediente digital, archivo 01, pdf 3 a 7).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones. Se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas. En cuanto a los hechos, aceptó la afiliación a su entidad, la solicitud de traslado a su entidad y la respuesta dada. Frente a los demás, manifestó que no le constaba.

En su defensa propuso como excepciones de mérito las de *«falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de vicios en el traslado, buena fe, y prescripción»* (expediente digital, archivo 01, pdf 70 a 79).

Porvenir S.A. Se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas. En cuanto a los hechos, admitió la afiliación a su entidad, la calidad de pensionado del actor y la contratación de una renta vitalicia para garantizar una mesada pensional de un salario mínimo. Negó haber engañado al actor para que realizara el traslado; por el contrario, manifestó que suministró toda la información completa y necesaria de los productos y servicios, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban o no eran ciertos.

En su defensa propuso como excepción previa la *«falta de integración del litis consorcio necesario»* y, como excepciones de

mérito, las de *«inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; imposibilidad jurídica y financiera de revocar la pensión de vejez; prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación al RAIS; buena fe; afectación financiera e imposibilidad material y jurídica de revocar una pensión de vejez en caso de prosperar las pretensiones del accionante; compensación y la innominada o genérica»* (expediente digital, archivo 01, pdf 94 a 123).

Igualmente, solicitó la integración de Seguros de Vida Alfa S.A. como litisconsorte necesario, aspiración que respaldó en que con esta entidad se contrató la pensión en la modalidad de renta vitalicia el 9 de septiembre de 2016 (expediente digital, archivo 01, pdf 182 a 189). Dicha petición fue admitida por el Juez de conocimiento mediante auto de 26 de septiembre de 2019 (expediente digital, archivo 01, pdf 190 a 192).

Seguros de Vida Alfa S.A. Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos de la misma, aceptó que el actor tiene la calidad de pensionado desde el año 2012 y, en relación con los demás hechos, manifestó que no le constaban o que no eran ciertos.

En su defensa propuso como excepciones de mérito las de *«inexistencia de obligación y cobro de lo no debido; imposibilidad jurídica y financiera de revocar la pensión de vejez bajo la modalidad de renta vitalicia; afectación financiera e imposibilidad material y jurídica de revocar una pensión de vejez en caso de prosperar las pretensiones del accionante; compensación, buena fe, prescripción e innominada o genérica»*.

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** se opuso igualmente a todas las pretensiones. En cuanto a los hechos,

aceptó la fecha de vinculación del convocante al Instituto de Seguros Sociales, su calidad de pensionado y que en septiembre de 2016 cambió de modalidad pensional, de retiro programado a renta vitalicia. Agregó que el actor, en efecto, solicitó a Colpensiones que le permitiera su retorno al régimen de prima media con prestación definida, requerimiento que se decidió desfavorablemente. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito las de *«falta de legitimación en la causa por pasiva: la oficina de bonos pensionales no funge como entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador pensional; la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ya cumplió con la emisión del bono pensional tipo A modalidad 2 del señor Fabio Nury Orejuela Barberi; imposibilidad jurídica del traslado de régimen por la condición de pensionado del actor; buena fe; prescripción; inaplicabilidad del precedente judicial para el caso concreto y violación al principio constitucional de la sostenibilidad financiera»*.

III. DEMANDAS DE RECONVENCIÓN

En el término de traslado, **Porvenir S.A.** interpuso también demanda de reconvención contra el demandante, en la que solicitó que, en caso de declararse la ineficacia del traslado, se le reintegren las sumas de dinero que ha cancelado al convocante por concepto de mesadas pensionales, debidamente indexadas.

En sustento de tal aspiración, insistió en que el 28 de febrero de 2012 reconoció pensión de vejez al promotor en la modalidad de retiro programado, en cuantía inicial de \$994.770.

Señaló que, posteriormente, a partir de septiembre de 2016, la modalidad pensional cambió por solicitud del pensionado, a renta vitalicia contratada con Seguros de Vida Alfa S.A. (expediente digital, archivo 01, pdf 177 a 181).

El Juez Trece Laboral del Circuito de Cali admitió la demanda de reconvención el 26 de septiembre de 2019.

Por su parte, **Seguros de Vida Alfa S.A.** igualmente interpuso demanda de reconvención, con iguales pretensiones a las señaladas y con fundamento en los mismos supuestos de hecho (expediente digital, archivo 01, pdf 219 a 224).

El Juez Trece Laboral del Circuito de Cali admitió la demanda de reconvención el 28 de febrero de 2020.

El demandante no contestó las demandadas de reconvención.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido dicho trámite, el Juez Trece Laboral del Circuito de Cali profirió sentencia de primer grado el 3 de junio de 2021, en la que decidió (expediente digital, archivo 05):

1.º-ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones de la acción incoada en su contra por el señor FABIO NURY OREJUELA BARBERI, identificado con cédula de ciudadanía número 14.948.604, por las razones manifestadas en precedencia.

Para respaldar tal decisión, comenzó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar si: (i) la afiliación del

actor al RAIS es eficaz, (ii) es procedente el traslado de la cuenta de ahorro individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y (iii) se consolidó el derecho pensional solicitado.

Para el efecto, indicó que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la expedición de la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, ha indicado que es obligación de los fondos de pensiones suministrar al afiliado información íntegra sobre los regímenes pensionales existentes, así como las consecuencias y riesgos del acto de traslado de régimen pensional, so pena de declararse la ineficacia del traslado.

Sin embargo, precisó que esta regla aplica únicamente para las personas que se encuentren *afiliadas* al sistema y no se extiende para aquellas personas que ya han sido *pensionadas*. Citó la providencia CSJ SL1759-2017 y señaló que, conforme a este pronunciamiento, la falta de información se entiende superada con la celebración del nuevo acto jurídico correspondiente a la solicitud de la pensión de vejez.

Por lo anterior, manifestó que, en atención a la calidad de pensionado del promotor, no era dable conceder el traslado de régimen pensional y, por sustracción de materia, negó el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada en el escrito inaugural.

Por último, se relevó del estudio de las demandas de reconvencción presentadas y condenó en costas al demandante.

V. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, **Fabio Nury Orejuela Barberi** la apeló y solicitó su revocatoria. Para sustentar el recurso, manifestó que el precedente jurisprudencial que el sentenciador de primer grado trajo a colación para fundamentar su decisión, es posterior a la presentación de la demanda, lo cual vulneró la expectativa legítima de que sus pretensiones prosperaran, pues antes de los recientes pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia existían los elementos legales y jurisprudenciales para que sus pretensiones prosperaran.

Igualmente, indicó que la carga de probar el cumplimiento del deber de información le asistía a los fondos de pensiones y estas entidades no acreditaron tal supuesto.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio de auto de 15 de febrero de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

En el término de traslado, Porvenir S.A. presentó escrito en el que reiteró los argumentos esbozados en la sustentación del recurso de apelación.

VII. CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) el demandante realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales desde el 23 de marzo de 1970 hasta el 30 de septiembre de 1997 (expediente digital, archivo 01, pdf 18 a 20); (ii) suscribió formulario de vinculación a Porvenir S:A. el 30 de septiembre de 1997 (expediente digital, archivo 01, pdf 124); (iii)

Porvenir S.A., mediante comunicado de 28 de febrero de 2012, aprobó la solicitud de reconocimiento pensional del convocante (expediente digital, archivo 01, pdf 42 a 43); y (iv) Porvenir S.A., a través de comunicado de 8 de septiembre de 2016, informó que fue contratado el pago de la pensión deprecada con la Aseguradora de Seguros de Vida Alfa S.A., bajo la modalidad de renta vitalicia (expediente digital, archivo 01, pdf 44 a 45).

Así, corresponde a esta Sala de decisión determinar si es procedente declarar la ineficacia de la afiliación al fondo de pensiones privado ante la omisión del deber de información, aun cuando el demandante tiene el estatus de pensionado en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Para el efecto, es oportuno señalar que en sentencia CSJ SL373-2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló que las consecuencias de la declaratoria de ineficacia de traslado de los afiliados al régimen de ahorro individual, surgidas por la omisión en el deber de información de las administradoras de fondos de pensiones del régimen privado, no se extienden a aquellas personas que ostentan el estatus de *pensionados* en dicho régimen, dado que no es posible en su caso retrotraer las cosas al estado en que se hallarían, en tanto:

(...) la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada o a un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.

Este pronunciamiento se ha reiterado en providencias CSJ SL5169-2021, CSJ SL5704-2021, CSJ SL5172-2021 y CSJ SL 1113-2022, en el sentido de indicar que:

(...) si bien (...) por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo

cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución

de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

En el presente caso, no es objeto de discusión que el demandante tiene la calidad de pensionado, dado que Porvenir S.A. le reconoció la prestación vitalicia el 28 de febrero de 2012.

Conforme a lo anterior, acertó el *a quo* al negar la declaratoria de ineficacia de traslado en su caso particular, en atención a que tal figura no es aplicable en el caso de pensionados, como se indicó en las sentencias analizadas.

Ahora bien, esta determinación no implica que el hecho de haber obtenido el reconocimiento de la pensión desconozca la obligación de los fondos pensionales de brindar información completa y suficiente al afiliado al momento de traslado, puesto que también es criterio *pacífico* y *reiterado* que la ineficacia no es susceptible de ser saneada o convalidada.

Sin embargo, en casos como el analizado lo que puede solicitar el pensionado es la reparación derivada de los perjuicios causados por el incumplimiento de este deber de información a cargo de las administradoras de pensiones, conforme se señaló en la sentencia CSJ SL373-2021, antes citada, en la que se indicó:

(...) 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.

No obstante, como dicha pretensión no fue planteada en el libelo introductorio ni en el recurso de apelación, esta Sala atendiendo el principio de congruencia, no puede resolver pronunciarse sobre este aspecto.

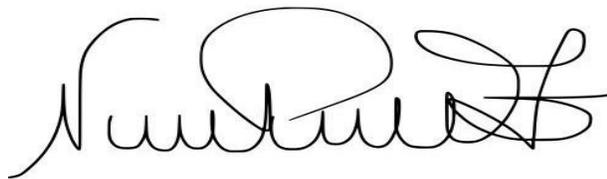
Finalmente, con respecto al argumento expuesto en el recurso de apelación, relativo a que el precedente empleado por el *a quo* para respaldar la decisión de primer grado no es aplicable porque no había sido expedido aún a la fecha de interposición de la demanda, es oportuno señalar que el mismo no es de recibo, pues lo realmente trascendente en el asunto bajo examen es que, al momento de la expedición de la sentencia recurrida, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tenía un criterio pacífico y reiterado sobre la improcedencia de la declaratoria de ineficacia en el caso de pensionados y, por tanto, el *a quo* acertó al seguir dichos lineamientos para decidir el caso puesto a su consideración.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

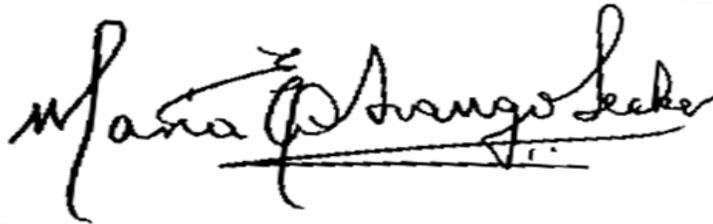
VIII.RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia apelada íntegramente.

SEGUNDO: Costas. Costas en segunda instancia a cargo del demandante, Fabio Nury Orejuela Barberi. Inclúyase como agencias en derecho la suma de quinientos mil de pesos (\$500.000).



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA
Magistrada



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO
Magistrado