

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	HERNÁN ALBERTO GÓMEZ LASSO
DEMANDADO	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
LITISCONSORTE	NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- OFICINA DE BONOS PENSIONALES y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DOCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-012-2020-00375-01
SEGUNDA INSTANCIA	CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia del traslado - No es procedente tratándose de pensionado, dado que es una situación consolidada y consumada.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No.194

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 grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, respecto de la sentencia No. 161 del 20 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Doce 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. 025 del 20 de enero de 2022 (Archivo 04 ED Tribunal), recibándose en la dependencia de la ponente de manera completa 24 de marzo de 2022, procediendo de conformidad a proferir la siguiente providencia

ANTECEDENTES

El señor **HERNÁN ALBERTO GÓMEZ LASSO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad de su traslado del régimen de prima media hacia el régimen de ahorro individual. **2)** En consecuencia, solicitó que se tenga como afiliado válidamente al régimen de prima media y beneficiario de lo establecido en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003. **3)** Así mismo, se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** todos los dineros obrantes en su cuenta de ahorro individual, como bono pensional y rendimientos. **3)** Seguido, peticionó condenar a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 28 de diciembre de 2019, descontando los dineros reconocidos por parte de **PORVENIR S.A.** **4)** También reclamó de esta última el pago de las diferencias generadas entre la mesada otorgada por la AFP y la que liquide conforme los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, a partir del 28 de diciembre de 2019, y hasta que el fondo deje de cancelar la pensión.

Por su parte, **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** formuló demanda de reconvencción en contra del señor **GÓMEZ LASSO**, pretendiendo que: **1)** En virtud de las pretensiones formuladas por el demandante, se ordene la devolución de todos los dineros que hubiere recibido por concepto de mesadas pensionales derivadas del reconocimiento de Las mesadas de la pensión de vejez, debidamente indexadas.

Mediante Auto No. 2874 del 19 de octubre de 2020, el Juzgado de primera instancia ordenó integrar el contradictorio con la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y a **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** (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 y su subsanación visibles a folios 1 a 9 Archivo 04 ED y 3 a 12 Archivo 08 ED, la contestación de **COLPENSIONES** de folios 8 a 18 Archivo 14 ED y f. 2 a 3 Archivo 22 ED, la del **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** obrante a folios 2 a 14 Archivo 17 ED.

A través del Auto No. 1068 del 21 de marzo de 2021 el Juzgado dispuso tener por no contestada la demanda por parte del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y **PORVENIR S.A.**

De igual forma, la demanda de reconvencción radicada por la **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** reposa a folios 15 a 19 Archivo 17 ED, y la contestación del demandante a esta vertida de folios 2 a 3 Archivo 20 ED.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 161 del 20 de mayo de 2021, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, y, en consecuencia, absolvió a las entidades demandadas y vinculadas de las pretensiones incoadas.

Luego de enunciar lo señalado en la Jurisprudencia con respecto a la vinculatoriedad del precedente, el *A quo* inició aclarando que, para analizar el caso del demandante, era necesario acudir a la línea Jurisprudencial atinente a los pensionados que reclaman la ineficacia de su traslado al RAIS, como quiera que dada su especial condición, no podía estudiarse de acuerdo con la postura trazada para los afiliados, sin que pueda considerarse una afectación al derecho a la igualdad, tras anotar que al no estar en similares condiciones no pueden juzgarse con el mismo rasero. En efecto, adujo que su posición inicial frente a la temática era la de la improcedencia de la ineficacia reclamada, precisamente por la existencia de actos jurídicos nuevos como el reconocimiento pensional, emisión de bonos, selección de modalidad, entre otros, que dan cuenta de la decisión de permanencia dentro del régimen de ahorro individual, premisa la cual, señaló, debió cambiar a efectos de generar seguridad jurídica conforme lo señalado por el Tribunal Superior de este Distrito.

No obstante, indicó que, la posición Jurisprudencial actual es la plasmada en la Sentencia SL373-2021, que recogió todo lo dicho anteriormente, en la que hizo énfasis, su ponente fue quien había fijados los parámetros de la ineficacia de traslado en Sentencia SL1688-2019, y al diferenciar en el nuevo pronunciamiento sobre dos (2) estados jurídicos distintos, se convierte en un criterio a seguir de su parte. Así mismo, al hacer el comparativo en contraste con decisiones anteriores a fin de verificar la posibilidad de apartarse de la sentencia descrita, dijo que el demandante en este caso no tenía un derecho adquirido al momento del traslado con miras a aplicar tales pronunciamientos, añadiendo que las decisiones de la Sala de Descongestión Laboral no modifican la posición de la Sala permanente.

En ese sentido, apuntó que el precedente actual es claro en sentar que al estar pensionado hay una condición jurídica que no se puede modificar, ya que esto genera afectación directa al sistema pensional, por cuanto el dinero de las cuentas pensionales no es estrictamente del usuario, sino para financiar una pensión exclusiva, y en el RPMPD, al tratarse de un fondo común, no puede resultar afectado por aquellos afiliados que escogieron adecuadamente o no determinado régimen, cuestión a la que dijo, hace referencia la decisión de la Corte, en la medida en que el sistema de pensiones hay actos que generan obligaciones por parte del Estados y terceros de buena fe como las aseguradoras, los cuales, al hacerlos retornar generan conflicto en todas, pues por ejemplo estos últimos entes, una vez suscrito el contrato y entregados los recursos, proceden a repartir el dinero de manera que puedan financiar las pensiones, es decir, la plata pertenece no al afiliado sino a la entidad de seguros, quien debe responder por las prestaciones que surjan, reiterando que, no es tan simple como trasladarse de un lugar a otro.

Por consiguiente, expuso que no puede desconocerse el criterio de la Sala de Casación Laboral, relativo a que no puede declararse la ineficacia del traslado de un pensionado, el cual lleva a negar las pretensiones de la demanda.

Por último, explicó que pese a la posibilidad de fallar ultra y extrapetita, el artículo 50 CPLSS reza que esto ocurrirá basados en los hechos que se discutan, para señalar que en el caso en concreto nunca se discutió o reclamó el perjuicio, añadiendo que no puede sorprender con una nueva pretensión a las demandadas por el simple hecho de hacerlo en los alegatos de conclusión. Así mismo, señaló que por sustracción de materia no había lugar a estudiar la demanda de reconvención.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Contra la anterior decisión no se interpuso recurso alguno motivo este por el cual se estudia el presente proceso en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor del DEMANDANTE, conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto del 20 de enero de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de la parte DEMANDANTE y COLPENSIONES, POVENIR S.A y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. como se advierte de los archivos 06 a 09 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 **HERNÁN ALBERTO GÓMEZ LASSO** 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 pensionado 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. Seguido, 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 el régimen aplicable.

Así mismo, se analizará la procedencia de lo peticionado a la demanda de reconvencción incoada por **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** en torno a la viabilidad de ordenar a la demandante el reintegro de las mesadas que ha venido percibiendo 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 1982 y 1996, el demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la **AFP PORVENIR S.A.** el 24 de julio de 1996 (Archivo 24 ED y f. 7 Archivo 28 ED).
- (ii) Que mediante comunicación del 15 de julio de 2019 el fondo descrito informó al señor **HERNÁN ALBERTO GÓMEZ LASSO** el reconocimiento de la pensión de vejez, contratándose póliza de seguro de renta vitalicia inmediata con **SEGUROS DE VIDA ALFA** para que asumirá el pago del 100% de la mesada equivalente a la suma de \$1.654.901 desde el 18 de julio de 2019 (f. 49 a 55 Archivo 28 ED).
- (iii) Que el 9 a marzo de 2020 el señor **GÓMEZ LASSO** solicitó a **COLPENSIONES** la nulidad de su traslado al RAIS y el consecuente reconocimiento pensional, petición despachada de manera negativa por la entidad en comunicado del 10 de marzo de esa anualidad (f. 14 a 18 Archivo 03 ED y Archivo 25 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, ha sido reiterada, 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, incluso considerando que, esta circunstancia traería garantía al derecho a la igualdad:

*“(…) Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundando en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. **De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares (...)**”.* (Negrilla y Subraya 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 al señor **HERNÁN ALBERTO GÓMEZ LASSO** le fue aprobado el reconocimiento de la prestación pensional de vejez por parte de **PORVENIR S.A.**, la cual, producto de suscripción de póliza de renta vitalicia procedió a pagarla en su totalidad **SEGUROS DE VIDA ALFA** desde el 18 de julio de 2019 (f. (f. 49 a 55 Archivo 28 ED), prestación que se observa, viene siendo cancelada con normalidad, según lo certifica la propia entidad pagadora (f. 21 Archivo 17 ED), financiada, como acertadamente coligió el Fallador de primer grado, con los recursos de su cuenta de ahorro individual, entre los cuales, de acuerdo con los aportes efectuados al RPMPD (Archivo 24 ED), se cuenta el bono pensional cuya emisión emitido y pagado por el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (f. 17 a 38 Archivo 28 ED), trámite que dependió de la gestión adelantada por la AFP ante la entidad emisora, el cual debió contar 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. 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.

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 consultada. Sin costas en esta instancia por conocerse en el grado jurisdiccional de consulta.

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. 161 del 20 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

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
ac. judicial



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

07



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 los **artículos 13.2 y el 271 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 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 social**³ 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 fundamentales**⁵.

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 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 surgidos con 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 las consecuencias jurídicas pregonadas.

3.- Consecuencias del actuar ilícito.

El Derecho civil como realidad originaria y jurídica de las obligaciones consagra desde siempre para el actuar ilícito del condenado determinadas consecuencias⁶ (ARTS 1740 –1756, TITULO XX C..C.C) circunstancias que, perfiladas bajo la seguridad social permiten destacar: **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 2020⁹

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 indefinida¹⁰ 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 formulario¹¹.

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 seguros¹². Motivación por sí 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.

Destáquese entonces para lo que en adelante ha de precisarse qué media la afectación de los derechos fundamentales al debido proceso y al de la seguridad social en pensiones si no se efectúa el traslado con respeto.

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, lo que sí está probado es que el demandante estuvo en el régimen de prima media al que perteneció desde el **29 de noviembre de 1982 al 28 de julio de 1996** (03anexos pag 3 cuad. juzg), para luego cambiarse al RAIS con la **A.F.P. PORVENIR** en **agosto de 1996** (03anexos pag 4 cuad. juzg), sin que, en ese traslado al RAIS, se acredite por parte del fondo, la debida información previo el traslado del régimen, conclusión a la que también llegó el juzgado, sin que esta situación pueda considerarse saneada por el hecho de contar el actor con el reconocimiento de una pensión de vejez, prestación que precisamente se denuncia por verse afectada en su monto por encontrarse en el RAIS.

Es que, si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de régimen junto con la devolución de los bonos pensionales a pesar de haberse redimidos por el Ministerio de Hacienda a PORVENIR, como también debe procederse con la devolución de los rendimientos financieros y los gastos de administración, que es lo que se considera como impedimento para la mentada declaratoria, tal y como se ha considerado por la jurisprudencia.

SOBRE EL DERECHO PENSIONAL

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 referida desde 1887 si no que se constituye legislativamente para las administradoras en 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, pues ninguno para ese momento era pensionado. 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 48° 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 de 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 el derrotero anterior se considera menester abordar la cuestión litigiosa mirando la problemática a partir de la definición conceptual de la seguridad social, así como de la mano de las expresiones normativas de rango constitucional y legal, 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 capaz y suficiente para desarrollar tal control y dirección, lo que deviene del **Art.48 de la C.N13, el preámbulo de la ley 100 de 199314 y el acto legislativo 01 del año 2005,15**, 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, como lo son los delos pensionados.

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, o lo que es lo mismo, capaz de enervar o dejar sin efectos jurídicos a esa ineficacia declarada, lo que incluye cualquier otro acto posterior a ella, del que no se excluye el ilícito reconocimiento pensional, en otro giro, esa indemnidad pregonada subsiste aún después de conocido que la realización del traslado se hizo sin respeto de los principios que gobiernan la figura, y por eso violenta derechos fundamentales.

Es que conforme al constructo de la nueva sentencia, finalmente esa afectación a los derechos fundamentales del afiliado quedan sin relevancia si son pensionados, pero si se ve que le hace producir efectos en contra del pensionado, a quien le corresponde obtener esos perjuicios en otro proceso, y bajo otra tonalidad discursiva, ahora la de los perjuicios.

Razón por la cual la respuesta ofrecida por la nueva sentencia, no es acogida, pues las consecuencias referidas en ese cambio de jurisprudencia, por un lado, no alcanzan a minimizar la violación de los derechos fundamentales señalados, de otro, no están probadas en el plenario, por lo que esa realidad teórica debe estar llena de materialidad para ver de qué modo se soslaya esa inconstitucionalidad, y solo así, poderla ubicar en los límites que tiene el legislador dentro de su libertad configurativa, esto es, entender las disfuncionalidades que trae para el sistema, las personas, entidades, actos y relaciones jurídicas, que se repite, no están acreditadas de parte de los interesados.

Fíjese, que quien asume el perjuicio con este acto, no es solo el pensionado, pues conforme al entendido de la nueva sentencia los sufren también las entidades y la Nación, pero se sigue que solo al pensionado es a quien le alumbran los caminos sinuosos de un nuevo proceso, con discurso sustancial y probatorio diferente, los otros afectados y la sociedad quedan sin novedad, 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 podría dar en otras esferas, entre ellas, la producida por el sonido de estampida que ocasionaría en la no afiliación de nuevos afiliados recuérdese, la repercusión

ocasionada con el no pago completo de los derechos de la seguridad social por esta vía, es decir, se debe registrar la migración de los afiliados.

Téngase entonces en cuenta 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 estos, 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,¹⁶ pero siempre fundado en la dignidad humana (antropocéntrica), y, en la prevalencia del interés general.

Siendo de destacar no hacer esa inflexión ecuación con la posibilidad de perjudicar a uno de los varios afectados, se repite, los pensionados, realidad que sin duda a partir del acto legislativo 03 del año 2011 va de la mano del parágrafo del art.334 17 de la C.N. referente a la economía nacional, y, la no afectación de los derechos fundamentales, como lo es la seguridad social, la que se afecta por todo lo atrás visto, pero, además, ahora se la hace ver estructuralmente insuficiente, cuando su razón de ser es todo lo contrario, el legislador la diseñó conforme a la OIT, para dar vida al brocardo, a más seguridad social más bienestar común.

C) Expresión legislativa coherente.

Se considera que en este trasegar jurídico 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, con las cuales, se repite, hay solución.

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.**).

Se tiene así, mediación de afectación a derechos fundamentales, y ahora, desmejora de derechos sociales.

Mírese cómo para salir adelante, se acude exclusivamente a la visión reparadora superada por la seguridad social, pues reluce la que originariamente ha sido establecida para los derechos civiles decimonónicos, lo que se hace por la vía del derecho civil, los que por supuesto brillan y tienen su valía, pero es de preguntarse, si es lo indicado cuando ya se tiene a disposición un trabajo normativo internacional protector y específico, patrio y suficiente para en su especialidad afrontar un embate de esos, y por sobre todo resistir la discusión referente

al desplazamiento de 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, es decir, también para la nulidad o eficacia del traslado, pero solo lo reguló para la regular movilidad pensional, sin que sea viable llegar a esa restricción, por la vía de la analogía en caso de reatricción de derechos sociales.

D) Desconocimiento y discriminación.

De ahí que, con apego a la definición de la seguridad social, se considera que el excluir al personal jubilado del camino protector brindado por esa disciplina, es todo un **acto de discriminación** dentro de la seguridad social.

Situación que se patentiza al advertirse no existir 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 la existencia de 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 evento, se considera generarse trato discriminatorio al 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, es decir, descartando el esfuerzo social trasegado por la seguridad social para hablar de cobertura de riesgos y no de perjuicios, lo que hace perder el norte del avance de la legislación.

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 adoptar una 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, lo que sucede, por no tener en cuenta que esta acción se formuló conforme la línea jurisprudencial señalada por la misma Corporación.

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 labro el legislador 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 considera, mirando la nueva sentencia, obedece al entendido anterior de la judicatura, cuando hacía lo que le era propio, **reconocer completos los derechos pensionales** por vía de las prestaciones establecidas con ese fin, pero en esta nueva sentencia no se observa que con ella 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 refrentes 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 ahora se prioriza en esta providencia por cuanto con la directriz jurisprudencial nueva, se le crea al pensionado una nueva situación dialógica bastante distante de lo que en la realidad se le informa, y se le había informado, todo lo cual deja sin respiro la confianza legítima, trasunto sinuoso por cuanto fue precisamente esta circunstancia la que originó el desfase que nos ocupa, se le cambiaron todas las informaciones precisadas, 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.

Es por ello el no acompañamiento al 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 al violentado 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 ser otro 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 fin¹⁸, como aquí sucede con la decisión que no define pero 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 trasiega ni 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 hoy 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, que no implica recibirlo doblemente, por lo que por esta vía solo 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.

Fíjese, que, para el caso presente, la oficina de instancia ordena a la entidad del Rais reconocer las cifras pensionales diferenciales, lo que tiene asidero en su culpa a la hora de la generación del traslado ineficaz, y el obrar de buena fe por parte de Colpensiones, lo que en principio le exoneraría parcialmente de sus obligaciones de la seguridad social, sin embargo, ordenar que sea ella la llamada a cancelar esas sumas diferenciales no conmociona al sistema, es lo que por esencia le corresponde, sin que se haya probado en juicio, de su parte, que hacerlo no es de su competencia, lo anterior, sin perjuicio de las acciones que en adelante se lleguen a promover dada la conmoción entre ellas por estas consecuencias.

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.

Importa significar, la existencia consolidada de esas soluciones jurisprudenciales que no causan en el presente y aleatoriamente a futuro, empobrecimiento de los pensionados por el hecho de 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 la razón de la migración al derecho común, pero, se indica nuevamente, se hace con desprecio de la temática suficiente de la seguridad social.

Al respecto la Corte Suprema de Casación Laboral en Sentencia SL 226 del 03 de febrero de 2021, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, preciso que:

“En aras de la salvaguarda del principio de sostenibilidad financiera ante la solicitud y surgimiento del derecho pensional en cabeza de nuevos beneficiarios, y evitar un pago doble o sin causa alguna, el legislador permite a la entidad que reconoce la prestación compensar las sumas de dinero con las mesadas que a futuro reciban quienes fueron aceptados como iniciales beneficiarios o interponer las acciones de recuperación de los rubros pagados sin

justificación a estos, todo ello al margen de su buena fe o creencia de actuar en derecho al tiempo de reclamarlo” ...

Negrilla fuera del texto

Al tenor de la citada jurisprudencia es válido indicar que al ordenar el retorno de los TODOS dineros que reposan en la cuenta del ahorro individual del actor, la administradora del RPMPD deberá asumir la prestación del nuevo pensionado de dicho régimen, razón por la cual se considera como obligación devolver de manera completa tales conceptos, siendo de resorte de COLPENSIONES el pago de las diferencias hasta la ejecutoria de la sentencia y de la mesada calculada de manera completa con posterioridad a la misma.

En igual sentido, es dable ordenarse la devolución de los rubros entregados a la parte actora como libre disposición, lo que fuere significado por el despacho, no obstante, al ordenarse la devolución de todos los dineros del RAIS al RPMPD administrado por COLPENSIONES, quien finalmente tiene la obligación pensional del reclamante, por lo que es a este último régimen pensional a quien debe realizarse tal devolución.

CASO CONCRETO

Frente al reconocimiento pensional ya en el régimen de prima media, el demandante nació el **28 de diciembre de 1956** (03anexos pag 1 cuad. juzg), migró al régimen de ahorro individual y solidaridad en **agosto de 1996** a través de **Porvenir**, fecha para la cual tenía **39 años** de edad y **655** semanas cotizadas entre el **29 de noviembre de 1982 al 28 de julio de 1996** (03anexos pag 3 cuad. juzg), de esas semanas **537**,⁴² corresponden a cotizaciones realizadas al **01/04/1994**, vigencia del sistema pensional de la **Ley 100 de 1993**, esto es, no cuenta con tiempo de servicios ni con 40 años de edad, lo que no le hace ser beneficiario del régimen de transición, por lo que la pensión de vejez la adquiere con fundamento en la **ley 797/2003**.

Arribó a los **62 años** de edad el **28 de diciembre de 2018**, cuando tenía más de mil trescientas semanas, **1.446 semanas** cotizadas en toda la vida laboral hasta **agosto de 2018** (03anexos pag 3 y 7 cuad. juzg), lo que traduce la procedencia del derecho pensional reclamado conforme los lineamientos de la **ley 797 de 2003**, sobre **13 mesadas** al año operando el retroactivo desde el **29 de diciembre de 2018** con su última cotización cuando ya se tenían los requisitos pensionales.

Respecto a la liquidación del derecho, su IBL se liquidará con el **art. 21 de la ley 100 de 1993**, es decir con el promedio de los 10 años y el de toda la vida por tener más de 1.250 semanas y con las cotizaciones realizadas hasta la fecha en que se disfruta el derecho pensional.

El retroactivo no se encuentra afecto del término prescriptivo del **art. 151 del CPTSS** por causarse el derecho desde **diciembre de 2018** y radicarse la demanda el **14 de septiembre de 2020** (05acta reparto, cuad. juzg).

Sobre la petición de intereses moratorios, para la Corporación no hay duda de su procedencia al darse el impago de las mesadas adeudadas, sin embargo, como quiera que la pensión de vejez se causó en el **año 2018**, fecha para la cual el actor se encontraba en el fondo **PORVENIR**, fecha en la que no se encuentra responsabilidad alguna a cargo de COLPENSIONES sobre el derecho pensional ahora reconocido, estos operan sobre las mesadas adeudadas y se liquidan desde la ejecutoria de la sentencia hasta la fecha del pago.

Por lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Cali, administrando justicia por autoridad de la ley y en nombre de la República de Colombia, **RESUELVE**: 1. **REVOCAR** la Sentencia apelada y en consecuencia se declaran no probadas las excepciones propuestas, conforme se dijo en la parte considerativa de esta

providencia. 2. **DECLARAR** la nulidad del traslado del Régimen Pensional de Prima Media del señor **HERNAN ALBERTO GOMEZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en consecuencia tener al demandante válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. 3. **CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones **PORVENIR S.A.** a devolver al RPM todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas o cotizaciones, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración. 4. **CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones **COLPENSIONES** a recibir al señor **HERNAN ALBERTO GOMEZ** al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y reconocerle la pensión de vejez a partir del **29 de diciembre de 2018** expuestas en esta providencia sobre 13 mesadas. Siendo el IBL con el **art. 21 de la ley 100 de 1993**, es decir con el promedio de los 10 años o con el de toda la vida por tener más de 1.250 semanas si es más favorable, por las razones expuestas en esta providencia. 5. **CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones **COLPENSIONES** a liquidar y pagar al demandante los intereses del art. 141 de la ley 100/93 que operan sobre las mesadas adeudadas y se liquidan desde la ejecutoria de la sentencia hasta la fecha del pago. 6. **CONFIRMAR** la absolución en todo lo demás. ...”

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: **b910eb14ecea140fe37de316838ac2d21f111fcd09c79c9bb405a249ac6989a**

Documento generado en 29/06/2022 04:20:02 PM

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

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