

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	AMALIA TERESA MENDOZA RUGELES
DEMANDADO	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
LITISCONSORTE NECESARIO	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
PROCEDENCIA	JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-001-2021-00553-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado - No es procedente tratándose de pensionado, dado que es una situación consolidada y consumada. Prescripción Indemnización de Perjuicios – Término de 3 años se contabiliza desde el momento en que adquirió el derecho pensional en el RAIS.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No.183

Santiago de Cali, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el artículo 15 del decreto 806 del 4 de junio de 2020, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°008 de 2022, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación formulado por la apoderada judicial de la parte **DEMANDANTE**, respecto de la sentencia No. 011 del 21 de enero del 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada **JENNY PAOLA OCAMPO MÁRQUEZ** identificada con T.P. No. 305.543 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La señora **AMALIA TERESA MENDOZA RUGELES** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por ella del régimen prima media hacia el régimen de ahorro individual. **2)** En consecuencia, solicitó que se ordene a **PORVENIR S.A.** devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos comisiones, gastos de administración, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. **3)** De igual forma, solicitó imponer a la AFP el pago en favor del respectivo emisor de lo correspondiente por bono pensional, y en favor suyo la devolución de los aportes voluntarios realizados. **4)** Ordenar a **COLPENSIONES** que la acepte como su afiliada, reciba los recursos provenientes del RAIS, para costear la prestación económica que correspondería asumir.

En subsidio de lo anterior: **5) Reclamó** condena en contra de **PORVENIR S.A.** por concepto de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios, discriminada de la siguiente manera:

- Lucro cesante consolidado \$16.516.242.
- Lucro cesante Futuro \$38.348.707
- Daño moral 25 SMLMV
- Reajuste pensional en los términos del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, junto a los intereses del citado reajuste.

Mediante Auto No. 3831 del 26 de octubre de 2021, el Juzgado de primera instancia decidió vincular al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, en calidad de Litisconsorcio Necesario de la parte demandada (f. 1 a 2 Archivo 03 ED).

En virtud del principio de la 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 a folios 2 a 39 Archivo 01 ED, la contestación de **COLPENSIONES** de folios 3 a 30 Archivo 08 ED, la emitida por parte de **PORVENIR S.A.** a folios 2 a 91 Archivo 07 ED, y la proveniente del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** vertida a folios 3 a 23 Archivo 09 ED.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 011 del 21 de enero del 2022, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción, y, en consecuencia, absolvió a las entidades demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

Para sustentar su decisión, la Juzgadora inició recordando los supuestos relevados de prueba en el proceso, resaltando, entre estos, que **PORVENIR S.A.** le reconoció la pensión de vejez a la demandante a partir del 23 de diciembre de 2016 en la modalidad de retiro programado. En relación con ello, llamó la atención sobre lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en la Sentencia SL373-2021, en la cual efectuó el análisis sobre una persona pensionada en el RAIS con la intención de regresar al RPMPD, concluyendo que esto no era posible, pues pese a considerar en línea de sus pronunciamientos la posibilidad de declarar la ineficacia del traslado, y como consecuencia de ello retrotraer los efectos, lo cierto es que al tener la calidad de pensionada, esto corresponde a una situación consolidada y consumada que no es posible revertirse, dada la afectación a las múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas y actores del sistema pensional en conjunto, criterio con base en el cual, consideró la Juez, no era procedente acceder a las pretensiones de la demanda, relevándose de estudiar las accesorias a estas, como las incoadas en la demanda de reconvención.

En cuanto a la pretensión subsidiaria relativa al pago de la indemnización plena de perjuicios, tasada en la diferencia entre la pensión reconocida en el RAIS y la que correspondiera en el RPMPD, concluyó que estaba prescrita, toda vez que fue notificada del reconocimiento de la pensión por parte de **PORVENIR S.A.** el 5 de enero de 2017, mientras que la reclamación de perjuicios la elevó ante esta entidad el 11 de agosto de 2021, y la demanda ordinaria laboral la impetró el 25 de octubre de 2021, coligiendo que tanto a la fecha de reclamación como a la calenda de la demanda, ya había transcurrido el plazo trienal para que operara figura.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandante recurrió la decisión argumentando, en resumen, que no es posible aplicar por analogía la prescripción, recordando que, conforme el artículo 282 CGP, excepciones como la prescripción, compensación y nulidad relativa, deben alegarse en la contestación. Así mismo, anotó que el artículo 2513 del código civil dispone que la citada excepción no puede declararse de oficio, citando además el artículo 25 de este mismo compendio para mencionar que las palabras de la ley se entienden en su sentido material y obvio, pero cuando el legislador las hubiere dispuesto para ciertas materias, se les dará el significado legal, al tiempo que mencionó el significado de la palabra alegar, definiéndola como “*exponer hechos, méritos, fundamentar una disculpa o una pretensión*”.

En ese sentido, insistió en que **PORVENIR S.A.** no alegó la prescripción respecto de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios planteada en la demanda, como si lo hizo respecto de la ineficacia de la afiliación, omitiendo exponer los hechos, méritos, razones y fundamentos sobre la prescripción de tales perjuicios, con lo cual incumplió los presupuestos para tener como probada esta excepción, que, de hecho, anotó, en su criterio no está demostrada, dado que el perjuicio en el caso de la demandante solo fue advertido cuando supo que sus compañeros recibían una mejor mesada pensional, momento en el cual decidió elevar la respectiva reclamación, siendo a partir de allí que debía contarse el término prescriptivo, aunque reiteró, no podía declararse de oficio.

De otro lado, expuso que no hubo prueba de la asesoría brindada a la demandante al momento del traslado, información más que relevante para su vida, pues quedó sometida a recibir una pensión que no se compadece con todos los años de trabajo al servicio de entidades del sector público y de la salud.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante Auto del 08 de abril de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de la parte DEMANDANTE y demandada MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES como se advierte de los archivos 04, 05, 06 y 07 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en establecer si hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada por la señora **AMALIA TERESA MENDOZA RUGELES** 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 la calidad de pensionada en la actualidad por 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.

En subsidio de lo anterior, la Sala analizará si frente a la indemnización plena y ordinaria de perjuicios reclamada por la demandante, operó la prescripción, tal como lo concluyó la Juez de primer grado.

Se procede entonces a resolver los planteamientos, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primero reseñar que en atención a lo normado en el artículo 66A CPT y SS la decisión de esta instancia se circunscribe a los asuntos materia del recurso de apelación, restricción a la competencia funcional del fallador de segundo grado, que impone el deber de decidir estrictamente dentro del marco fijado en la alzada (SL 2808-2018), con la salvedad hecha para los derechos laborales mínimos e irrenunciables del trabajador (SL8613-2017 y SL12869-2017), según lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-968 de 2003.

A esta altura de la Litis no se discuten los siguientes supuestos:

- (i) Que la señora **AMALIA TERESA MENDOZA RUGELES** nació el 10 de agosto de 1958, conforme lo muestra la copia del documento de identidad aportada a folio 43 Archivo 01 ED.
- (ii) Que estando afiliada al ISS, entidad en la que cotizó un total de 746,86 semanas entre 1981 y 2001, el 18 de octubre de 2001 la demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la **AFP PORVENIR S.A.** (f. 168 Archivo 07 ED).
- (iii) Luego, el 31 de julio de 2003 la señora **MENDOZA RUGELES** se trasladó de fondo con destino a BBVA HORIZONTE que más adelante se fusionó con **PORVENIR S.A.** (f. 164 a 166 y 169 Archivo 07ED).
- (iv) Que previa solicitud de pensión de la demandante, a través de comunicado del 5 de enero de 2017, **PORVENIR S.A.** le informó sobre la aprobación de su prestación consolidada en la modalidad de retiro programado, efectiva a partir del 23 de diciembre de 2016 (f. 141 a 144 Archivo 07 ED).
- (v) Que el 10 de agosto de 2021 la accionante solicitó **COLPENSIONES**, entre otras cosas, la nulidad de su traslado de régimen pensional, junto al consecuente regreso al RPMPD, petición a la que no accedió esta entidad en comunicado del 12 de agosto de 2021 (f. 89 a 99 Archivo 01 ED y 58 a 61 Archivo 08 ED).
- (vi) Similar petición elevó la actora a **PORVENIR S.A.** el 11 de agosto de 2021, negada por esta AFP en oficio del 27 de agosto de 2021 (f. 100 a 115 Archivo 01 ED).

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, a saber, la invalidación del traslado de un régimen pensional a otro cuando quien demanda es un pensionado, era en el sentido en que ello era viable, como lo venía sosteniendo desde la sentencia proferida dentro del Rad. 31989 del 9 de septiembre de 2008, recientemente la Alta Corporación abandonó dicha postura, 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 los 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 de la Sala).

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 podrían **afectar 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 viene siendo reiterada por, por citar ejemplos, en Sentencias como la **SL2432-2021, SL2388-2021, SL1789-2021 y SL1692-2021**, 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 alguien ya pensionado en el RAIS, el Órgano de Cierre en materia Ordinaria concluyó en 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 SL373-2021, 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.**

En esos términos lo dio a entender la Corte Constitucional en Sentencia C-335 de 2008 en la que reiteró la fuerza vinculante el precedente de los Órganos de Cierre:

*“(…) 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 de la Sala).

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, colige la Colegiatura que no es dable declarar la ineficacia de las afiliaciones, cuando nos encontramos ante una situación de esta índole, más aún si se tiene en cuenta que el reclamante viene recibiendo regularmente el pago de su mesada pensional, situación la cual muestra la desfinanciación del capital inicialmente ahorrado.

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.

Así las cosas, en el caso concreto emerge en evidente que a la señora **AMALIA TERESA MENDOZA RUGELES** le fue reconocida la prestación pensional por parte de **PORVENIR S.A.** desde el 23 de diciembre de 2016, definida en la modalidad de retiro programado (f. 141 a 144 Archivo 07 ED), prestación que se observa, viene siendo cancelada con normalidad, según lo certifica la propia administradora (f. 167 Archivo 07 ED), financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual, entre los cuales, asume la Sala, de acuerdo con los aportes efectuados al RPMPD (f. 162 a 163 Archivo 07 ED), se cuenta el bono pensional cuya emisión dependió de la gestión que adelantara la AFP ante la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, trámite que debió contar la aprobación de la liquidación provisional efectuada por la OBP por parte de la demandante.

De ahí que, habiendo adquirido el estatus jurídico de PENSIONADA durante su vinculación al RAIS, al tenor de lo adoctrinado por la Jurisprudencia Especializada, no es dable retrotraer tales situaciones como se pretende, juzgándose entonces como acertada la decisión de primer grado.

Ahora bien, la Corporación no es ajena a que las súplicas de la parte demandante, apuntan a la existencia de condiciones económicas más favorables, siendo del caso poner de presente, que, frente a ello, la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció que la conclusión estudiada en esta sede, no implica *per se*, que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su **reparación**, debiendo acudir para ello a la vía de la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora, en atención al principio general del derecho consagrado en el artículo 2341 del Código Civil, según el cual quien comete un daño por culpa, está obligada a repararlo.

No obstante, como lo señaló la Juez de instancia, el Alto Tribunal expuso que la indemnización mencionada es susceptible de prescribir, cuestión recordada recientemente en la Sentencia **SL053-2022** en la que señaló:

*“(…) No obstante, **«En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento»** (CSJ SL373-2021), lo que lleva a colegir que en el presente asunto aquel se superó con creces como lo sostuvieron las demandadas al proponer el correspondiente medio exceptivo, pues la pensión anticipada de vejez que se le reconoció a Roberto Cesáreo José Francisco Ceballos Restrepo lo fue a partir del 5 de abril de 2002 (f.º 31-32) y la presente acción judicial tan solo se ejerció el 24 de enero de 2018 como da cuenta el acta de reparto visible al anverso de la carátula final del expediente, esto es, superado ampliamente el término trienal contemplado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, razón por la cual no resulta procedente su imposición. (...)”* (Negrilla y Subraya de la Sala).

Lo expuesto, resalta la Sala, deja sin piso el cuestionamiento argüido por la apelante en relación al momento desde el cual comienza a contarse el periodo prescriptivo, que, en efecto, no corresponde a una circunstancia de índole subjetivo, como, por ejemplo, el conocimiento propio que se tenga de la situación pensional en comparación de terceros, sino

a la **adquisición del estatus de pensionada**, que para la demandante fue el **23 de diciembre de 2016**.

Ahora, en lo referente a las disquisiciones tendientes a hacer ver que, en su idea, la Falladora no podía declarar la prescripción porque la demandada no la propuso en estricto sentido contra la pretensión indemnizatoria sino contra la ineficacia, debe decir la Sala que la razón tampoco acompaña a la recurrente, pues pese a no desconocer que la intención del legislador al regular la proposición de excepciones, está en dirección a la debida fundamentación, lo cierto es que, en atención a la naturaleza de la figura estudiada, esta no requiere mayor formalidad para su trámite, en tanto que, al ser invocada por la pasiva, es dable entender que la vocación extintiva se encamina a lo pretendido en la demanda, dada la inactividad de la contraparte, independiente que se haya hecho mención parcial sobre las prerrogativas a las cuales debía aplicar. Así lo ha dado a entender la Jurisprudencia Especializada Laboral, por ejemplo, en la sentencia SL860-2020, en la cual recordó

*“(…) Empero, también brota insoslayable la circunstancia de que en tratándose de la **excepción de prescripción**, tal como lo ha enseñado de antaño esta Corte, su planteamiento no requiere de motivación especial, **pues dada su propia naturaleza se sobreentiende que con su invocación se quiere significar simplemente que los derechos pretendidos no fueron reclamados dentro de los términos previstos por la ley para que puedan ser exigibles judicialmente al empleador (sentencia del 30 de septiembre de 2002, radicación 18671). De ahí la vieja doctrina extranjera, citada en la sentencia del 11 de enero del 2000, radicación No. 5208, Sala de Casación Civil, soportada en que “derecho que no se manifieste equivale a un derecho que no existe, porque lo cubre el olvido y lo sepulta el silencio de los años”.***

Menester resulta precisar que el artículo 31 del Código Procesal del Trabajo debe acompasarse con lo instituido en el 151 del mismo estatuto adjetivo, precepto éste que evidencia que el propio legislador le fijó alcance y consecuencias concretas a la figura de la prescripción, en cuanto fuente de extinción de las obligaciones laborales por el simple transcurso del tiempo, sin ponerle más condicionamientos o aditivos. (...)

Luego entonces, en nada afecta el estudio de la prescripción el hecho de que la demandada **PORVENIR S.A.** omitiera explicar que su excepción también se extendía a la indemnización de perjuicios solicitada en la demanda, en la medida en que, lo preponderante era su invocación, lo que, en efecto, agotó dicha entidad. Aúnesse que, si la Sala se detuviera en la exegesis propuesta por la apelante, advierte que tanto **COLPENSIONES** como el **MINISTERIO DE HACIENDA** formularon en sus replicas la excepción descrita, estrategia de defensa que cobijaba también a la AFP, pues al conformar un Litisconsorcio Necesario, la actuación de cada uno de estos favorece a los demás (Art. 61 CGP).

Por lo demás, tampoco tiene reparo la Sala sobre la conclusión relativa a que operó la prescripción para la indemnización reclamada, como quiera que a través de comunicado del **5 de enero de 2017** (f. 141 a 144 Archivo 07 ED), le fue informado a la actora la concesión de la prestación pensional desde diciembre de 2016. Posteriormente, el **11 de agosto de 2021**, la demandante acudió ante **PORVENIR** a solicitar el reconocimiento de la multicitada reparación (f. 100 a 115 Archivo 01 ED), y más adelante, el **25 de octubre de 2021**, presentó la demanda originaria del presente proceso (f. 1 a 2 Archivo 02 ED). En ese sentido, partiendo desde la comunicación del derecho pensional, es evidente que a la fecha de reclamación ya había transcurrido con creces el plazo trienal para la consolidación de la prescripción, por lo que debe mantenerse incólume la decisión inicial,

En consecuencia, se impone la confirmación de la decisión apelada. Las costas de esta instancia están a cargo de la demandante al haberse desatado desfavorablemente su recurso, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$100.000.

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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 011 del 21 de enero de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: Las **COSTAS** en esta instancia están a cargo de la demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$100.000.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA
Ley 527 de 1999, artículo 7°. Decreto 2364 de 2012

Firma digitalizada para
acto judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO

07



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A 1ª DE DECISION L A B O R A L

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	GLORIA INÉS OROZCO LONDOÑO
DEMANDADO	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO ONCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-011-2019-00341-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN
TEMAS Y SUBTEMAS	INEFICACIA DE TRASLADO. No es procedente tratándose de pensionado, dado que es una situación consolidada y consumada.
DECISIÓN	CONFIRMA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	AMALIA TERESA MENDOZA RUGELES
DEMANDADO	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
LITISCONSORTE NECESARIO	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
PROCEDENCIA	JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-001-2021-00553-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado - No es procedente tratándose de pensionado, dado que es una situación consolidada y consumada. Prescripción Indemnización de Perjuicios – Término de 3 años se contabiliza desde el momento en que adquirió el derecho pensional en el RAIS.
DECISIÓN	CONFIRMA

Magistrado Ponente: **DRA MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto se procede a salvar el voto.

Lo que se realiza teniendo de presente, tal como se reconoce en la providencia de la que me separo, y que en este documento no se discute, es más, sobre dicha base – afectación al pensionado en su buena fe- se cimenta el disenso que paso a expresar.

En efecto, esa impropiedad ocurrió por no contar en ese entonces el afiliado para ese acto trascendental¹- traslado de régimen pensional- con la necesitada y averiguada información², cuya infracción también violenta el derecho fundamental al debido proceso³.

Pues bien, con miras a desatar el conflicto de seguridad social suscitado importa detallar inicialmente que es al Estado a quien le corresponde, por la vía del legislador, establecer un sistema pensional suficiente, lo que deviene del Art.48 de la C.N y el preámbulo de la ley 100 de 1993⁴, por lo que dicha construcción social debe dar atemperada satisfacción a los usuarios en caso de impropiedades generadas al interior del mismo; para el caso, la ineficacia del traslado de régimen pensional suscitado con pensionados.

Sin embargo, a pesar de contemplar la legislación salidas correctivas propias, como lo es instituir no solo obligaciones y deberes para nada discrecionales que deben cumplir las entidades del sistema cuando opera el traslado⁵, sino que se muestran aparejadas o desarrolladas consecuencias afines al caso, esto es: quedar sin efecto la afiliación respectiva si no es libre y voluntaria (Art.13 y 271 de la ley 100 de 1993), y de otro lado, el reconocimiento y pago de las diversas prestaciones conforme a lo dispuesto en ese artículo 13 en su literal c, que desarrolla el Art.48 de la C.N.), pero para la providencia de la mayoría, conforme a la nueva decisión de la Sala especializada de la Corte Suprema no resulta de aplicación para estos eventos, esto es, que el juez de la seguridad social dirima el distanciamiento

¹ C-841 de 2003, el traslado de régimen se considera como elemento eficiente de la seguridad social pensional.

² Li El principio de la buena fe como fundamento del deber de información del asegurador, consagrado en la Ley 1328/09, Tamayo Jaramillo (2011). Libro. Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del derecho: i) "Noción de buena fe: La buena fe se ha consagrado como principio fundamental de derecho. Como tal, se le ha entendido como de orden público, inmodificable y que no puede ser suprimido ni derogado por acuerdo entre las partes. La amplitud y preponderancia de este principio permiten que de él se deriven algunos deberes o reglas de conducta que deben ser observados por las partes contratantes durante el desarrollo de las distintas etapas, tal es el caso de la lealtad contractual. Ello indica que la buena fe obliga a las partes a tener un comportamiento leal entre sí y que promueve el equilibrio de la relación jurídica contractual al presentarse los contratantes en su verdadera dimensión jurídica y operativa, que viene de ese principio de confianza que un contratante debe tener frente al otro y a las expectativas de dicho contrato y sus resultados"... ii) El legislador colombiano desde muy temprano fijó las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, mediante la Ley 153 de 1887; resaltamos los artículos 4 y 8. De allí se desprende que los principios de Derecho cumplen la función de llenar los vacíos de las leyes y de los contratos. Esa función integradora es cumplida también por el principio de la buena fe, el cual por su mismo carácter no requiere ser pactado para que sus efectos operen... iii) Como ya lo hemos mencionado entonces, las reglas surgidas a partir del principio de la buena fe permiten que aun sin expresa manifestación de las partes, como cláusula contractual, por ejemplo, afloren conductas necesarias para el adecuado entendimiento entre ellas; como sería el caso del deber de información. Siendo así, no se requeriría llevar estas reglas a un texto legal, no obstante, lo cual el legislador ha optado en ocasiones por dejar sentadas las mismas, bien por la importancia que les concede, bien por llevar la mayor claridad a las partes de un contrato o para asociar una determinada sanción en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

³ " con implicaciones en el derecho fundamental a la seguridad social, en su faceta de libertad de escogencia del régimen pensional" (T 191 de 2020).

⁴5.1. El derecho irrenunciable al aseguramiento en pensiones (Art. 48 CP), como garantía social constitucional, exige particularmente un desarrollo legal y reglamentario del que se derive su efectiva configuración y exigibilidad, como es propio de los principios que reservan un amplio contenido prestacional. El carácter fundamental de este derecho no deviene sólo de su incorporación normativa en la Carta Política, sino, en esencia, de la realización de las condiciones dignas y justas en las que enmarca el desenvolvimiento del derecho fundamental al trabajo (Arts. 25 CP). Por ello, desde sus primeros pronunciamientos esta Sala ha sido clara en establecer que, lejos de una perspectiva eminentemente asistencial, la seguridad social no es una prerrogativa propiamente dicha, sino el derecho estructurado sobre la base del reintegro a los trabajadores del ahorro constante, producto de largos años de labores.^[76]

5.2. La Ley 100 de 1993 incorporó el Sistema General de Pensiones, con el objetivo de garantizar el amparo de las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte, por vía del reconocimiento de las prestaciones pensionales respectivas.^[77] Se trata de un Sistema contributivo, cuya fuente principal de financiación corresponde a las cotizaciones sufragadas periódicamente por sus afiliados, lo cual materializa realmente los principios especiales que enmarcan la garantía de la seguridad social: acceso oportuno a la prestación, universalidad, solidaridad y eficiencia. De ahí que la Carta Política integre un mandato de protección reforzada de estos recursos económicos, al exigir expresamente la adopción de medidas dirigidas a su disponibilidad y mantenimiento.^[78] SU 229 DE 2019.(subrayas fuera del texto)

⁵ C-177 DE 1998

propuesto por un pensionado mediante el reconocimiento completo de sus derechos prestacionales, y a cargo de quien señala el sistema general de pensiones.

Lo cual hace manifiesta la diferencia de trato, pues a pesar de generarse la afectación cuando todos fueron afiliados, teniendo por eso de modo igual la misma condición, solo los que no han cumplido a cabalidad y reconocida su pensión y a plenitud, gozan de consecuencias legisladas puestas a su alcance, situación desarrollada con los decretos 692 de 1994, decreto 3995 de 2008 y 3995 de 2008, de los que se ocupa la Corte constitucional en la T-191 de 2020.

Ante esa realidad - falta de precisión legislativa especial para el caso de los pensionados- se considera aun aceptándosele que ello sea problemático, que el juez de la seguridad social no acuda al camino resarcitorio de los perjuicios del campo civil, y por sobre todo, enviándolo a otro proceso diferente al que nos ocupa, teniendo a la mano soluciones decantadas por la jurisprudencia, tal como se verá más adelante.

Es claro entonces la averiguación sobre la existencia de dos formas de entender la solución correspondiente para esa afectación del entonces afiliado, siendo de precisar lo que al respecto ha dicho la jurisprudencia ante la presencia de varios caminos de solución. (SU626 DE 2019) 6.29.1. La primera adición se relaciona con la devolución de saldos sufragada por el Fondo de Pensiones y Cesantías Santander en favor del accionante. Como lo ha sostenido esta Corte, el hecho de que el afiliado, en el año 2004, hubiese optado por recibir el valor de la devolución de saldos no obstaculiza el acceso a la pensión de invalidez, cuando éste resulte acreedor de la misma, pues, se ha dicho, siempre deberá garantizarse el acceso a la mejor prestación de la que resulte titular el interesado.^[101] En estos eventos, lo que corresponde es garantizar que el capital destinado a la devolución de saldos sea restituido, por parte de quien lo percibió, a la entidad encargada de reconocer y pagar la pensión de invalidez, a fin de que se destine a la financiación de las mesadas correspondientes. (subrayas fuera del texto).

También la misma jurisprudencia muestra en otra providencia caminos de solución sin ir al código civil y desprotegiendo al pensionado (T 626 de 2017): “48. Como consecuencia de lo anterior, la Sala revocará las providencias revisadas; en su lugar, amparará el derecho fundamental social a la seguridad social del tutelante y ordenará a PORVENIR que resuelva la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez, objeto de la presente acción de tutela, sin que se imponga como condición la entrega del dinero que recibió el tutelante a título de “*devolución de saldos de vejez*” o los rendimientos que debió generar la cuenta desde el momento en que se hizo el pago. Lo dicho, claro está, sin perjuicio de que el Fondo accionado conserve las facultades para verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, para resolver lo relacionado con la financiación de dicha pensión, así como lo relativo a la forma de reembolso o compensación de los dineros entregados por concepto de devolución de saldos de vejez, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales que regulan el derecho objeto de amparo”. (subrayas fuera del texto)

La jurisprudencia especializada también señala vías de solución iguales:

“ 3. ¿La vuelta al *statu quo ante* obliga a retornar la devolución de saldos?

La ineficacia del traslado por inobservancia del deber de información puede plantear situaciones muy peculiares, con variables inexistentes en otros precedentes, que, en esa medida, invitan a la reflexión judicial. Por tanto, el cómo volver en justicia al «*statu quo ante*» no resiste reglas absolutas o interpretaciones lineales, desprovistas de un análisis particular y concreto.

Tal es el caso de autos, en el cual se plantea una variable nueva: el demandante recibió la devolución de saldos. Ante este hecho, para la Corte la solución adoptada por el Tribunal no es equivocada, por las razones que se exponen a continuación:

Si bien la jurisprudencia ha defendido que no hay lugar a la restitución de los dineros recibidos de buena fe, ello ha estado referido a *prestaciones periódicas*, tales como las pensiones (CSJ SL 26279, 25 oct., 2005; CSJ SL 31989, 9 sep. 2008; CSJ SL 55500, 10 abr. 2013; CSJ SL703-2013; CSJ SL7107-2015; CSJ SL4489-2018; CSJ SL232-2019)

En contraste, respecto a la devolución de los saldos o de las cotizaciones, esta Sala ha dicho que, de ordenarse el reconocimiento del derecho principal -la pensión-, procede su compensación o restitución, pues estos recursos son el soporte financiero de la prestación pensional. En efecto, en sentencia CSJ SL3186-2015, reiterada en CSJ SL6558-2017, la Sala adoctrino:

Es evidente que el sistema de seguridad social en pensiones, de carácter contributivo, instituido por la Ley 100 de 1993, tiene como sustento que el afiliado cumpla con una densidad de cotizaciones que son las que le garantizan el acceso a la protección de las contingencias de vejez, invalidez y muerte.

Ese capital destinado a la financiación de las prestaciones, en el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad, en el caso de la devolución de saldos, debe entenderse hecho a título provisional, hasta que se defina si se tiene o no derecho a la pensión, caso último en el cual lo que procede es la restitución para que se financie.

Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «*podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados*».

En tal orden, es indispensable la recuperación de los valores entregados a los afiliados o beneficiarios por concepto de devolución de saldos o indemnización sustitutiva, en la medida que estos recursos son el soporte financiero de la pensión. Esta es la razón por la que la pensión y la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva son prestaciones *incompatibles*, pues la percepción de la primera se nutre de las cotizaciones base de liquidación de las segundas.

De admitirse lo contrario, el afiliado, en contravía de los fines solidarios de la seguridad social, podría percibir dos prestaciones por cuenta de un mismo riesgo: la vejez. O dicho de otro modo, contabilizar dos veces las mismas cotizaciones para obtener un doble beneficio del sistema.

Ahora bien, en cuanto a la improcedencia de la compensación, defendida por el recurrente bajo el argumento de que Colpensiones y el demandante no son deudores recíprocos, la Sala no suscribe este planteo. Ello, en la medida que el carácter de deudor del demandante debe apreciarse desde el prisma del sistema, es decir, ante los ojos del sistema general de pensiones él es deudor de

los recursos con los cuales se va a financiar su pensión, al margen de la entidad que los administra.

Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un *fondo público* mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una *cuenta individual*, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, *«para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos»*.

Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se *«garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados»* con sustento en *«los aportes de los afiliados y sus rendimientos»* (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

Teniendo en cuenta estos argumentos, para la Sala, la actuación del Tribunal de autorizar a la entidad de seguridad social pagadora de la pensión para deducir de las mesadas pensionales, indexación e intereses, los valores entregados al demandante por devolución de saldos, es pertinente, pues de esta forma se garantiza el recaudo eficaz de los recursos del sistema y se permite el reconocimiento de la prestación con su debido soporte financiero.

Para finalizar, cumple destacar que la crítica del opositor Colpensiones a la sentencia, basada en que el Tribunal ha debido ordenarle a Porvenir S.A. devolver la totalidad de los saldos, rendimientos y títulos pensionales a esa administradora, no puede ser estudiado, ya que para ello ha debido proponer el recurso extraordinario de casación.

Sin que sean necesarias otras consideraciones, los cargos son infundados.”
(SL3469 DE 2019).

Corresponde entonces tener mejor discernimiento para los pensionados, pues la seguridad social, se repite, si tiene su propio camino de solución: el pago de los derechos correspondientes a los pensionados, diferendo para el cual se consagra como hacer del juez de la seguridad social dentro del proceso ordinario su debida determinación, siendo esa y no otra, la materia específica de este distanciamiento. De ahí que no habría necesidad de un nuevo juicio a fin de explorar lo que cabalmente en este proceso ya se sabe.

Aspecto en el cual, se precisa anotar que, en el mundo de las responsabilidades jurídicas, si lo que el Estado no previó u omitió y además, si lo que dispuso no resulta aplicable al caso, claramente surge una premisa por considerar, NO ES CULPA DEL PENSIONADO TAL OBRAR O RESULTADO, tampoco ha obrado con medios ilegales, fraude a la ley ni con abuso del derecho.

Se hace complejo hacer recaer las consecuencias por no haber direccionado la acción hacia el reconocimiento de los perjuicios irrogados, aunque sí hizo lo propio, conforme lo señala no solo la ley de seguridad social sino la jurisprudencia, sentencia 31938 del 2008, pero ahora, se da aplicación retroactiva a una fuente de derecho (la jurisprudencia) dejando a la vera del camino procesal al pensionado.

Siendo de importancia para el caso, advertir a la hora de dar o encontrar justicia, la concatenación o enlace que debe existir entre la solución general del derecho y los casos particulares, modulados por la especialidad del problema.

En este punto importa colocar de presente dos aspectos: primero: el camino o medio para buscar el fin o la justicia⁶ deben ser correlacionados, dado que, si el camino o medio utilizado para buscarla pierden su norte, a tal punto que desvanecen el fin, como sucede con la decisión que no define y si posterga la solución, implicando además, para el aquí reclamante, los riesgos propios de un nuevo proceso; lo que ocurre, es que dicho pronunciamiento correrá con opacidad, su transparencia no trasega, no consiguiendo la justicia. Segundo: no sería constitucional la desprotección en la que queda la persona de la tercera edad, existiendo, no solo normativa de índole social imperativa a su favor si no que se tiene al alcance de la mano una condena determinable. De esa índole fue la condena en la sentencia citada del año 2008.

En esa dirección, se considera pertinente cuestionar la necesidad de ir a otros estatutos jurídicos para determinar las consecuencias producidas o por producir, ante la infracción de las normas de la seguridad social, máxime como en el presente evento, se excita a la judicatura para que defina el derecho, y ella no colma el interés público propio del derecho de acción, es decir, la cierta definición de sus conflictos.

Y eso es lo que consideramos produce la nueva sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁷, pues ahí se deja sin atención el mandato social, que es el que ofrece solución dentro del marco ordinario de la seguridad social. Se podría decir entonces, que sobre el recae el desfinanciamiento del sistema, complejo de culpa para el que nada hizo; pero en esa ideación tampoco hay reconocimiento, menos, derechos por su condición de víctima, situación nacida ahora en la nueva psicología social.

No podría entonces perderse de vista qué por el camino general de las responsabilidades se da pábulo a las consecuencias del contractualismo primigenio del derecho civil, retroceso sin justificación y contrario a la senda galopante de la seguridad social que ha evolucionado del derecho del trabajo y este del derecho civil. Asunto cuestionable cuando existen respuestas generales para el problema suscitados por parte de la seguridad social.

Si se aplica el derecho civil también se desconocería un marco constitucional, que es el que contempla las actuales realidades desarrolladas por el legislador: la existencia de elementos colocados a

⁶ LA LUCHA POR EL DERECHO, CAPITULO I, R.VON IHERING.

⁷ SL 373 DE 2021” Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación.....por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.”

disposición del juez social permisivos todos ellos para una concreta o determinable condena, pudiendo con ello bastantear la combatida ilicitud.

También hay que decirlo, con la solución de la seguridad social se ajustarían las cosas sin patrocinio de un enriquecimiento injusto, ni oxímoron alguno -deteriorar al sistema financiero pensional por pagarle a los pensionados lo que les corresponde- siendo en últimas esta la motivación pecado de la nueva decisión, y por supuesto la base para poder dislocar la titularidad del obligado a reconocer las nefastas consecuencias.

Punto que tampoco se puede perder de vista, pues ciertamente dan origen a esas comprometidas consecuencias, el no olvidar el determinarse en contra de los pensionados, una sanidad inequitativa, con un alto costo precisamente para quien es o fue víctima del infractor, que por su mera condición, de persona de la tercera edad, amerita toda la protección estatal.

Es que ya la misma Sala Laboral de la C.S. con enfoque social, determinó una forma de solución viable para el caso; lo hizo en la sentencia 31938 de 2008, en donde habiéndose demandado resarcir los perjuicios y subsidiariamente el reconocimiento de derechos pensionales, por la misma infracción del agente privado, se concretó finalmente la condena mediante el reconocimiento de las sumas pensionales diferenciales no pagadas, sin que se diera incongruencia.

Con lo visto en precedencia, sigue mirar, por aquello de la equidad colectiva⁸, sí la afectación a los derechos de quienes se trasladan de régimen pensional está presente en todas las realidades de vinculación y traslado, para lo cual cabe decir, que esa indebida información, campea en todos esos escenarios con el mismo vigor frente al acto de ilicitud.

Por lo que se debe cavilar si las consecuencias para los pensionados ante el hacer infractor del agente privado de la seguridad social, tienen que situarse, a la hora de sus equivalencias jurídicas de reparación o restablecimiento, por fuera de los haberes pensionales, o mirar al menos si se erige como impropio dicho reconocimiento.

Sea lo primero indicar que para el caso de los afiliados, decididamente ese nefasto efecto no se presenta, ni tendría apoyo alguno y sería un despropósito frente a la constitución y al acto legislativo 01 de 2005, que mandan reconocer los derechos pensionales si se reúnen las requisitorias de ley; entonces, cabe preguntarse qué es lo que hace racional y además permite que acontezca tal impacto solo cuando se trata de pensionado.

Para contestar lo anterior se señala no advertirse proscripción legislada ni hermenéutica para obrar conforme a la ley de seguridad social, al no existir una omisión del legislador para plantear concretas consecuencias. Por más de diez años complacientemente la jurisprudencia ha sido pacífica, en no dar rienda al problema por los caminos del derecho civil, girando siempre al rededor del reconocimiento completo de los derechos al pensionado. Pero ahora, por la vía de la nueva jurisprudencia se registra: i) lo que el legislador, después de más de veinte años y varias reformas al sistema pensional, con ese mismo propósito de financiamiento del sistema, no contempló referirse al código civil; ii) ante una posible y alegada vulneración de los derechos pensionales de todos los afiliados y pensionados, y para que eso no ocurra, debe ahora la persona de la tercera edad llevar ese padecimiento procesal alegando derechos del código civil y en otro proceso, fincando como necesidad alegar compensación

⁸ Conferencia internacional del trabajo, 89ª reunión, 2001- Seguridad social un nuevo consenso.

por los perjuicios, y no de menor importancia, aplicación de una fuente de derechos de manera retroactiva.

No es difícil observar que esas situaciones i y ii tienen y han tenido soluciones y tratamientos equilibrados, pero nunca direccionados a las personas de la tercera edad, expresión que para nada justifica el desface funcional del aparato judicial, que no es complejo idear con la establecida necesidad de un nuevo juicio.

En este ánimo reflexivo y de orden jurídico, también debe señalarse no propenderse por una pética jurisprudencia, pues esta, siempre, como el Derecho, estará atenta a los cambiantes hechos que la determinan.

Pero antes de anclar la satisfacción de los derechos pensionales en los terrenos del derecho civil, no es un despropósito volver a la sentencia del año 2008 y con ella mirar si existe la necesidad de tener que ceder la primacía del reconocimiento del derecho pensional ante el derrumbe del sistema pensional, pues la perturbación al sistema pensional ocurriría si al pensionado no se le pagan sus derechos pensionales por los caminos civiles con el instituto de los perjuicios.

Planteado lo anterior, cabe reseñar que esa nueva realidad jurisprudencial da lugar a consecuencias disimiles para los pensionados, porque se los deja por fuera de la seguridad social, siendo persona objeto de su protección, pero a los afiliados todas sus consecuencias están dentro de la seguridad social.

Emerge pues, rápidamente la desprotección en la que se coloca a los pensionados, pero se indica en esa jurisprudencia que su reivindicación no puede hacerse en este proceso, (**SL 373-2021**), con lo cual de paso se compromete en mayor grado la eficacia del Derecho, que es la mejor aspiración de todas las normas, sin dejar de lado el impacto negativo económico y funcional que arropa al Estado la congestión judicial.

Consideraciones precedentes que abrevan del entendido de ser la SEGURIDAD SOCIAL⁹ la mejor utilización de esos dos vocablos¹⁰, al traer su conjugación respuestas estatales a los derechos del Hombre y además, pervivir por centurias en su permanente construcción, pues los sucesos sociales y casi todos, no nacen un determinado día, resulta pertinente, traer a cuento el entendido de Simón Bolívar, tener a la seguridad social como elemento de la mejor fórmula gubernamental posible.

Es que precisamente, dado el nivel de expectativa que tiene la materia hoy en día, no se hace de recibo situar a los actuales pensionados o a cualquier ciudadano, luego de estar años tratando de encausar su reclamo, en otro proceso ordinario diferente, lo que de modo igual compromete al principio mínimo fundamental de la seguridad social como garantía¹¹, siendo claro que la corte constitucional estableció el traslado de régimen como característica eficiente de la seguridad social (**C- 841 de 2003**).

También es de ver que la restricción al pensionado para limitar su traslado dentro del Rais (**Art.107 de la ley 100 de 1993**) no hace ecuación con las razones de la nulidad del traslado de régimen

9

¹⁰ EL NUEVO DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO, MARIO DE LA CUEVA, PAG 23.

¹¹ Art,53 C.N. COPIAR

pensional ni de su ineficacia, lo son por la ilicitud del acto, más no por la limitada o no voluntad del pensionado para generar traslado dentro del RAIS¹²; ahora, tampoco es causa suficiente para la indemnidad que se quiere dar al RPM por la condición de pensionado, colacionada con la existencia de diversas modalidades pensionales matizadas por contratos de seguros. La unilateralidad o la bilateralidad no están por encima de la ley, lo que incluye los principios generales del Derecho, siendo muy importante la claridad en esta diferenciación porque lo que es connatural a la seguridad social, es pagar las mesadas pensionales completas sin necesidad de acudir al expediente de los perjuicios irrogados.

En el fondo, lo que acontece, con esa intención racional de tratar de proteger al sistema pensional, régimen de prima media y la solución brindada, es privar de seguridad y eficacia a la seguridad social, por lo cual se considera para la solución por adoptar, que su respuesta no la desaliente ni impida el brillo de su garantía constitucional, situación que no se presenta, si como en la otra posición jurisprudencial, se ordena satisfacer por el RPM el pago a sus afiliados de las mesadas completas, siendo esa respuesta la consecuencia natural dentro del sistema pensional.

Por último, pero no sin trascendencia, es claro, que el incumplimiento del Estado en establecer dentro del sistema caminos de solución propios para infracciones, como la estudiada y aceptada en este caso, que es lo que propende la nueva solución jurisprudencial, no es culpa del pensionado; él ya es

¹² “Como se señaló en la sección 3 de esta sentencia, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, existen por lo menos 3 subsistemas de pensiones por los que puede optar el afiliado: (a) la renta vitalicia inmediata; (b) el ahorro programado; y (c) el ahorro programado con la renta vitalicia diferida.

Cuando se trata de la modalidad de renta vitalicia inmediata, la naturaleza misma del contrato no permitiría el traslado en ningún caso, dado que el afiliado adquiere la condición de pensionado desde el momento mismo en que contrata la renta vitalicia. Este tipo de plan pensional es, por expresa definición legal,^[42] un contrato irrevocable entre el afiliado y una aseguradora, mediante el cual el afiliado adquiere un seguro que le otorga al beneficiario y sus descendientes el derecho a recibir una renta vitalicia mensual. Por su naturaleza, como contrato de seguro que es, los riesgos financieros y de contingencias propias de este tipo de contrato se trasladan a la compañía aseguradora, quien a partir de la celebración del mismo debe hacer las reservas necesarias, adquirir reaseguros y adoptar otras medidas para garantizar la rentabilidad y estabilidad del contrato. Por ello, resulta efectivamente conducente para garantizar la sostenibilidad del sistema y servicios administrativos y financieros adecuados, restringir la posibilidad de traslado en esta modalidad de pensión. De no establecerse esta restricción, ninguna aseguradora aceptaría asumir los costos de una renta vitalicia, si la continuidad de la relación con el beneficiario quedara sometida a su mera voluntad.

En el caso de la modalidad de ahorro programado con renta vitalicia diferida, ocurre algo similar una vez se haya adquirido el derecho a la renta vitalicia, pues el contrato se vuelve irrevocable a partir de ese momento, es decir, cuando se contrata la renta vitalicia. Esta circunstancia, por lo tanto, no carece de razonabilidad impedir el traslado previsto en el artículo 107 cuestionado.

En la modalidad de ahorro programado sin renta vitalicia, el afiliado no adquiere el derecho a una prestación fija, sino que el pago de su pensión se calcula con base en el capital acumulado, y por tanto ésta depende de sus aportes, sin perjuicio de las garantías de rentabilidad mínima (Artículo 101, Ley 100 de 1993), pensión mínima (Artículo 84, Ley 100 de 1993), y la garantía estatal a las pensiones contratadas con aseguradoras (Artículo 109, Ley 100 de 1993). No obstante, cuando el afiliado adquiere la calidad de pensionado, el monto de la cuenta de ahorro pensional deja de incrementarse con base en aportes mensuales que haga el pensionado y la administradora de pensiones asume costos financieros adicionales. Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado.

Por lo anterior, encuentra la Corte que la restricción al traslado de la cuenta individual de ahorro pensional una vez se ha adquirido la calidad de pensionado, resulta efectivamente conducente para garantizar la eficiencia de los servicios administrativos y financieros que ofrecen las entidades administradoras a sus afiliados, cualquiera que sea la modalidad de pensión que se adquiriera.

Además, es importante resaltar que la Ley 100 de 1993 ha previsto mecanismos adicionales para proteger los aportes del afiliado y una gestión administrativa y financiera mínima por parte de las entidades administradoras de pensiones. Aun cuando estos medios de protección no están dirigidos a garantizar que el pensionado obtenga el mejor servicio posible ni a obtener una mayor rentabilidad, sí impiden que una mala gestión administrativa y financiera por parte de la administradora de pensiones ponga en riesgo el mínimo vital del pensionado. En efecto, la vigilancia de la gestión de las administradoras de pensiones por la Superintendencia Bancaria, el reconocimiento de una rentabilidad mínima, la existencia de FOGAFIN para garantizar el pago de pensiones en caso de deterioro patrimonial, el reconocimiento de intereses moratorios sobre mesadas pensionales atrasadas, entre otros mecanismos, están dirigidos a establecer un mínimo de protección, estabilidad y rentabilidad a los pensionados.

Por lo anterior, la limitación del traslado de la cuenta de ahorro pensional cuando se ha adquirido la calidad de pensionado, resulta efectivamente conducente para el logro de los fines de eficiencia administrativa y financiera de las entidades administradoras y de sostenibilidad y rentabilidad del sistema. Por esa razón, la Corte declarará la constitucionalidad de la expresión “y que no haya adquirido la calidad de pensionado” contenida en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993.

una víctima de esa ilicitud, pero a su costa y obrar se le impone hermenéuticamente todas las acciones por hacer, corriendo a plenitud sus derechos el riesgo propio que trae un proceso diferente.

No es sino mirar la comunidad de culpas existente. El Estado, al no establecer soluciones para el caso- ineficacia de traslado de régimen de pensionados- que es lo que hace conducir el conflicto bajo estudio al campo del derecho civil, aunque se considere que la salida al problema presentado bordea en términos de la seguridad social sin duda el camino prestacional, y por otro lado, la del agente infractor al no realizar el traslado de régimen tal cual lo decanta la ley y la jurisprudencia, teniendo cada uno por ley responsabilidades y fondos para ello.

Pero es de advertir que sin ninguna otra consideración, es al pensionado al que se le priva de la seguridad social y su eficacia, todo para finalmente concluir que las cuentas no le cuadran al sistema pensional por que el pensionado gozará de sus derechos, pero debiéndoselos cobrar al que causo el perjuicio, en donde el pensionado no es el coordinador ni responsable de la prestación de ese servicio obligatorio, lo que de seguro no ocurriría si el afiliado nunca se hubiera trasladado, desface que también es a costa del pensionado.

De modo que, lo normal dentro del diseño de la seguridad social colombiana – pagar sus obligaciones- y sobre lo cual existe una garantía constitucional, claramente obedece o responde a la elemental pretensión de los demandantes, satisfacción a sus derechos pensionales, por lo que no resulta jurídicamente aceptable dejar al pensionado dentro de este proceso en ese estado de inconstitucionalidad.

Más grave aún, dejarlo a la vera del camino, indicándosele después de años de accionar, la necesidad de acudir a un proceso diferente al natural y ya instaurado de la seguridad social, todo con el fin de responderle a sus necesidades constitucionales con una mera respuesta legal y abonando la discusión bajo la concepción de no ser posible la protección en este proceso por la no petición de perjuicios no reclamados; aplicación retroactiva de una fuente de derechos, desconociendo el efecto sanador que tiene la seguridad social, el pago de las pensiones, para ahora ser exigibles en otro proceso, pues precisamente la complejidad del asunto no podría solucionarse con otra afectación de los mayores adultos, a quienes la seguridad social lo que pretende es su protección.

Fíjese como lo ordenado en la otra solución jurisprudencial, es que el obligado pensional dentro de la ley de seguridad social cancele las diferencias pensionales existentes con respecto a lo que legalmente les corresponde y lo que se les ha venido cancelando irreglamentariamente a los pensionados, lo que resulta posible por cuanto en esos términos fue la decisión de la corte suprema de justicia, situación que si se quiere, amerita un debido estudio económico de lo recibido a todo título por el pensionado de parte de la entidad del RPM, con lo cual el sistema pensional y su estabilidad financiera no se resiente, como tampoco la del pensionado temporalmente excluido .

El Magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firmado Por:

**Maria Nancy Garcia Garcia
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 010 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d32844e5904fc17c0ecadd7aed2b1d1bc2ba7ceb316293f6d96d9024a46e6ff0**

Documento generado en 29/06/2022 03:03:31 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>