

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	JOSÉ GUSTAVO CASTILLO RIVERA
DEMANDADO	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
LITISCONSORTE	NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- OFICINA DE BONOS PENSIONALES
PROCEDENCIA	JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-007-2020-00338-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia del traslado - No es procedente tratándose de pensionado, dado que es una situación consolidada y consumada.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No.193

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 del apoderado judicial del demandante, respecto de la sentencia No. 047 del 5 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

Toda vez que la ponencia presentada por el Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA no obtuvo los votos necesarios para su aprobación en Sala de discusión, se dispuso la remisión del proceso a este Despacho para su elaboración mediante Auto de Sustanciación No. 709 del 21 de septiembre de 2021 (Archivo 03 ED Tribunal), recibándose en la dependencia de la ponente de manera completa 14 de octubre de 2021, procediendo de conformidad a proferir la siguiente providencia

ANTECEDENTES

El señor **JOSÉ GUSTAVO CASTILLO RIVERA** 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. **2)** En consecuencia, solicitó que se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de su ahorro junto con sus respectivos rendimientos, bonos pensionales, cuotas de administración y demás emolumentos de la cuenta individual. **3)** Así mismo, peticionó condenar a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 29 de noviembre de 2016, al igual que los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** formuló demanda de reconvención en contra del señor **CASTILLO RIVERA**, pretendiendo que: **1)** En virtud de las pretensiones formuladas por el demandante, se ordene la devolución a la AFP de todos los dineros que hubiere recibido por

concepto de mesadas pensionales derivadas del reconocimiento de la pensión de vejez desde el 22 de mayo de 2017.

Mediante Auto No. 2163 del 21 de octubre de 2020 el Juzgado de primera instancia ordenó integrar el contradictorio con la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (f. 1 a 3 Archivo 05 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 a folios 3 a 25 Archivo 03 ED, la contestación de **COLPENSIONES** de folios 3 a 12 Archivo 08 ED, la del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO PORVENIR S.A.** obrante a folios 3 a 26 Archivo 10 ED, y la emanada de **PORVENIR S.A.** aportada a folios 2 a 24 Archivo 11 ED. De igual forma, a folios 2 a 9 Archivo 07 ED se observa intervención del **MINISTERIO PÚBLICO**.

De igual forma, la demanda de reconvención radicada por la **AFP PORVENIR S.A.** reposa a folios 2 a 5 Archivo 12 ED, y la contestación del demandante a esta vertida de folios 4 a 7 Archivo 15 ED.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 047 del 5 de marzo de 2021, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, y, en consecuencia, absolvió a las entidades demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, al tiempo que desvinculó al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** del proceso.

Para sustentar su decisión, el Juzgador inició recordando que, conforme la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, las administradoras de pensiones del RAIS tienen la obligación de brindar a los afiliados una información clara, completa y comprensible al momento del traslado desde el régimen de prima media, indicando no solo las ventajas sino también las consecuencias adversas de esta decisión, precisando que recae en aquellas entidades la obligación de demostrar el otorgamiento de toda la asesoría necesaria, dado que su responsabilidad es de orden profesional en los términos del Decreto 656 de 1994.

En igual sentido, precisó que las manifestaciones implícitas en los formularios de afiliación no son suficientes para demostrar el deber de información, en tanto lo que debe probar la AFP es que actuó con diligencia a la hora del traslado del usuario, poniendo de presente las características, condiciones de acceso y riesgos en cada uno de los regímenes. Bajo esa premisa, afirmó que en el caso estudiado brilló por su ausencia que el demandante hubiere sido informado sobre las ventajas y desventajas del RAIS en comparación con el fondo público alterno administrado por **COLPENSIONES**, lo que tampoco puede deducirse del formulario de afiliación, dado que todos los datos brindados estuvieron relacionados con el RAIS, sin aclarársele que necesitaba un capital mínimo para pensionarse y que los rendimientos dependían de las inversiones del fondo, aspectos que permitirían considerar, en principio, que el traslado no cumplió con el deber de información debida y transparencia.

No obstante, adujo que no podía dejar pasar que el demandante goza de pensión de vejez en la modalidad de retiro programado desde el 22 de mayo de 2017, con un bono pensional tipo A modalidad 2 emitido por la Nación, en el que participa **COLPENSIONES** como contribuyente, expedido mediante Resolución No. 16021 del 5 de diciembre de 2016, citando lo señalado en la Sentencia SL373-2021, para anotar que “*la calidad de pensionado es una condición jurídica consolidada*”, no susceptible de revertir, la cual, de retrotraerse, traería consecuencias negativas a varios actores del sistema, posición que consideró vinculante

al tenor de la sentencia C-634 de 2011, sin que por ello pueda considerarse la violación el principio de igualdad, dada la función Constitucional de las Altas Cortes de unificar la Jurisprudencia (STL3196-2020), argumentando que el respeto al precedente es necesario para la realización de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, ya que a partir de esta garantía podrán identificar todo lo que el ordenamiento ordena, prohíbe y permite.

Por último, apuntó que, si bien anteriormente en procesos similares concluyó la posibilidad de declarar la ineficacia de pensionados, a su juicio la nueva postura de la Corte está fundamentada en razones serias y con suficiente carga argumentativa como para apartarse de esta, debiendo aplicarla.

En consecuencia, coligió que, de acuerdo con lo anterior, al advertirse que la pensión del actor se financia con los recursos del bono pensional emitido y pagado por la Nación, así como del capital de sus aportes al RAIS, no es procedente revertir los efectos del traslado, en la medida en que se encuentra en una situación consolidada imposible de revertir, dadas las implicaciones que ello conlleva.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la PARTE DEMANDANTE interpuso recurso de apelación alegando estar en desacuerdo con la decisión, como quiera que, a su juicio, en un estado como el Colombiano el fin son las personas y no las instituciones, debiendo brindar unas garantías y derechos mínimos que deben protegerse, destacándose entre estos el de la igualdad, que no se cumple en este caso, como quiera que se propende por cuidar a las entidades, cubriendo el patrimonio de personas jurídicas en situación ventajosa en relación con los afiliados que sufren una merma en sus ingresos. Así mismo, dijo que no consideraba la postura de la Corte como precedente, en atención a que solo se trató de una sentencia, pues desde 2008 y hasta antes de esta decisión, el criterio fue otro, con el que prevalecían los derechos, por lo que, aplicar otra postura vulnera la confianza legítima y el debido proceso, toda vez que esta debe aplicarse a procesos iniciados con posterioridad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto del 21 de septiembre de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos la apoderada de PORVENIR S.A. como se advierte del archivo 05 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 el señor **JOSÉ GUSTAVO CASTILLO RIVERA** 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 la procedencia de lo peticionado en la demanda de reconvencción incoada por la **AFP PORVENIR S.A.** en torno a la viabilidad de ordenar a la demandante el reintegro de las mesadas que ha venido percibiendo desde en el RAIS.

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

CONSIDERACIONES

A esta altura no son materia de discusión los siguientes supuestos facticos:

- (i) Que estando afiliado al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1981 y 1998, el demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la **AFP PORVENIR S.A.** el 21 de noviembre de 1998 (Archivo 09 ED y f. 34 Archivo 11 ED).
- (ii) Que mediante comunicación del 1 de septiembre de 2017 el fondo descrito informó al señor **JOSÉ GUSTAVO CASTILLO RIVERA** el reconocimiento de la pensión de vejez en cuantía de \$2.912.877 en la modalidad de retiro programado (f. 82 a 84 y 86 a 87 Archivo 11 ED).
- (iii) Que el 21 de julio de 2020 el señor **CASTILLO RIVERA** solicitó a **COLPENSIONES** la nulidad de su traslado al RAIS, petición despachada de manera negativa por la entidad en comunicado de la misma fecha (f. 40 a 44 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, 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 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 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 revertir 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 revertir 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 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.”

Sin pretender agotar todas las situaciones problemáticas que el asunto conlleva, 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, contrario a lo sostenido por el apelante, quien insinuó que se trata de una postura insular, ha sido reiterada en la jurisprudencia vigente de la Alta Corporación, 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 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 SL373-2021, 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, redundan 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.

Y es que, más allá del desacuerdo del apelante con el criterio Jurisprudencial aplicado, es menester indicar que, la misma postura 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 SL3535-2021 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.

Así las cosas, en el caso concreto emerge evidente que al señor **JOSÉ GUSTAVO CASTILLO RIVERA** le fue reconocida la prestación pensional de vejez por parte de **PORVENIR S.A.**, desde el 22 de mayo de 2017, en la modalidad de retiro programado (f. 6 Archivo 11 ED), prestación que se observa, viene siendo cancelada con normalidad, según lo certifica la propia entidad pagadora (f. 7 a 11 Archivo 11 ED), financiada, como acertadamente coligió el fallador de primer grado, con los recursos de la cuenta de ahorro individual, entre los cuales, de acuerdo con los aportes efectuados al RPMPD (Archivo 09 ED), se cuenta el bono pensional cuya emisión y pago fue ordenado en Resolución No. 16021 de 5 diciembre de 2009 emanada del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (f. 104 a 107 Archivo 10 ED), trámite que dependió de la gestión adelantada por la AFP ante la entidad emisora, para lo cual debió contar con la aprobación de la liquidación provisional efectuada por la OBP por parte del demandante.

De ahí que, habiendo adquirido el estatus jurídico de PENSIONADO durante su vinculación al RAIS, al tenor de lo adocinado 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, y en ese caso, se reitera, 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.

Empero, sea del caso aclarar que al no perseguirse por el extremo activo en el presente proceso la reparación de daño alguno a cargo de la AFP, esta instancia no cuenta con facultades oficiosas para pronunciarse sobre ello, en razón al principio de congruencia (Art. 281 CGP).

En consecuencia, se impone la confirmación de la decisión apelada. Las costas de esta instancia están a cargo de la PARTE DEMANDANTE, 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. 047 del 5 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: Las **COSTAS** de esta instancia están a cargo de la PARTE 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 ELECTRÓNICA
Ley 527 de 1999, artículo 7°. Decreto 2364 de 2012

Firma digitalizada para
acs judicial



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

SALVAMENTO DE VOTO

Por medio del presente, procedo a consignar las razones de mi salvamento en la ponencia que me fue derrotada:

“ La sentencia APELADA debe **REVOCARSE**, son razones: Encontrar ajustado a derecho la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional, situación sustancial que trae consecuencias propias de la seguridad social (nulidad y pago de los derechos pensionales), lo que conforme al código civil apareja consecuencias trascendentales, deja sin efectos el traslado viciado, (indebida información) declaratoria que jurídicamente en nada se eclipsa por la posterior condición de pensionado, (los efectos estructuralmente adquieren respuesta en la seguridad social), por el contrario, se avisa de una nueva situación, ser persona con protección especial, ahora restablecida y no lesionada (constitucionalismo garantista), lo cual en nada se opone a la adopción de medidas para la no desfinanciación del sistema (querer propio de la legislación y de la jurisprudencia especializada respecto de la seguridad social).

Para ello entonces veamos si militan en las actuaciones aquellas conductas o actos permisivos para declarar la ineficacia del traslado.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL.

1.- Buena fe negocial.

En ese ejercicio cabe señalar que el aseguramiento pensional, como todo acto negocial dentro del mundo jurídico, está irradiado por el principio de la buena fe (**Art.83**), con el que de vieja data en los campos del derecho civil y comercial se reclama la exigencia de brindar en cada caso y de forma suficiente la debida información¹, puntos únicos y, además necesarísimos para estructurar y lograr un conocimiento informado o ilustrado con el que se pueda ser capaz de generar una libre y voluntaria selección, aspecto de total recibo en el campo pensional a la hora de la escogencia o permanencia en un determinado régimen pensional².

De tal mandato no es ajena la legislación pensional pues el **Art.271 y el artículo 13.2 de la ley 100 de 1993** dan cuenta de la libre escogencia al momento de precisar el régimen, y no solo eso, sino que postula ese Art.271 quedar sin efectos los actos que la afecten, lo que de igual forma ocurre en los eventos de traslado de régimen pensional, al punto de considerar su opacidad o ausencia de libre voluntad, una afectación a los derechos fundamentales de la seguridad social³ de quien durante toda su vida laboral ha realizado aportes al sistema bajo expectativas falibles.

Tal encuentro de las sustantividades privadas y de la seguridad social, permite entender el ejercicio de la jurisprudencia especializada para comprender no ser la mera firma del

formulario de selección de uno u otro fondo dentro del RAIS o de traslado de régimen pensional un hecho suficientemente validador de una voluntad así expresada, se impone entonces la materialidad respecto de la satisfacción de los postulados referenciados, llegando incluso a manifestar como deber de la judicatura la necesidad de escrutarlos cabalmente⁴, siendo propio señalar que aún en acciones constitucionales, ya se reconoce como suceso triunfador el presentarse desconocimiento del precedente judicial estructurado con esas premisas, y por ello, el agente decisor que, de rienda suelta a considerandos absolutorios, sin hacer decantación y superación de las motivaciones base del precedente afecta derechos fundamentales⁵.

2.- Mandatos imperativos de la seguridad social para el traslado de régimen pensional.

Decantada la necesidad de ese obrar, sigue anclar en la discusión del asunto sustancial el hecho de no entender la justicia constitucional de modo discrecional sino imperativo, dar cumplimiento por los agentes del sistema pensional a las obligaciones generadas con los traslados de régimen; **el traslado y recibo del afiliado, junto o con todos los derechos pertenecientes a aquel y no a la aseguradora, (sentencia C-177 de 1998)**, suceso jurídico que aclara por sí solo la no ventura de las posiciones o tesis con las cuales se pretende angostar los derechos a que da lugar la ineficacia declarada. Es que la lectura de los dispositivos normativos ya relacionados en clave de la mentada sentencia de constitucionalidad no deja duda de la consecuencia jurídica pregonada.

3.- Consecuencias del actuar ilícito.

El Derecho civil como realidad originaria y jurídica de las obligaciones consagra primigeniamente para el actuar ilícito del condenado determinadas consecuencias⁶ (ARTS 1740–1756, TITULO XX C..C.C) circunstancias que con atención de la evolución jurídica propia de los conceptos han sido perfiladas en la materia, de las que se destacan: **i)** que la jurisprudencia especializada desde el **año 2008**, anota la obligación de las administradoras de pensiones privadas trasladar al régimen de prima media los gastos de administración⁷ **ii)** no proceder la prescripción como modo extintivo de obligaciones en caso de afiliación al sistema ni cuando se busca la ineficacia del traslado, pues esas acciones son declarativas mas no constitutivas de derechos, que si son los que podrían prescribir.

4.- No proscripción de la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional.

En nuestra legislación no está consagrada la proscripción de la ineficacia del traslado de régimen pensional por el mero hecho de no solicitarse dicha ineficacia *antes del término de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad de pensión o de jubilación o por peticionarse tiempo después de darse el traslado motivo de la nulidad*, lo razona, ser lo examinado referente a las condiciones jurídicas del traslado nocivo, el que ocurrió mucho tiempo antes de ese periodo. Sin que corresponda entender la convalidación de ese vicio con ocasión del silencio o inacción del retracto, todo en razón a lo esencial que es en toda la fenomenología pensional la presencia de la buena fe, echada de menos en ese traslado⁸.

Se debe también anotar respecto de la proscripción restrictiva para el traslado de régimen pensional del Art.107 de la ley 100 de 1993, que ella tampoco tiene lugar en este evento, por cuanto de lo que aquí se trata es de la ineficacia de traslado, asunto diferente al tema de la movilidad pensional restringida, distinción y diferenciación a que está sometido el juez de la seguridad social, que, entre otros eventos, impide dar aplicación analógica a sus consecuencias y resultados, más si hay afectación a derechos fundamentales, como se indica en la tutela 191 de 2020

De ahí que, cuando se pregona lo contrario, no darse la debida información, por aquello de la asimetría vista y la presencia de una negación indefinida⁹ se hace menester para la entidad aseguradora, acreditar en juicio la presencia de ese elemento esencial, el que, se repite, no se deduce en todo evento con la simple firma del formulario¹⁰.

5.- Inversión de la carga de la prueba.

Sigue puntualizar respecto de la obligación probatoria que, la visión o consideración del derecho privado hace relación también con la figura de la inversión de la carga de la prueba, como dinámica heurística procesal, situación que tiene lugar en razón de la asimetría reinante en esas actuaciones en donde brilla, por un lado, la parte débil -el tomador de seguro- y por el otro, la profesionalización de la entidad de seguros¹¹. Motivación por si sola suficiente para acogerla y darle desarrollo en el campo del aseguramiento pensional de la seguridad social, donde la partida también la juegan asimétricos, pero hay que decirlo, acuñan de modo perfecto al resultado, las pautas procesales de la negación indefinida, como también lo precisa la jurisprudencia especializada.

CASO CONCRETO

En caso bajo estudio, lo que sí está probado es que el demandante estuvo en el régimen de prima media al que perteneció desde **28 de octubre de 1981** (pág. 35, pdf 01 pruebas y anexos y pág. 01 reclamación administrativa), para luego movilizarse al RAIS, a **PORVENIR S.A.** el **21 de noviembre de 1998** con fecha de efectividad el **01 de enero de 1999** (pág. 26 pdf 11 contestación porvenir) entidad que le realizó el reconocimiento de la pensión de vejez desde el **22 de mayo de 2017** (pág. 81 pdf 11 contestación porvenir), reconociendo como mesada pensional para esa anualidad la suma de **\$2.912.877** que para el año 2020 asciende a **\$3.215.863** (pág. 28 pdf 11 contestación porvenir). De modo igual cabe señalar lo anhelado por el demandante tener derecho a la pensión del RPM a partir del **29 de noviembre del año 2016** con mesada inicial de \$6.181.115, y en la condena de \$7.026.027 con un retroactivo para octubre de 2020 de \$ 414.784

I) Obligación de la debida información para el traslado de régimen.

Cabe anotar de modo especial, no nacer la obligación de informar debidamente al afiliado solo con las normativas reglamentarias alegadas, pues dicha obligación impera con base no solo en la principalística sino que se constituye legislativamente para las administradoras una obligación desde su creación, dado que la escogencia libre y espontánea a que tienen derecho los afiliados se da con el hecho de no proporcionar la información correspondiente, tema que también ha sido materia de pronunciamiento por la Corte Suprema en **Rad. 68852 del 03 de abril de 2019** en la que reitera lo dicho en sentencia del 2008.

II) Falta de prueba de la debida información.

Es importante avisar para este traslado al RAIS, no haberse acreditado por parte del fondo haber brindado la debida información previo el traslado del régimen, deber de información que se predica para todos los afiliados. Por consiguiente, para la Sala no hay duda de la ineficacia del traslado de régimen junto con la devolución de los gastos de administración y rendimientos depositados en la cuenta de ahorro individual del actor, tal y como se ha considerado por la jurisprudencia y se desarrolló en las líneas anteriores (**STL 11947-2020**).

III) Prescripción.

Finalmente, es claro no operar el fenómeno de la prescripción, por cuanto la recuperación del régimen de prima media y la movilidad del sistema pensional son derechos no sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, ya que, al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de ineficacia se encuentra revestida de la imprescriptibilidad, **art 48º Constitución Política**. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 1688 del 2019, al respecto considero: “que la

acción de ineficacia del traslado de regímenes pensionales es imprescriptible”, afirmando en la misma sentencia que:

“No prescriben los hechos o estados jurídicos, pero si los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración...

.... Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de “ineficacia”, en la medida que dicha consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza por que desde su nacimiento el acto carece de efecto jurídicos...”.

Todos estos argumentos por sí solo dan lugar a la prosperidad a la ineficacia del traslado, lo que con más veras tiene lugar al considerarse que la omisión de la debida información violenta el derecho fundamental del debido proceso **-Sentencia T-191 de 2020.**

Con lo cual, se considera adecuado pasar al estudio del derecho pensional del demandante, claro está, mirando previamente si la condición de pensionado trastorna en este proceso la posibilidad natural de ser beneficiario de la completitud de sus derechos, lo que es central en la nueva tesis de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, (sentencia SL373 DE 2021) **de la que nos apartamos** cimentada en el hecho de no poder revertirse la condición de jubilado por ser una situación consolidada, y además, que de darse hay lugar a disfuncionalidades que afectarían múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas y por tanto, derechos y obligaciones e intereses de terceros y del sistema.

Con ese derrotero se considera menester abordar la cuestión mirando la problemática a partir de la definición conceptual de la seguridad social y la existencia de expresiones normativas de rango constitucional y legislativas, todas referentes a la suficiencia estructural del sistema general de pensiones frente a la dificultad acaecida, lo que se hace amalgamado con una serie de jurisprudencias de esa misma Corporación y de otras, que avalan ese tono de suficiencia, anotándose, sin discriminación alguna, para los pensionados, la existencia de soluciones propias que no le traen perjuicios ni compromisos a sus intereses constitucionales..

Derecho pensional del demandante.

A) Precisión conceptual.

Para eso resulta oportuno señalar que la seguridad social, se comprende con la definición realizada por el Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS): *“...es un conjunto de medidas que la sociedad proporciona a sus integrantes con la finalidad de evitar desequilibrios económicos y sociales que, de no resolverse, implicarían la reducción o la pérdida de los ingresos a causa de contingencias como la enfermedad, los accidentes, la maternidad o el desempleo, entre otras...”* definición que en un todo consulta el Art.22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Columbra entonces 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.N12, el preámbulo de la ley 100 de 199313 y el acto legislativo 01 del año 200514**, es decir, conforme al entramado constitucional y legal patrio dicha construcción social da 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.

Se repite, asunto no obviado por la legislación, por el contrario, estructuralmente se logra su solución por el camino propio de la seguridad social, tal cual se ha indicado y logrado por la jurisprudencia especializada, buscando la no afectación financiera del sistema, pero no a costa del desconocimiento de intereses y derechos constitucionales debidamente prefijados.

Del mismo modo cabe señalar o preguntarse por la virtud jurídica que, según la sentencia 373, presenta la condición de jubilado, ser una situación consolidada, pero capaz de enervar o dejar sin efectos la ineficacia, pues lo que es connatural en todo caso de estos, es quedar sin aptitud legal para producir efectos, lo que incluye cualquier acto posterior, del que no se excluye el ilícito reconocimiento pensional.

Lo que conforme al constructo de la nueva sentencia, finalmente produce efectos, pero en contra del pensionado, cuyos perjuicios y su reconocimiento debe obtenerlos en otro proceso y bajo otra tonalidad discursiva, ahora, la de los perjuicios, respuesta fincada en las disfuncionalidades que trae para el sistema, personas, entidades, actos y relaciones jurídicas, por tanto, con relación a derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema. Fíjese que quien asume el perjuicio, con este acto, no es solo el pensionado, pues conforme al entendido de la nueva sentencia también los sufre las entidades y la Nación, pero al pensionado es a quien se le alumbran los caminos sinuosos de un nuevo proceso y discurso sustancial y probatorio diferente, lo que se hace sin ninguna consideración a los perjuicios producidos por ese acto lesivo a la Nación y a las entidades..

En esa dirección, sirva tener en cuenta que los efectos de la ineficacia del acto negocial referido se producen ante la presencia de las ilicitudes comentadas, y por eso, si la mirada reparadora solo está concentrada en la conmoción financiera, hay que decir, que esa conmoción también se da por otros variados factores, entre ellos, también ante éste sonido de estampida, se podrían dar por la no afiliación de nuevos afiliados recuérdese, lo que repercute el no pago completo de los derechos de la seguridad social por esta vía, y la migración de los afiliados.

Es que la ilicitud para el caso de los que ya están pensionados es solo una prolongación material del mismo desaguado sustancial, por lo que se hace sin recibo, relativizar esas consecuencias solo para los pensionados, generándoles además, más perjuicios, y no solo eso, sino que se descarrila la pretensión propia de la seguridad social, señalándole dirigir los esfuerzos por la vía resarcitoria de los perjuicios irrogados.

B) Garantía a la seguridad social-

Pero es de ver que el Estado no puede ser ajeno a su obligación constitucional, señalada como principio mínimo fundamental de “**garantía a la seguridad social**”, lo que es propio de nuestro Estado Social de Derecho (Art 1 C.N.) como modelo de garantismo constitucional marcado por la prohibición de lesionar los derechos de los administrados y correlativamente tutelárselos y satisfacerlos,¹⁵ pero siempre fundado en la dignidad humana (antropocéntrica), y, en la prevalencia del interés general, que por cierto, no hace ecuación con perjudicar a uno de los varios afectados, pero eso si teniendo siempre como norte la sostenibilidad del sistema pensional, que a diferencia del acto legislativo del año 2005 opera no solo las leyes posteriores al acto, sino que es una preocupación desde las leyes nacionales, decreto 3041 de 1966, realidad que sin duda va de la mano del parágrafo del art.33416 de la

C.N. referente a la economía nacional y la no afectación de los derechos fundamentales, que, si lo es la seguridad social, la que se afecta haciéndola ver estructuralmente insuficiente, al contrario, conforme a la OIT a más seguridad social más bienestar común.

C) Expresión legislativa coherente.

Se considera que la legislación actual si contempla frente a la problemática en estudio salidas correctivas propias y suficientes, como lo es, a) instituir a cargo de las entidades del sistema no solo obligaciones y deberes para nada discrecionales, sino imperativas, las que se muestran aparejadas o desarrolladas con consecuencias afines al caso, esto es, por un lado, quedar sin efecto la afiliación respectiva si no es libre y voluntaria la afiliación **-Art.13 y 271 de la ley 100 de 1993-**, y de otro lado, b) se tienen controladas soluciones para el caso, 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.

Acontecer que hace menester abordar la solución al problema conforme las características de la seguridad social, las que para nada asfixian la materia; es que ir a los senderos del derecho civil muestra o traduce la existencia, que no la hay, de una dificultad estructural del sistema general de pensiones, y fuera de eso, redundaría en una desmejora a los derechos sociales de los asociados **(Art.215 C.N.)**.

Mírese cómo se acude exclusivamente a la visión reparadora para el no único perjudicado, el pensionado, la que originariamente ha sido establecida para los derechos civiles decimonónicos por la vía del derecho civil, los que por supuesto brillan y tienen su valía, pero es de preguntarse, si lo es, para cuando no se tiene a disposición un trabajo normativo internacional protector y específico, patrio y suficiente para en su especialidad afrontar un embate de esos, siendo de poca discusión sustancial si los perjuicios propios de la legislación civil desplazan a los derechos de la seguridad social o son complementarios al reconocimiento de esos derechos sociales, en caso de darse sus supuestos.

No siendo de desinterés, las líneas anteriores referidas al Art.107 en donde el legislador no dispuso, pudiéndolo hacer, que su prohibición procedía en todo evento, pero solo lo regulo para la movilidad pensional, sin que sea viable la analogía restrictiva en caso de derechos sociales.

D) Desconocimiento y discriminación.

De ahí que, con apego a tal definición, se considera que el excluir al personal jubilado del camino protector brindado por la legislación nacional, general y pensional, es todo un acto de discriminación dentro de la seguridad social.

Téngase en cuenta inicialmente para ello la necesidad de mirar que no hay vacío o ausencia de trato legislativo para el caso de la ineficacia del acto negocial, ya que la generación de esa afectación se da tanto para afiliados como para pensionados, suceso que tiene dentro del diseño propio de la seguridad social tratamientos legales particulares; ya se vio que para los pensionados si hay disposiciones puestas al alcance del juzgador, y en el caso de los traslados de régimen pensional por parte de los afiliados, es situación también desarrollada, con los **decretos 692 de 1994 y 3995 de 2008**, de los que se ocupa la Corte constitucional en la **sentencia T-191 de 2020**.

Ante esa realidad, al contarse con disposiciones legales para cada caso, sí es discriminatorio aplicar solo para los afiliados los mandatos autárquicos, pero para los pensionados no, que es lo que se aboga en la nueva posición de la sala laboral de la corte suprema de justicia, sentencia 373 -2021, involución de la seguridad social, y por eso se viene a entender dislocadamente lo normado por la legislación civil, con lo que corresponde entender como no adecuado lo propio de la seguridad social, blandiendo para ello la existencia en el régimen común, la tesis de contener propiciadamente y de modo averiguado el correspondiente tratamiento sanatorio o resarcitorio, lo que se hace mediante el mencionado instituto de la responsabilidad civil con el reconocimiento de los perjuicios irrogados, y en otro proceso diferente, es decir, descartando el esfuerzo social trasegado por la seguridad social para hablar de cobertura de riesgos y no de perjuicios.

E) Consecuencias paradójicas.

Es necesario denotar el modo paradójico del tratamiento sugerido, pues se hace ver que con los dispositivos normativos propios de la seguridad social ya no subsistiría el sistema general de pensiones, por lo que no se puede dar u obrar hacia el reconocimiento de los derechos pensionales, de ahí que sea primordial dar esa salida por fuera de las prestaciones de la seguridad social, como si fuese contra natura realizar lo que por definición aviva a la seguridad social.

Aspecto en el cual, se precisa anotar que en el mundo de las responsabilidades jurídicas, si lo que el Estado no previo u omitió y además, si lo que dispuso no resulta aplicable al caso, claramente surge una premisa por considerar, no ser culpa del pensionado tal obrar o resultado, y por lo mismo complejo se hace el hacer recaer en él las consecuencias por no haber direccionado la acción hacia el reconocimiento de los perjuicios irrogados, aun cuando se sabe que lo hizo conforme lo señala, no solo la ley de seguridad social sino la jurisprudencia, según se ve por varios años de modo pacífico, y sin producir más perjuicios a los pensionados ni al sistema.

Asunto que igualmente proyecta *aplicación retroactiva de una fuente de derecho*, la jurisprudencia, sin dar muestra esa tesis de dar aplicación a la *confianza legítima*, desconocimiento que ni siquiera obro al establecerse el régimen de transición, con lo que se desea precisar lo abrupto de la solución.

La visión presente del problema, según se mira, se causa por el entendido anterior de la judicatura al hacer lo que le es propio, reconocer completos los derechos pensionales por vía de las prestaciones establecidas con ese fin, pero la nueva sentencia no observa que con esta se generan más perjuicios para el pensionado, fuera de los ya causados en este proceso por la no definición completa de sus mesadas.

F) Nuevo juicio.

Entendido que no se acompaña, pues la seguridad social para el asunto en cuestión, como lo es, el no reconocimiento de los derechos pensionales completos a los pensionados, si tiene su propio camino de solución, ya se vio, si se puede dar 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 acudir a un nuevo juicio a fin de explorar lo que cabalmente en este proceso ya se sabe.

En esa dirección, se considera pertinente colocar también en cuestión, 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, de ahí que haya necesidad inaplazable de entender que es o fue lo que hace trizas a la seguridad social, para precisar su no uso, trayendo por el contrario, las generalidades del derecho civil reparador, que no huelga señalar, puede la Nación, con esas bases referentes a los perjuicios buscar sus reconocimientos.

Lo anterior, más, si cuando -como en el presente evento- se excita a la judicatura para que defina el derecho, pero en el resultado no se colma el interés público propio del derecho de acción, es decir, la cierta definición de sus conflictos, lo que es igual a desconocer **la eficacia del derecho** y dar pábulo con todo esto a la congestión en la administración de la justicia.

G) Nueva discusión.

Lo cual se prioriza en esta providencia por cuanto con la directriz jurisprudencial de ahora, se le crea al pensionado una nueva situación dialógica distante de lo que en la realidad se le informa y se le había informado, trasunto sinuoso por cuanto fue precisamente esta circunstancia la que originó el desfase que nos ocupa, viniendo ahora a pregonar regresar a lo cuestionado en esta sentencia, correspondiéndole años después, teniendo una pacífica jurisprudencia, buscar una fórmula de recomposición de sus derechos sociales con información diferente a la propia de la seguridad social, existiendo dentro de ella caminos comunes de reconocimiento.

Es por ello que no se acompaña el nuevo entendido jurisprudencial del que vale acotar, no plantea derrumbe de los sucesos base de la ineficacia del traslado, pues deja intacta esa realidad nociva para pasar a ocuparse, en esa misma ideación, en la forma de resarcirle al pensionado los perjuicios irrogados, pero, si eso es lo que pretende, le corresponde adelantar un proceso diferente.

Como se observa, se cambia de forma retroactiva por la vía de la jurisprudencia- fuente de derecho-el marco jurídico de esa nueva discusión, sosteniéndose ahora que a partir del traslado viciado otro es el cauce legal-reparador y por ello se debe plantear en esa nueva discusión pretensiones ajenas a la seguridad social, sí, las propias del instituto legal de la responsabilidad civil, lo que de seguro no está exento de desencuentros doctrinarios y jurisprudenciales, dado que en un todo se desplaza la ecuación protectora nacida con la seguridad social, contingencia-prestación, vale decir, se proclama la autofagia de la seguridad social si los jueces reconocen esa ecuación, y así se salva al sistema de ese oxímoron.

H) Búsqueda de justicia.

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

En este punto importa colocar de presente dos aspectos:

Primero: El camino o medio para buscar el fin o la justicia deben ser correlacionados, dado que, si el camino o medio utilizado para buscarla pierde su norte o tino, no hay justicia que se logre, menos si se desvanece el fin¹⁷, como aquí sucede con la decisión que no define y si posterga la solución, lo que implica, además, para el aquí reclamante los riesgos propios de un nuevo proceso, con lo cual se trae opacidad, es decir, su transparencia no trasega o brilla.

Segundo: No resulta constitucional la desprotección en la que queda la persona de la tercera edad, existiendo, no solo normativa de índole social imperativa que fue encontrada ajustada a la constitución, sino que se tiene al alcance de la mano una condena determinable, de esa índole fue la condena en la sentencia **31839 del año 2008** proferida por esa misma superioridad.

En el fondo, lo que finalmente acontece, con la intención racional de tratar de proteger al sistema pensional -léase régimen de prima media- y con la solución brindada, es privar de seguridad y eficacia a la seguridad social, lo que por sí solo impide el brillo de su garantía constitucional.

Y eso es lo que ocurre, se explicita: Si se acude a la solución del problema por la vía resarcitoria o de la responsabilidad civil por los perjuicios irrogados, los vectores de su reconocimiento son ajenos a la seguridad social, en donde precisamente no hay necesidad de alegarlos ni de acreditarlos, basta establecer las requisitorias de cada prestación para su cabal reconocimiento, de ahí que no resulte jurídicamente aceptable dejar a los pensionados dentro de este proceso en ese estado de inconstitucionalidad, sin garantía, como principio mínimo fundamental, y lo peor, a la vera del camino, y solo acompañado de los avatares que implica un nuevo juicio procesal.

Se considera dada la complejidad del asunto, la que no se niega, que esta problemática no podría solucionarse con la afectación a los mayores adultos, a quienes la seguridad social los tiene como sujetos propios de su protección y amparo, dada su condición muchas veces difícil frente a las circunstancias sociales, de edad y de salud que afronta al momento de definir el otorgamiento de su pensión.

I) Universalidad y función social.

Esfuerzo que se considera complejiza de modo grave toda la realidad pensional, pues el universo del personal del sistema general de pensiones contempla a todos los asociados, y no solo eso, también cumple una función social en la que hay necesidad de tener en cuenta al contingente de futuros y nuevos afiliados, presentes o pasados, a quienes con esa solución para nada se los alienta para su vinculación o permanencia en el sistema, lo que trunca para la sociedad nacional el facilitar la protección ius fundamental de la seguridad social colombiana, obligación Estatal sobre la seguridad social que se sabe no es solo para las economías saludables, por eso se determina constitucionalmente su composición financiera, bajo diversos modelos, pero tiene una sola dirección, coordinación y control por parte del Estado, de ahí la realidad del modelo colombiano cotización -impuestos, como ya es nuestra realidad y con un denodado carácter progresivo, pero aquí se da una progresión inversa para los pensionados, la solución se la encuentra sin oportunidad y a costa del patrimonio del pensionado.

J) Caminos de solución.

Es que la jurisprudencia especializada nacional frente a problemas de esta índole ya ha marcado y seguirá marcando caminos de solución dentro de la propia seguridad social, pero sin desproteger de esa forma a quienes tienen derecho a sus prestaciones, modos de solución que se consideran bien para todos, incluidas las finanzas del sistema pensional.

Entre otras: evitar el enriquecimiento sin justa causa de quienes ya han recibido sus beneficios, impidiendo con ello el doble pago por parte del sistema de un mismo derecho, como, por ejemplo, reconociendo ahora **solo las cifras diferenciales existentes entre lo recibido como beneficios pensionales anteriores y lo restante de su completo reconocimiento**, es decir,

el reclamante recibirá completo su derecho, lo que no implica recibir doblemente un derecho, por lo que por esta vía se reducirá en su contra el retroactivo a que tiene derecho, como si no se hubiese afectado su cuenta individual y esta de manera completa es regresada por la entidad del RAIS, y a esta le es descontado o por acuerdo de cuño judicial, las sumas que no le corresponden.

También es importante destacar de la sentencia del año 2008 que la acción se formuló para el reconocimiento de los perjuicios, pero finalmente se accedió al reconocimiento prestacional de la seguridad social, lo que enseña aplicación del principio pro actione (C-048 DE 2004).

Caminos de solución que reducen de modo significativo la necesidad de buscar reconocimientos ajenos a la seguridad social, también se hizo lo mismo en el caso del no pago del 1.5% de cotización diferencial entre los afiliados al Rais al regresar al RPM o buscando recientemente recomponer el sistema financiero pensional con ocasión de la inexequibilidad del decreto 558 de 2020 por la vía de un acuerdo, o, también para cuando ha procedido la devolución de saldos.

Sin que sea un despropósito que las entidades o la nación misma, busquen el debido reconocimiento de lo que han pagado sin causación lícita, como se entendió, a pesar de que la judicatura no hubiere trasegado por ese algoritmo. SL

Importa significar, la existencia consolidada de esas soluciones jurisprudenciales que no causan en el presente y aleatoriamente a futuro, empobrecimiento de los pensionados por enarbolar su justa causa, como lo es el reclamo de los derechos completos de la seguridad social, ya que con estas soluciones se cubren o superan las disfuncionalidades que son razón de la migración al derecho común, lo que se hace con desprecio de la temática suficiente de la seguridad social.

Superado lo anterior, procede entonces la Sala a dilucidar lo referente al derecho pensional. Para el efecto, se tiene que el actor, conforme el **art. 36 de la ley 100/93** NO es beneficiario del RT pues al **01 de abril de 1994** contaba con **39 años** (pág.01, pdf 04), y **684.¹⁴ semanas** que equivalen a **13,¹⁵ años** (fl.41, pdf 11) por lo que no es destinatario de las normas anteriores a la **ley 100/93**, por consiguiente, debe dársele aplicación a la **ley 100/93 art. 33** con las modificaciones de la **ley 797/03**.

En cuanto a los requisitos de esta norma, el demandante cumplió **62 años de edad en el año 2016** (fl. 01, pdf 04) cuando se exige un total de 1.300 semanas de cotización en toda la vida laboral, las que cumple el demandante, pues luego del conteo realizado por la Corporación se encuentran **1.587,⁵⁷ semanas** en toda la vida laboral, de las cuales se reportan **887.⁷¹** por parte de COLPENSIONES y **691,²⁹ semanas** por parte de AFP de PORVENIR S.A. (pag.44, pdf 11).

Por todo lo anterior, el actor se hace destinatario de la pensión de vejez desde el **29 de noviembre de 2016** en el régimen de prima media y teniendo en cuenta el 22 de mayo de 2017 como lo venía haciendo el fondo del RAIS, prestación que se concede sobre **13 mesadas** al año por causarse con posterioridad al **31 de julio del 2010** conforme el acto legislativo 01/2005.

Para la construcción del IBL se atiende el **art. 21 de la ley 100/93** por lo que se factoriza con los últimos 10 años o con toda la vida laboral por contar más de 1.250 semanas cotizadas. Realizadas las operaciones del caso, el **IBL de toda la vida** es de **\$7.452.992** y de los **10 años es**

de \$11.451.829,²⁸ siendo más favorable el de los 10 años, que aplicada la tasa del **66,48%** se tiene una mesada inicial en el **año 2016** de **\$7.612.832**, pero que al no contar la Sala de decisión con facultades ultra y extra petita se reducirá a la cifra enseñada por el reclamante a la hora de construir el alcance de la condena, esto es, una mesada igual a **\$7.026.027**.

El retroactivo se encuentra parcialmente prescrito por darse la efectividad de la pensión desde **29 de noviembre de 2016**, presentarse la reclamación administrativa el **10 de marzo de 2020** (fl. 35, pdf 03) cuando había pasado el trienio prescriptivo del **art. 151 CPTSS** y radicarse la demanda el **02 de octubre del 2020** (fl. 01, pdf 02); debiendo cancelar el retroactivo del **10 de marzo de 2017 al 03 de noviembre del 2020** por valor de **\$273.186.194** cifra que no es superior a la enseñada en la demanda de \$414.789.822 y sobre la cual debe realizarse los descuentos de salud y cualquiera otra obligación del nuevo pensionado en el RPM.

Importa significar, de otro lado, que la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional corre a partir de la materialización de ese viciado traslado, dejando sin efectos jurídicos a ese acto. También es de acotar, para la sanidad financiera del sistema, como ya se dijo, la realización de los descuentos al pensionado de los valores recibidos a título de mesadas pensionales en el Rais, como respuesta jurídica al no propiciamiento de un enriquecimiento sin justa causa, por lo que procede el descuento al retroactivo pensional de todas esas sumas, así como la devolución completa¹⁸ al RPM de todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación del demandante, (cotizaciones, aportes voluntarios bonos pensionales, con todos los frutos, rendimientos e intereses, como lo dispone el art.1746 del C.C., así como todos los gastos de administración descontados al mismo, el porcentaje destinado al fondo de garantías y primas de seguro junto a los costos administrativos que viabilizaron el costo de su reconocimiento pensional¹⁹, los que se originaron para la administración de los valores pagados en el Rais.

Por lo expuesto 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** 1. **REVOCAR** la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, se **DECLARAN** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. 2. **DECLARAR** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual del señor **JOSE GUSTAVO CASTILLO RIVERA** realizado en el fondo de pensiones **PORVENIR S.A.** y en consecuencia se le ordena a **COLPENSIONES** recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por esa entidad. 3. **CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones **PORVENIR S.A.** a devolver de forma completa al RPM todos y cada uno de los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación del demandante **JOSE GUSTAVO CASTILLO RIVERA**, tales como cotizaciones, aportes voluntarios bonos pensionales, con todos los frutos, rendimientos e intereses, como lo dispone el **artículo 1746 del C.C.**, así como todos los gastos de administración descontados al mismo, el porcentaje destinado al fondo de garantías y primas de seguro junto a los costos administrativos que viabilizaron el costo de su reconocimiento pensional. 4. **ORDENAR** a **COLPENSIONES E.I.C.E.** el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del señor **JOSE GUSTAVO CASTILLO RIVERA**, teniendo como primera mesada pensional reliquidada para del **2016** por valor de **\$7.026.027** Debiendo incluir al actor en la nómina de pensionados, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Así las cosas, el retroactivo pensional de las diferencias entre lo ya cancelado al actor por concepto de mesadas pensionales por la entidad del RAIS y lo adeudado en RPMPD en virtud de la ineficacia declarada, calculados desde el **10 de marzo de 2017 al 03 de noviembre del 2020**, sobre **13 mesadas** al año, asciende a la suma de **\$273.186.194**. 5. Se **AUTORIZA** a **COLPENSIONES** realizar el descuento de las sumas canceladas con ocasión del reconocimiento

pensional al actor, así como los anotados en la parte motiva, correspondientes a la seguridad social en salud, junto a los costos administrativos que viabilizaron el costo de su reconocimiento pensional. ...”

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: 98f63dcb5b072fe275dd94f5e46d78a4c9a7fd3c6ccb5dfa0599d9bc7c477b50

Documento generado en 29/06/2022 04:20:00 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>