



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI-SALA LABORAL
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
MAGISTRADA PONENTE**

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JORGE EDUARDO HERNÁNDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

EXP. 76001-31-05-015-2020-00124-01

Santiago de Cali, veintiuno (21) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Primera de Decisión Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados **FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**, **CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA** y en calidad de Magistrada Ponente **YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**, atendiendo lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A., así como el grado jurisdiccional a favor de Colpensiones, en contra de la sentencia n° 193 de 23 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n.º 087

I. ANTECEDENTES

El señor **Jorge Eduardo Hernández Pacheco** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **Colpensiones y Porvenir S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia o nulidad de su traslado del régimen de prima media hacia el régimen de ahorro individual, consecuente a ello, se declare que siempre estuvo válidamente afiliado al ISS hoy Colpensiones y que no se surtieron los efectos legales y jurídicos de dicho acto. **2)** En consecuencia, solicitó que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar pensión de vejez a partir del 1 de mayo de 2018 en cuantía de \$2.138.671, en virtud de los arts. 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, junto con el pago de intereses moratorios; y **3)** se condene en costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicitó que en el evento de no acceder a las pretensiones solicitadas, se reajuste el monto de la pensión de vejez a partir de 1 de mayo de 2018, en cuantía de \$2.138.671, conforme a los arts. 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 de 2003, junto con el pago de intereses moratorios y la indexación.

Por su parte, Porvenir S.A. formuló demanda de reconvención en contra del señor Guerrero Moreno, pretendiendo que: **1)** En virtud de las pretensiones formuladas por el demandante, se ordene el reintegro de las sumas de dinero que ha cancelado por concepto de mesadas pensionales, derivadas de la pensión de vejez reconocida desde el 26 de noviembre de 2018, hasta la ejecutoria de la sentencia; se **2)** condene en costas a la parte demandada en reconvención.
(Archivo 14 ED)

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en la demanda visible en el Archivo 02 ED, la contestación de Colpensiones Archivo 08 ED, y la emanada de Porvenir S.A. aportada en el Archivo 12 ED. De igual forma, la contestación de la demanda de reconvención por parte del actor que reposa en el Archivo 24 ED.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, en sentencia del 193 de 23 de septiembre de 2022, resolvió declarar probadas las excepciones propuestas por las demandadas y absolvió a todos de las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, manifestó que, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373 de 2021, profundizó en lo concerniente a la nulidad de traslado en persona pensionada por el fondo privado, pues si bien, la discusión se centró en la falta de información brindada al momento de traslado del RPMPD al RAIS, lo cierto fue que, se despachó negativamente ante las pretensiones incoadas, pues la calidad de pensionado es una situación consolidada que no puede ser modificada, además que, si se accediera generaría un detrimento en contra de los afiliados.

Afirmó que, acogía los postulados de Corte Suprema de Justicia, ya que para el caso el demandante ostenta la calidad de pensionado, se encuentra recibiendo mesada pensional y mal puede pretender que después de estar en disfrute del derecho que exija lo pretendido en demanda.

De otro lado, como en la demanda no se solicitó resarcimiento de perjuicios no será objeto de estudio, pues, es una solicitud que deber ser rogada y el mismo debe ser probado por la parte; no obstante, es procedente declarar que la presente providencia no hace tránsito a cosa juzgada respecto de este concepto para que el actor si a bien lo tiene solicite el resarcimiento de perjuicios.

Que en cuanto a la reliquidación pensional en el RAIS manifestó que no se probó que el actor tenga un capital por encima del requerido para que se pueda reliquidar su mesada pensional, pues, en este régimen no se puede liquidar en los mismos términos que en el RPM, toda vez, que son sistemas diferentes. en consecuencia, absolvió a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A., propuso recurso de apelación respecto el numeral 6º de la sentencia, en donde se declaró que la presente providencia no hace tránsito a cosa juzgada para solicitar la indemnización de perjuicios, ello por cuanto, la supuesta indemnización de perjuicios se funda en una supuesta ausencia de información, situación que fue materia de litigio, por lo que, considera que no es procedente dicha declaratoria; sumado, que el a-quo no es el competente para dirimir si existe o no la cosa juzgada en este proceso frente a una futura reclamación frente a los perjuicios, sino, el juez que conozca de la demanda que pretenda dicho reconocimiento.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto nº 108 del 27 de febrero de 2023, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado el apoderado

de Colpensiones y Porvenir S.A., en términos similares a lo expuesto en la contestación de la demanda, que podrá ser consultado en el archivo 04 y 05 del Cuaderno Tribunal ED, y al cual se da respuesta en el contexto de la providencia.

Con lo anterior se procede a resolver previas las siguientes;

VI. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los fundamentos de impugnación, y siguiendo los lineamientos de los artículos 66A y siguientes del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el tema puntual que es objeto de examen en esta oportunidad, será establecer si hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada por el señor Jorge Eduardo Hernández Pacheco por la omisión en que se dice, incurrió Porvenir S.A. respecto del deber legal de brindarle información relevante al momento de su vinculación al fondo, ello a pesar ostentar en la actualidad la calidad de pensionado de la AFP demandada.

De ser así, se establecerá si procede ordenar a Porvenir S.A. la devolución a Colpensiones de todos los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante. Seguidamente, deberá verificarse si hay lugar a ordenar a la última entidad, el reconocimiento y pago en favor del actor de la pensión de vejez de conformidad con régimen aplicable.

Así mismo, se analizará si el a-quo erró al declarar que en el presente asunto no existe cosa juzgada respecto de la indemnización de perjuicios.

Con tal propósito, la Sala comienza por precisar los supuestos que no son materia de debate dentro del presente asunto:

- i)** Que estando afiliado al otrora Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1976 y 2004 (f. 20 a 27 del archivo 02 ED), el demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A. el 1 de agosto de 1999. (f. 43 del archivo 02 ED).

- ii)** Que, mediante comunicación del 14 de enero de 2019, el fondo descrito informó al señor Jorge Eduardo el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 1 de mayo de 2018 en modalidad de garantía mínima. (f. 35 a 37 del archivo 02 ED).

Dicho lo anterior, y previo a resolver el asunto, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha enseñado que por regla general las normas jurídicas y la jurisprudencia deben ser tomadas en consideración.

De la ineficacia de traslado del pensionado

Para resolver el problema jurídico planteado, lo primero a señalar por la Sala es que, si bien el criterio que traía la Corte Suprema de Justicia en punto al tema era en el sentido de admitir la invalidación del traslado de un régimen pensional a otro, aun cuando quien demandase fuera un pensionado del RAIS, como lo venía sosteniendo desde la sentencia proferida dentro del Rad. 31989 del 9 de septiembre de 2008, recientemente fue abandonado por la Alta Corporación, a través de la Sentencia SL373 2021 del 10 de febrero 2021.

En la decisión comentada, precisó la Corte, no resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación en los eventos en los

que, como el presente caso, nos encontramos frente a un pensionado, esto es, ante quien ya se encuentra en disfrute de la prestación que ofrece el régimen de ahorro individual, toda vez que en tal supuesto estamos de cara a una «(...) *situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer (...)*». En ese sentido, adujo que no es posible borrar la calidad de pensionado sin más, porque tal situación daría lugar a múltiples disfuncionalidades que terminarían afectando a muchas personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, derechos y obligaciones de terceros, y del sistema. Así lo expuso, indicando lo siguiente:

*“(...) que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), **lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto (...)**”.* (Negrilla y Subraya fuera de texto).

Frente a ello, en la misma providencia, el Alto Tribunal enunció varias de las situaciones problemáticas, y las afectaciones que conllevaría la decisión de retrotraer los efectos de la afiliación de una persona ya pensionada en el RAIS, entre estos:

“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 requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan 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”.

Sin pretender agotar todas las situaciones problemáticas que el asunto conllevan, advirtió la Colegiatura que los aspectos citados son suficientemente demostrativos de la tesis planteada en punto a que se da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado con la adquisición de la calidad de pensionado del RAIS,

cuyos efectos en caso de revertirse tal condición traerían una notable afectación a los derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

Tal postura, ha sido reiterada en la jurisprudencia vigente de la Alta Corporación, por citar ejemplos, en sentencias como la SL2432, SL2388, SL1789 y SL1692 de 2021, entre otras decisiones.

Lo anterior sirve para hacer notar que, luego de efectuar el análisis de cara a las circunstancias devenidas de aceptar también la posibilidad, de tener como ineficaz el acto de afiliación de una persona ya pensionada en el RAIS, el Órgano de Cierre en materia Ordinaria concluyó su improcedencia, criterio que hoy por hoy mantiene férreo el Alto Tribunal, y muestra de ello son los sucesivos pronunciamientos emitidos con posterioridad a la SL373 de 2021, citados en precedencia, lo cual, a juicio de esta Sala, debe acogerse en virtud de lo que representa para la seguridad jurídica el precedente de las Altas Cortes, que lleva implícito la función de unificar jurisprudencia, sin que se discrimine un periodo de aplicabilidad del pronunciamiento para unos asuntos y otros no, lo que presupone que debe tomarse como punto de referencia de manera inmediata.

En esos términos lo dio a entender la Corte Constitucional en Sentencia C 335 de 2008 en la que reiteró la fuerza vinculante del precedente de los Órganos de Cierre, circunstancia que conlleva la garantía al derecho a la igualdad:

“(...) Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundando en una mayor coherencia del sistema

*jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. **De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares (...)*** (Negrilla y Subraya fuera de texto).

Más adelante, en Sentencia SU 053 de 2015 dijo: “(...) *En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el derecho es dado a los operadores jurídicos a través de normas y reglas jurídicas que no tiene contenidos semánticos únicos. Por tanto, el derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados que incluso, en ocasiones deriva de la propia ambigüedad del lenguaje. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto y, en segundo lugar, de que haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad (...)*”.

Con base en lo anterior, concluye esta Colegiatura que siguiendo el precedente citado y reiterado por el Alto Tribunal Laboral, no es dable declarar la ineficacia de las afiliaciones, cuando nos encontramos ante una situación de esta índole, a saber, frente a una persona que ya consolidó su situación pensional en el régimen del que pretende extraerse, más aún si se tiene en cuenta que el reclamante viene recibiendo regularmente el importe de su mesada pensional, situación que muestra la desfinanciación del capital disponible para el pago de la prestación.

Atendidas las consideraciones expuestas en precedencia, dado el cambio de criterio del órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, plasmada en sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, la Sala mayoritaria acoge el precedente vertical, a través del cual la Corte Suprema sienta su nueva postura frente al tema, en punto a la improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de un pensionado en el RAIS. De ese modo, se abandona el concepto anterior que admitía tal posibilidad.

Ahora bien, Porvenir S.A., se aqueja porque el Juez de primera instancia declaró que su decisión no hace a tránsito a cosa juzgada respecto a la indemnización por perjuicios, que puede elevar o no el actor, al respecto, es menester indicar que, la CSJ en la sentencia citada no dejó al garete la situación de aquellos pensionados en el RAIS que procuran su regreso al RPMPD, escenario que, aunque consideró inviable, aclaró como una posibilidad de estos, ante la conculcación de derechos pensionales, la opción de reclamar la indemnización total de perjuicios ante la administradora de pensiones que incumplió el deber de información. De esa manera lo trazó la decisión comentada al mencionar 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. (...). (Subraya y Negrilla de la Sala).

En concordancia con lo anterior, en Sentencia SL3535 de 2021, el Alto Tribunal dio visos de cómo podría verse representada la indemnización económica, al mencionar que esta podría ser equivalente al pago de «(...) *la diferencia entre la prestación reconocida en el RAIS y aquella que hubiese tenido en el RPMPD. Esto es, imponer el pago de una renta periódica en los mismos términos en que lo habría hecho el régimen de prima media con prestación definida, tanto para el pensionado como para sus potenciales beneficiarios, ordenando compensar o restituir todo aquello a lo que haya lugar (...)*», reiterando que, en todo caso, corresponde el Juzgador asumir las medidas que advierta necesarias en procura de resarcir el agravio causado, y de esa manera lograr el restablecimiento de las prerrogativas violentadas.

En ese sentido, tal y como lo expuso el a-quo, como el actor no solicitó el resarcimiento de perjuicios los mismos no pueden ser estudiados en este proceso, pero, si a bien lo tiene, puede solicitarlo y será allí el momento de referirse a ellos, por ese motivo, la Sala considera que la aclaración o declaración del juez sobre ese aspecto no está por demás, siendo acertada y procedente la misma.

Respecto, a las pretensiones subsidiarias, esto es, el reajuste pensional en virtud de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, basta decir, que no es procedente, es bien sabido que la liquidación de la pensión en el régimen de ahorro individual versus al de prima media, es totalmente diferente, la primera, se constituye por el capital y rendimientos que tenga el afiliado en su cuenta individual y el segundo, se realiza, teniendo en cuenta, las semanas cotizadas y el IBL que depende de los salarios cotizados por el afiliado, así las cosas, y, como quiera que, el reconocimiento de la pensión de vejez del actor se dio bajo el régimen de ahorro individual, no es dable aplicarle las normas citadas; sumado, a que revisada la historia laboral del actor alcanzó a reunir el capital para pensionarse con una mesada no superior a un salario mínimo legal vigente.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia. Las costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., por no salir avante su recurso, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV a cada una.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia n° 193 de 23 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO. COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.,
las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias
en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase las
actuaciones al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Firma digitalizada por el
Acto Judicial

Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada por el
Acto Judicial

Cali-Valle
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO