

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	JORGE ENRIQUE CASTILLO
DEMANDADO	COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
LITISCONSORTE	NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- OFICINA DE BONOS PENSIONALES
PROCEDENCIA	JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-009-2018-00578-01
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. 270

(Aprobada por Acta No. 012 de 2022)

Santiago de Cali, nueve (9) de agosto de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el decreto 806 del 4 de junio de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta No. 012 de 2022, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación propuesto por el apoderado judicial de la PARTE DEMANDANTE, respecto de la sentencia No. 360 del 28 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Noveno 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. 218 del 05 de abril de 2022 (Archivo 07 ED Tribunal), recibándose en la dependencia de la ponente de manera completa 14 de junio de 2022, procediendo de conformidad a proferir la siguiente providencia

ANTECEDENTES

El señor **JORGE ENRIQUE CASTILLO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **COLFONDOS 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 para todos los efectos legales se tenga como afiliado válidamente al régimen de prima media. **3)** Así mismo, pidió que se ordene a **COLFONDOS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** todos los dineros obrantes en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bono pensional, rendimientos y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. **4)** Que, en virtud de lo anterior, se condene a **COLPENSIONES** a recibirlas cotizaciones y además a reconocer que es beneficiario del régimen de transición instituido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. **5)** Seguidamente, peticionó condenar a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 8 de noviembre de 2013, **6)** Por último, deprecó el pago de los intereses moratorios reglamentados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** formuló demanda de reconvención en contra del señor **JORGE ENRIQUE CASTILLO**, pretendiendo que: **1)** Se declare que no es procedente la nulidad del traslado pretendida por el demandante. **2)** Que de ser viable la declaratoria de nulidad, se le ordene al actor reintegrar a **COLFONDOS** los dineros recibidos por concepto de mesadas pensionales, debidamente indexados.

Mediante Auto No. 1581 del 19 de marzo de 2019, el Juzgado de primera instancia ordenó integrar el contradictorio con la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**. (f. 1 y 2 Archivo 04 ED).

A través del Auto No. 4492 del 16 de agosto de 2019 el Juzgado dispuso tener por no contestada la demanda por parte del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (f. 55 a 56 Archivo 04 ED); no obstante, por Auto No. 019 del 21 de agosto de 2019, el *A quo* revocó la decisión para considerar la contestación de la demanda por parte de la **NACIÓN-MINIHACIENDA-** (f. 71 a 73 Archivo 04 ED).

COLFONDOS S.A. el 8 de marzo de 2019 radicó demanda de reconvención contra el señor **JORGE ENRIQUE CASTILLO** (f. 97 a 100 Archivo 03 ED). Por Auto No. 4776 del 28 de agosto de 2019, se admitió la demanda impetrada por la AFP encartada (f. 80 a 86 Archivo 04 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 5 a 41 Archivo 01 ED y 47 a 49 Archivo 02 ED, así como las contestaciones vertidas a folios 76 a 81 Archivo 02 ED (Colpensiones); obrante a folios 23 a 58 Archivo 03 ED (Colfondos) y a folios 10 a 30 Archivo 04 (Minhacienda).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia N° 360 del 28 de agosto de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, y, en consecuencia, absolvió al extremo pasivo de la litis de las pretensiones incoadas.

A la par, condenó en costas a la parte vencida en juicio, incluyendo como agencias en derecho la suma \$150.000.

Como fundamento de la decisión, la Juzgadora de primera instancia precisó que, el material probatorio adosado al plenario no logró demostrar que, en efecto, la AFP accionada cumplió con su deber de información; sin embargo, el negocio jurídico se convalidó con la solicitud pensional presentada por el actor, habida cuenta que con ella expresó de manera libre, voluntaria y sin presiones su deseo de pertenecer al RAIS.

Seguidamente, expuso que, en virtud del artículo 107 de la Ley 100 de 1993, no es factible realizar cambio de administradora de pensiones, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado, por cuanto los efectos jurídicos entre un afiliado y un pensionado son diferentes, al punto que admitir el traslado de un pensionado pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **PARTE DEMANDANTE** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación arguyendo que, la decisión adoptada en primera instancia afecta el mínimo vital de su patrocinado, teniendo en cuenta que la omisión de Colfondos en el acto de vinculación provocó que el señor **JORGE ENRIQUE CASTILLO** se pensionara, en virtud de

la garantía de pensión mínima, cosa que no hubiese sucedido en el RPMPD, toda vez que allí su mesada pensional sería superior a la reconocida por la AFP.

Destacó que si la AFP accionada hubiese cumplido con su deber de informarle al señor Castillo acerca del monto de la mesada en los dos regímenes pensionales, lo más seguro es que este no hubiera realizado el traslado; también advirtió que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha establecido que el único requisito para que proceda la ineficacia del traslado, es que se demuestre que la AFP incumplió con su deber de información, y de acuerdo a las pruebas obrantes al infolio queda claro que Colfondos no asesoró en debida forma al posible afiliado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto No. 933 del 17 de noviembre de 2021 se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de **COLPENSIONES** y el **MINISTERIO DE HACIENDA**, que pueden ser consultados en los archivos 05 y 06 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 **JORGE ENRIQUE CASTILLO** por la omisión en que se dice, incurrió **COLFONDOS 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 condición de pensionado en el RAIS.

De ser así, se establecerá si procede ordenar a **COLFONDOS 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 el régimen aplicable.

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 1977 al 1998 (f. 84 a 89 Archivo 02 ED), el demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la **AFP COLFONDOS S.A.** el 18 de agosto de 1998 (Archivo 100 01 ED y f. 59 Archivo 03 ED).
- (ii) Que mediante comunicación del 04 de mayo de 2017 el fondo descrito informó al señor **JORGE ENRIQUE CASTILLO** el reconocimiento de la pensión de vejez con garantía de pensión mínima (f. 61 a 63 Archivo 03 ED).
- (iii) Que el demandante el 30 de noviembre de 2017 petitionó a la AFP accionada para que declarara nula la afiliación por él efectuada del RPMPD al RAIS; sin embargo, Colfondos denegó la petición, tras argumentar que al ostentar la calidad de pensionado no procede ningún tipo de traslado (84 a 93 y 97 a 99 Archivo 01 ED)
- (iv) Que el 25 de julio de 2018 el señor **CASTILLO** 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 de esa misma data (f. 101 a 107 Archivo 01 ED).

DE LA INEFICACIA DE TRASLADO DEL PENSIONADO

Para resolver el problema jurídico planteado, lo primero a señalar por la Sala es que, si bien el criterio que traía la Corte Suprema de Justicia en punto al tema, a saber, la invalidación del traslado de un régimen pensional a otro cuando quien demanda es un pensionado, **era en el sentido en que ello era viable**, como lo venía sosteniendo desde la sentencia proferida dentro del Rad. 31989 del 9 de septiembre de 2008, recientemente la Alta Corporación abandonó dicha postura, a través de la Sentencia **SL373-2021 del 10 de febrero 2021**.

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

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

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

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

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

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

Por lo tanto, no se trata solo de 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 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 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 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 del 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 tienen 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 evidente que al señor **JORGE ENRIQUE CASTILLO** le fue aprobado el reconocimiento de la prestación pensional de vejez por parte de **COLFONDOS S.A.**, prestación otorgada en virtud de la garantía de pensión mínima y que prestación viene siendo cancelada desde mayo de 2017 con los recursos de su cuenta de ahorro individual, así como con el respectivo bono pensional por los aportes efectuados al RPMPD (Archivo 84 a 89 ED), cuya emisión y pago por el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (f. 76 a 81 Archivo 03 ED), dependió de la gestión adelantada por la AFP ante la entidad emisora, contando con la respectiva aprobación por parte del demandante de la liquidación provisional efectuada por la OBP.

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 apelada. Costas en esta instancia a cargo de la PARTE DEMANDANTE, por cuanto le resultado desfavorable el recurso de apelación.

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 la sentencia No. 360 del 28 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la PARTE DEMANDANTE, se incluye como agencias en derecho la suma de \$100.000

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

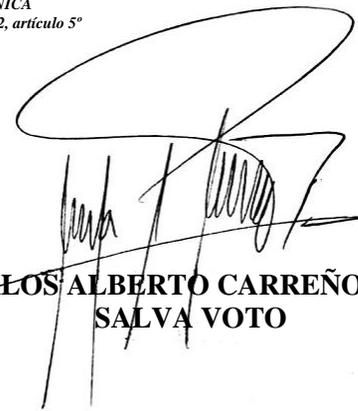
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRÓNICA
Ley 527 de 1999, artículo 7°. Decreto 2364 de 2012, artículo 5°

Firma digitalizada para
el sistema judicial



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA 1ª DE DECISIÓN LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado Respeto presento como motivos de mi disentimiento, el proyecto que fue presentado a la Sala y derrotada la ponencia:

*“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 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 inicialmente si militan en las actuaciones aquellas conductas o actos permisivos para declarar la ineficacia del traslado, lo obliga ser base de la decisión absolutoria en primer lugar, lo viciado del traslado para pasar después a indicar consentir con la debida información al aceptar que el fondo le administre su cuenta y además, solicitar la nulidad estando pensionado.

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 del derecho 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 manifestarse 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 de 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 **iii)** evitar pago doble al afiliado de una misma prestación (sentencias) **iv)** la devolución del capital de la cuenta individual del Rais de las cotizaciones efectuadas sin descontar los valores de las mesadas ya pagadas debidamente indexados⁸.

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 traslado.

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 la que está sometido el juez de la seguridad social, que, entre otros eventos, como se reconoce en la doctrina y la jurisprudencia 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 ocurra el hecho de 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 dentro del campo probatorio 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 seguros. 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.

6. Obligación De La Debida Información Para El Traslado De Régimen.

Cabe anotar de modo especial, que la obligación de informar debidamente al afiliado no nace solo con las normativas reglamentarias alegadas, pues dicha obligación impera con base no solo en la principialística sino 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.

7. 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**).

8. 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 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**.

CASO CONCRETO

En caso bajo estudio, lo que sí está probado es que la demandante estuvo en el régimen de prima media al que perteneció desde el **09 de septiembre de 1977 al 31 de diciembre de 1994** (fl. 41), para luego cambiarse al RAIS con la **A.F.P. COLFONDOS** en **agosto de 1998** (fl. 64), 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 COLFONDOS, 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 considera por la jurisprudencia.

SOBRE EL DERECHO PENSIONAL

Con lo anotado en precedencia, se considera adecuado pasar al estudio del derecho pensional, 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, que en últimas, es lo denunciado en la demanda al proyectar menor valor a lo que le corresponde si la nulidad no hiciese presente, lo que es central y además, contrario a la coherencia pensional, postura planteada en la nueva tesis de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, (sentencia **SL373 DE 2021**) **de la que nos apartamos**, la que se 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..

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.N, el preámbulo de la ley 100 de 1993¹¹ y el acto legislativo 01 del año 2005¹²**, 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 la solución del caso 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, se le rotula como situación consolidada, capaz por si sola de enervar, lo que acontece en todo acto viciado de esa forma, lo que les es connatural, es decir, la indemnidad dentro de la seguridad social pero, no frente a la legislación civil, que es lo que ocurre al no permitir que la seguridad social le haga frente a esa ilicitud, sabiéndose que eso es lo adecuado dentro de la seguridad social pero a pesar de ello en acto de reparación con tropiezos, construyendo un camino de solución ajeno y no señalado por la jurisprudencia, se considera si desandar los caminos suficientes visualizados que no desfinancian el sistema si se da rienda suelta a parámetros de reparación.

Es que conforme al constructo de la nueva sentencia, aparece un blindaje a favor del sistema del RPM para no reconocer lo que por ley le corresponde a los nuevos pensionados, conducta contraria a la vocación de ese régimen y de cualquier otro, no desfinanciarse si paga sus obligaciones a todos sus afiliados, incluidos aquellos que lo son por virtud de la ley de la seguridad social .

Pero a pesar de ello, finalmente se termina produciendo otros efectos, pero en contra del pensionado, ya que no es nada favorable accionar de nuevo en contra de la entidad aquí comprometida, y no solo eso, sino que con ello se buscaría el reconocimiento de unos derechos no enlistados en la seguridad social, que de verdad, no se niegan, pero si se cuestiona su operación, cuando se abandona el reconocimiento los derechos de la seguridad social.

Fijese que quien asume el perjuicio, con este acto, no es solo el pensionado, pues conforme al entendido de la nueva sentencia, también los sufren las entidades y la Nación, pero al pensionado es a quien se le alumbran los caminos sinuosos de un nuevo proceso y con un 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, que por el sonido de estampida que produce la decisión, podrían repercutir en la no afiliación de los asociados, recuérdese, lo que impacta que ocurra o se dé el no pago completo de los derechos de la seguridad social por esta vía, así como la posible migración de los afiliados.

Es que la ilicitud para el caso de los que ya están pensionados es solo una prolongación material del mismo desaguisado sustancial, por lo que se hace sin recibo relativizar esas consecuencias solo para los pensionados, generándoles además, más perjuicios.

B. Garantía A La Seguridad Social-

Para fortalecer el no acompañamiento, es preciso 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, ¹³ pero siempre fundado en la dignidad humana(antropocéntrica), y, en la prevalencia del interés general, que por cierto, lo anterior no hace ecuación la afectación o perjuicio a uno de los varios afectados.

Es consustancial a esta preocupación, la sostenibilidad del sistema pensional, pero no por el acto legislativo, que a diferencia legislación precedente, opera no solo frente a las leyes posteriores al acto, sino que en antes corresponde a una medida adoptada desde las leyes nacionales, **decreto 3041 de 1966**, realidad que sin duda va de la mano del parágrafo del **art.334¹⁴** de la C.N. referente a la economía nacional y la no afectación de los derechos fundamentales, que, sí lo es la seguridad social, la que se afecta haciéndola ver estructuralmente insuficiente y sin poder alguno de garantizarla.

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 271de 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 uno solo de los perjudicados, pero no por los causes establecidos sino por el sendero originario establecido para los derechos civiles decimonónicos, olvidando que también se tiene a disposición un trabajo normativo internacional, protector, para en la especialidad afrontar un embate de estos, Es que, además, no es de poca discusión sustancial, el definir 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, es que la jurisprudencia especializada, por ejemplo, respecto del **ART.216** del C, S, T. ha marcado derroteros diferenciadores frente al derecho positivo.

De otro lado, para ver la consistencia del camino reparador de la seguridad social, no se hace de desinterés, las líneas referidas en el **Art.107** del estatuto pensional, en donde el legislador no dispuso, pudiéndolo hacer, que la prohibición ahí establecida procedía para todo evento, pues solo lo regulo para

la movilidad pensional, sin que sea viable aplicar para el suceso en estudio la analogía restrictiva, su inoperancia brilla más 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 notorio la discriminación a los pensionados, pues a los afiliados si se les aplican 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 de 2021**.

Lo que tiene lugar entonces frente a los pensionados es igual a la involución de la seguridad social, con lo cual se viene a entender dislocadamente lo normado por la legislación civil, única manera para entender como no adecuado lo propio de la seguridad social, blandiendo para ello la existencia en el régimen común, de un 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 que en el mundo de las responsabilidades jurídicas, si lo que el Estado no previó u omitió y además, si lo que dispuso no resulta aplicable al caso, claramente surge una premisa por considerar, no es culpa del pensionado tal obrar o resultado, y por lo mismo complejo se hace hacer recaer en él esas consecuencias, reclamándole el hecho de 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 para 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 anotar también la puesta en cuestión, de la necesidad de ir a otros estatutos jurídicos para determinar las consecuencias producidas o por producir, por la infracción de las normas de la seguridad social, y de tal manera hacer visible la necesidad inaplazable, de entender que es o fue lo que hizo 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 con este 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 había informado, trasunto sinuoso por cuanto fue precisamente por una desinformación que se vino a originar el desfase que nos ocupa, pero ahora se pregona y se observa materializar lo cuestionado en esta sentencia, teniendo el reclamante años después, teniendo a la mano una pacífica jurisprudencia, que buscar una fórmula de recomposición de sus derechos sociales con información diferente a la propia de la seguridad social.

Es por ello también que no se acompaña el nuevo entendido jurisprudencial, del que vale acotar, no plantea derrumbe de los sucesos base de la ineficacia del traslado, se deja intacta esa realidad nociva, pero luego se pasa a ocuparse, 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 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 fin¹⁵, 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 a su favor, 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 pensional, aunque se reduzca en su contra el retroactivo a que tiene derecho, por lo que recibirá solo las diferencias pensionales existentes.

En el mismo sentido se ha ordenado devolver al RPM todas las cotizaciones efectuadas al RAIS sin descontar las sumas pagadas, cifra que debe ser indexada, tal cual lo ha indicado la jurisprudencia para el caso de los gastos de administración.

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 inexistencia 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 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.

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”...

CASO CONCRETO

Frente al reconocimiento pensional ya en el régimen de prima media, el demandante nació el **08 de noviembre de 1953** (fl. 22), migró al régimen de ahorro individual y solidaridad el día **19 de agosto de 1998** a través de **Colfondos S.A.** (fl. 64), fecha para la cual tenía **44 años** de edad y **579,¹⁴** semanas cotizadas entre el **09 de septiembre de 1977 al 31 de diciembre de 1994** (fl. 41), de esas semanas **540,⁵⁷** 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 pero si tenía a esa misma data 40 años de edad, lo que le hace ser beneficiario del régimen de transición.

Arribó a los **60 años** de edad el **08 de noviembre de 2013**, cuando tenía **1.321,⁴⁵** semanas cotizadas en toda la vida laboral (fl. 26, 27, 28, 29 y 41), superando incluso las del AL 01 del 2005, pues para esa data (31/julio/2005) tenía **896,⁶⁴** semanas, lo que traduce la procedencia del derecho pensional reclamado conforme los lineamientos del **Decreto 758/90**, sobre **13 mesadas** al año operando el retroactivo el cumplimiento de la edad cuando ya se tenían los requisitos pensionales.

Respecto a la liquidación del derecho, como quiera que al demandante para el **01/abril/94** le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho pensional, 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.

Realizadas las operaciones del caso, el IBL de toda la vida es por valor de **\$921.088** y el de los **10 años por \$1.223.767**, siendo más favorable el de los diez años, que con una **tasa del 90%** da una mesada inicial de **\$1.101.390**, suma superior a la mesada concedida en el RAIS de pensión mínima, cancelada a partir del mes de **mayo de 2017 \$737.717** (fl. 164 vlt), por lo que se condenará a COLPENSIONES solo a cancelar la diferencia del mayor valor entre dichas mesadas.

El retroactivo se encuentra afecto del término prescriptivo del **art. 151 del CPTSS** por causarse el derecho desde **noviembre del año 2013** y radicarse la solicitud de traslado con la respectiva petición de vejez el **29 de noviembre del 2017** (fl. 45), cuando ha pasado el trienio de que habla la norma, radicándose la demanda el **19 de octubre del 2018** (fl. 92). Siendo el retroactivo de las mesadas causadas del **29 de octubre del 2014 al 30 de abril de 2017** y del mayor valor entre las mesadas pagadas por el RAIS y las concedida en la presente sentencia del **01 de mayo de 2017 al 30 de septiembre de 2021** por la suma de **\$70.706.624**, cifra de la cual deben realizarse los descuentos en salud.

Sobre la petición de intereses moratorios, para la Corporación no hay duda de su procedencia de darse el impago de las mesadas adeudadas, sin embargo, como quiera que la pensión de vejez se causó en el **año 2013**, fecha para la cual el actor se encontraba en el fondo **COLFONDOS**, 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.

Finalmente frente a la demanda reconversión COLFONDOS en la que se pide que de darse la nulidad se ordene al dte devolver los dineros cancelados por concepto de mesadas pensionales, es de manifestar que la nulidad de traslado declarada, conlleva la asunción de las desmejoras y deterioro causado como resultado de ese actuar indebido del fondo, tal y como lo ha considerado la jurisprudencia especializada

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia **Rad. 31989 del 09 de septiembre de 2008** ¹⁶, por lo que no hay lugar a dar prosperidad a la demanda de reconvención presentada.

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,

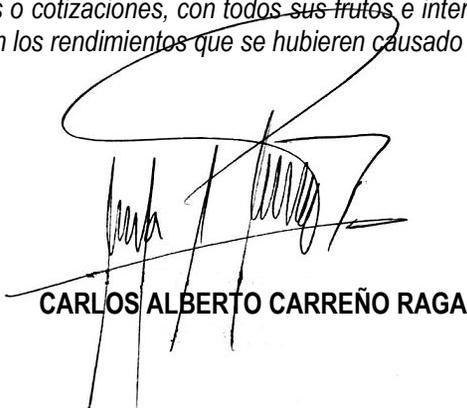
RESUELVE:

1. **REVOCAR** la Sentencia apelada y en consecuencia se declaran no probadas las excepciones propuestas, excepto la de prescripción que se declara parcialmente probada sobre las mesadas causas con anterioridad al 29 de octubre del 2014, conforme se dijo en la parte considerativa de esta providencia.

2. **DECLARAR** la nulidad del traslado del Régimen Pensional de Prima Media del señor **JORGE ENRIQUE CASTILLO** 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 **COLFONDOS 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. “

El Magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firmado Por:

Maria Nancy García García

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: **90e02b24fdb494d5783c5f8b8ced072ae1e728dc133dc0051edf3f2a2b10c65e**

Documento generado en 08/08/2022 06:45:26 PM

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

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