



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
MAGISTRADA PONENTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **EDGAR SAMUEL ALINA MORALES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Proceso al que fueron vinculados en calidad de litisconsorte por pasiva a **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.**

EXP. 76001-31-05-017-2019-00521-01

Santiago de Cali, treinta (30) de enero de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Primera de Decisión Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados **FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**, **CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA** y **YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**, como Magistrada Ponente, atendiendo lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por Porvenir, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, respecto de la sentencia del 09 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado

Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n°. 028

I. ANTECEDENTES

Pidió el demandante, que se declare la ineficacia del traslado realizado por él desde el RPMD al RAIS, administrado por Porvenir S.A. en el año 1997, y en consecuencia se le ordena a la AFP demandada, retornar la totalidad de los aportes recibidos con ocasión del traslado, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensiones.

Igualmente, pretende que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez consagrada en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, en aplicación del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en sustitución a la pensión de invalidez reconocida por Porvenir S.A.

De otro lado, peticionó el pago de los intereses moratorios, o subsidiariamente la indexación de las sumas reconocidas.

Cimentó sus pretensiones, en que el 28 de noviembre de 1997, sin tener una información clara frente a las consecuencias que el traslado de régimen acarrearía para su futuro pensional, suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A., fondo de pensiones que el 18 de septiembre de 2022, le reconoció pensión de invalidez, en cuantía de \$1.918.057.

Narró que, en el año 2019, presentó solicitud de traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a su vez

el reconocimiento de la pensión de vejez, petición que fue resuelta de manera desfavorable por Colpensiones. *(f. 45 a 51 Archivo 01 ED)*.

Por auto n°. 3235 del 13 de septiembre de 2022, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, vinculó en calidad de litisconsorte por pasiva al Ministerio de Hacienda y Crédito Público *(f.53 a 55 Archivo 01 ED)*.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, al argüir que no hay lugar a declarar la ineficacia de traslado en favor del demandante, y en ese orden de ideas tampoco es procedente el reconocimiento de pensión de vejez, todo eso en aras de proteger la sostenibilidad financiera del sistema. *(f. 73 a 78 Archivo 01 ED)*.

PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones, tras alegar que el demandante no allegó pruebas que sustenten sus dichos, además de no es procedente la declaratoria de ineficacia, en tanto se encuentra pensionado por invalidez por parte de ese fondo de pensiones *(f. 118 a 137 Archivo 01 ED)*.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, informó que el «supuesto» engaño que alega la parte demandante debe denunciarse ante la jurisdicción penal, por cuanto no basta con la sola manifestación, sino que dicho engaño debe ser probado en el juicio.

Por otro lado, precisó que dada la condición de pensionado del demandante, no es admisible ordenar la ineficacia del traslado, además su bono pensional fue redimido de manera anticipada el 25

de febrero de 2002, fecha de estructuración de la invalidez. (f. 2 a 31 Archivo 17 y 20 ED).

Porvenir S.A. petitionó al Juzgado Diecisiete para que ordenara acumular al presente proceso el expediente con radicación 76001-31-05-008-2020-00055-00, tramitado en el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, por existir conexidad de pretensiones (f. 182 a 192 Archivo 01 ED).

En respuesta a la solicitud anterior, el *a quo* por auto interlocutorio n°. 1034 del 29 de abril de 2021, ordenó acumular el proceso tramitado en el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, al proceso adelantado ese Despacho. (Archivo 12 ED).

DEMANDA DE RECONVENCIÓN solicitó Porvenir, que se declarase la ineficacia del traslado solicitada por el demandante se le ordene devolver los valores pagados a título de mesadas pensionales desde el momento de la acusación del derecho hasta su retorno al RPMD. (f. 155 a 173 Archivo 02 ED).

CONTESTACIÓN EDGAR MOLINA MORALES se opuso a las pretensiones, tras alegar que estas pretensiones debieron ser solicitadas al contestar la demanda, por lo que debe entenderse que el término para realizar esta petición ya precluyó. (Archivo 10 ED)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia n°. 227 del 9 de diciembre de 2021, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al mismo tiempo, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación

propuesta por Porvenir y Colpensiones, respecto de la declaratoria de ineficacia, y parcialmente probada la excepción de prescripción.

Acto seguido, declaró probada la excepción de pago por buena fe, propuesta por el demandante en la demanda de reconvención.

Simultáneamente, declaró que el señor Edgar Samuel Molina Morales, tiene derecho a regresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, para recuperar el régimen de transición instituido en la Ley 100 de 1993, y condenó a Porvenir a reintegrar a Colpensiones, la totalidad de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales, saldo de seguros provisionales de invalidez, los gastos de administración por todo el periodo de vinculación del demandante a este fondo, junto con los rendimientos financieros que se hubieren causado.

Destacó que los gastos de administración deberán ser asumidos por Porvenir con cargo a su propio patrimonio.

De otro lado, le ordenó a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, recibir al demandante en régimen de prima media junto con los saldos provenientes de su cuenta de ahorro individual.

Seguidamente, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar pensión de vejez en forma vitalicia al demandante a partir del 12 de abril de 2016, a razón de 13 mesadas, prestación que para el año 2021 asciende a la suma de \$5.075.262, y reconoció el pago de un retroactivo pensional de \$62.271.419 por mesadas causadas entre el 12 de abril de 2016 y el 30 de noviembre de 2021.

Igualmente, condenó a Colpensiones a reconocer los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir de la ejecutoria de la presente providencia, y autorizó a Colpensiones a descontar del retroactivo a pagar los valores correspondientes a la seguridad social en salud.

En igual sentido, absolvió al Ministerio de Hacienda y Crédito Público de todas las pretensiones de la demanda y absolvió a Porvenir y Colpensiones de las demás pretensiones.

También, absolvió al demandante de la totalidad de las pretensiones elevadas por Porvenir en la demanda de reconvención adelantada en el proceso con radicación 008-2020-00055. Y condenó en costas a Porvenir y Colpensiones, fijando como agencias en derecho la suma de 4 SMLMV, absolvió de esta condena al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Para arribar a esa conclusión, el *a quo* memoró que desde la creación de las AFP, el legislador les impuso la obligación de informar de manera suficiente al posible afiliado sobre las condiciones de ambos regímenes pensionales, a efectos de que la afiliación fuese un acto libre, libertad que solo se satisface si la decisión esta precedida de conocimiento, en tanto el consentimiento informado es elemento esencial en este tipo de negocios.

A la par, resaltó que, aunque Porvenir no acreditó que le hubiese suministrado al afiliado una información clara, completa y suficiente sobre los regímenes pensionales, no había lugar a declarar la ineficacia del traslado, por cuanto el demandante en la actualidad ostenta la calidad de pensionado.

De otro lado, expresó que conforme al principio de iura novit curia, las decisiones judiciales deben estar sustentadas en lo que resulte probado en el proceso, y el trámite se demostró que el demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, era beneficiario del régimen de transición, situación que le permite retornar en cualquier tiempo al RPMD, toda vez que para estas personas el derecho a trasladarse no está limitado a los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión.

En cuanto a la consecuencia de la orden impartida precisó que, al no ordenarse la ineficacia de la afiliación las cosas no pueden retornar a su estado inicial, empero el traslado a Colpensiones implica que los actos tendientes reconocimiento de la pensión de invalidez, los dineros provenientes del bono pensional, deben ser retornados a este fondo, para que con ello pueda consolidar su derecho pensional en el RPMD.

Respecto a la devolución de las mesadas pensionales pagadas a favor del demandante, indicó que no es procedente, pues el demandante recibió el pago de esos dineros de buena fe, cosa que lo exonera de efectuar cualquier devolución.

Sobre el derecho pensional, indicó que la mesada pensional se liquidaría con el IBL de los últimos 10 años, en tanto este le era más favorable, además de tener derecho a una tasa de reemplazo de 905 por haber cotizado más de 250 semanas en toda su vida.

Respecto de las excepciones propuesta expuso que debía declararse parcialmente probada la prescripción, toda vez que el derecho se causó en el año 2011, y la reclamación administrativa data de 2016.

A más de lo anterior, aclaró que se aparta de la posición adoptada por la Corte Suprema en la sentencia SL373-2021, porque no constituye un precedente obligatorio, ya que no existen 3 fallos análogos sobre la misma materia, y segundo porque el caso debatido no es igual al de dicha providencia, de allí que ocurre una disanalogía.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló la decisión, por considerar que la situación del demandante encuadra perfectamente en la sentencia SL373-2021, toda vez que a la fecha se encuentra pensionado por Porvenir, y ordenar su traslado atenta flagrantemente la sostenibilidad del sistema.

Adicional a ello, dijo que es Porvenir quien debe asumir las consecuencias de la afiliación del demandante e indemnizarlo por el detrimento en la mesada pensional o de ser posible reliquidar la prestación pensional, sin que con ello se emita condena en contra de la administradora del RPMD, en atención a que no tuvo injerencias en el acto jurídico del traslado.

Por otro lado, pidió que se revoque a condena en costas impuestas en sede primera instancia, toda vez que Colpensiones ha actuado de buena fe y la negativa al reconocimiento de la prestación obedeció a que el demandante no se encontraba afiliado a dicho fondo. (audiencia, mins 51:53 a 56:11 Archivo 29 ED).

PORVENIR S.A., alegó que debe revocarse en su integridad la sentencia dictada en primera instancia, dado que su actuar siempre estuvo regido por los postulados de buena fe y prueba de ello es que

el demandante ha permanecido afiliado al régimen por más de 20 años y goza de pensión de invalidez desde hace 10 años.

Simultáneamente indicó que, al efectuar traslado desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual, el afiliado pierde la condición de beneficiario del régimen de transición y por tanto no le es aplicable la decisión adoptada por el *a quo*, además que esa decisión perjudica a la AFP, puesto que tiene que reintegrar emolumentos que fueron usados para mantener la cuenta de ahorro individual.

Así mismo, expresó que, al no ordenarse la ineficacia del traslado, tampoco es factible la devolución de gastos de administración, porque estos no hacen parte de los dineros de la cuenta de ahorro individual, sino que estos emolumentos son utilizados para la administración.

Por último, manifestó que debe revocarse la condena en costas, debido a que ha realizado las gestiones pertinentes para la administración y pago de la pensión del demandante.

Frente a la demanda de reconvención añadió que deben salir avante las pretensiones, en tanto la AFP de buena fe ha cancelado al demandante todas las mesadas pensionales causada. (audiencia, mins 56:18 a 1:03:52 Archivo 29 ED).

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, señaló que el Bono pensional no debe ser reintegrado a Colpensiones, sino que este debe ser reintegrado a la cartera ministerial que lo expidió.

Además, que el demandante debe reintegrar la AFP todos los valores que hubiese recibido por concepto de mesadas pensionales y este fondo de pensiones debe regresar a la Nación las sumas que le

fueron reconocidas por bono pensional, puesto que el beneficio del bono pensional tipo A, es solo para las personas que se encuentran afiliados al RAIS, cuando retornar el RPMD se pierde dicho derecho. (audiencia, mins 1:04:15 a 1:09:02 Archivo 29 ED).

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de lo no incluido en la alzada, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n°. 568 del 10 de noviembre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Colpensiones, Porvenir S.A. y la parte demandante, en términos similares a la demanda, contestación y alzada, como se advierte en los archivos 05, 06, 07 y 08 del Cuaderno Tribunal, los cuales son considerados en el contexto de este proveído.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el problema jurídico gravita en establecer si al señor Edgar Samuel Molina Morales, le son aplicables los postulados de la sentencia SL373-2021, o si por el contrario, el demandante al ser beneficiario del régimen de transición puede retornar al RPMD en cualquier tiempo, sin importar su condición de pensionado.

De confirmarse la decisión de primera instancia, se validará la procedencia de la condena en costas a cargo de Porvenir y Colpensiones, la devolución de la comisión de gastos de administración y la devolución de los dineros pagados a título de mesadas pensionales recibidos por el demandante.

Esta por fuera de discusión en la presente litis que: **i)** *que el demandante estuvo afiliado al antiguo ISS entre 1984 hasta 1997, entidad en la que cotizó un total de 1.416,43 semanas (f. 25 a 31 Archivo 01 ED),* **ii)** *que, luego se trasladó al RAIS administrado por horizonte hoy Porvenir, fondo que le reconoció pensión de invalidez el 02 de diciembre de 2008, bajo la modalidad de retiro programado (f. 148 Archivo 01 ED),* **iii)** *que por Resolución n°5455 del 18 de julio de 2008, la OBP- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, emitió y ordenó el pago \$1.807.463.000, a favor de la AFP, por concepto de bono pensional del señor Molina Morales (f. 38 a 46 Archivo 17 ED).*

La censura planteada por los recurrentes está sustentada en la imposibilidad de que el señor Edgar Samuel Molina Morales, pueda efectuar traslado de régimen, en tanto ostenta la calidad de pensionado, desde el año 2008.

Es de anotar que se encuentra por fuera del debate, que el demandante, estaba cobijado por lo instituido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, habida consideración que, al 01 de abril de 1994, contaba con 1000 semanas cotizadas (Archivo 02 ED), esto es, más de los 15 años de servicios exigidos por el legislador para ser acreedor de dicha prerrogativa.

Sin embargo, debe aclararse que el régimen de transición solo es aplicable aquellas personas que se encuentran afiliadas al régimen de prima media con prestación definida; por tanto, las personas que,

siendo beneficiarios del régimen de transición, optaron por trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, automáticamente perdieron su condición de beneficiarios de la transición del artículo 36.

Situación que, en la práctica jurídica creo incertidumbre y obligó a la Corte Constitucional aclarar, en lo extenso de sus pronunciamientos, la situación jurídica de los afiliados al SGP que siendo beneficiarios del régimen de transición se trasladaron al RAIS.

En la sentencia C789-2002, precisó que los afiliados al sistema general de pensiones, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaran con 15 años de servicios, amparados en el principio de proporcionalidad, estos no perderían su régimen de transición, cuando realicen movilidad entre régimen y retorne nuevamente al RPMD.

A juicio esta Corporación, una interpretación diferente a esta, atentaría contra el principio de proporcionalidad, puesto que no resulta factible que una persona que ha cumplido con el 75% o más de tiempo de trabajo necesario para adquirir pensión, termine perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su derecho pensional.

En esa misma senda, en la sentencia SU130-2013, el Alto Tribunal Constitucional, memoró que la prohibición contenida en el literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, no es procedente para los beneficiarios del régimen de transición, en la medida que las personas que se encuentren cobijadas por el artículo 36 del estatuto de seguridad social, podrán cambiarse de régimen en cualquier tiempo, siempre que acrediten al 01 de abril de 1994, 15 años de servicio o su equivalente en semanas cotizadas. Tesis que fue

replicada por la especializada jurisprudencia laboral en sentencia SL563-2013 y SL517-2018.

En aplicación de ese precedente constitucional, el Juzgado Diecisiete Laboral, si bien no ordenó la ineficacia del acto jurídico que culminó con el traslado del demandante a la AFP Porvenir, si ordenó que el señor Molina Morales, debía regresar al régimen de prima media con prestación definida, para recuperar el régimen de transición.

Decisión que desconoce que el señor Edgar Samuel Molina Morales, desde antes de presentar la demanda disfrutaba de pensión de invalidez reconocida por la AFP Porvenir, por consiguiente, su estado ya no es de un simple afiliado que buscar retornar al RPMD para recuperar la transición, sino el de un pensionado que, por más de 10 años, ha disfrutado de los beneficios del régimen de ahorro individual.

Ahora bien, es cierto que las circunstancias fácticas del demandante nos son las contenidas en la sentencia SL373-2021, en tanto en ese proceso el reclamante está pensionado por vejez, sin embargo, en los antecedentes de ese proveído la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advierte que el promotor de ese proceso entre 1970 y 1999 alcanzó a cotizar en el RPMD más de 1.455,57 semanas, es decir que para el 1 de abril de 1994, contaba con más de 15 años de servicio, incluso pidió que su pensión de vejez fuera reconocida en aplicación bajo la egida del Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Bajo ese entendido, para la esta Corporación emerge en evidente que no se puede aplicar lo contenido en la sentencia SU130-2013, al caso de autos, toda vez que en ese momento la Corte Constitucional

hablaba de las personas que tuvieran la condición de afiliados y no la de pensionado.

De modo que, la jurisprudencia aplicable sea la contenida en la sentencia SL373-2021, pese a que el demandante no goza de vejez, para que se le reconociera la pensión de invalidez tuvo que ser redimido de forma anticipada el bono pensional, y adicional a ello esa cuenta de ahorro individual ha disminuido considerablemente su capital, por cuanto desde hace casi 12 años, de los dineros de esa cuenta de ahorro individual se han pagado puntualmente sus mesadas pensionales.

La Corte en la sentencia SL373-2021, cambió su pronunciamiento e indicó que no resultaba procedente declarar la ineficacia de la afiliación en los eventos en los que, como el presente caso, nos encontramos frente a un pensionado, esto es, ante quien ya se encuentra en disfrute de la prestación que ofrece el régimen de ahorro individual, toda vez que en tal supuesto estamos de cara a una «(...) *situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer (...)*». En ese sentido, adujo que no es posible borrar la calidad de pensionado sin más, porque tal situación daría lugar a múltiples disfuncionalidades que terminarían afectando a muchas personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, derechos y obligaciones de terceros, y del sistema. Así lo expuso, al indicar lo siguiente:

«(...) 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 (...) (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 defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

Sin pretender agotar todas las situaciones problemáticas que el asunto 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 (...). (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, 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.

Así las cosas, luce evidente que al señor Edgar Samuel Molina Morales, le fue reconocida pensión de invalidez en la modalidad de retiro programado el 02 de diciembre de 2008 (*f.148 Archivo 01 ED*), mesadas pensionales que viene siendo cancelada desde el año 2008, con los recursos de su cuenta de ahorro individual, así como con el respectivo bono pensional por los aportes efectuados al RPMPD, cuya emisión y pago por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público 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, independientemente de si se trata de una pensión de invalidez o de vejez, 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.

Al haberse resuelto desfavorablemente las pretensiones del demandante, resulta inane realizar pronunciamiento frente a los pedimientos de la demanda de reconvención.

Con base en lo anterior, se deberá revocarse en su integridad la decisión proferida por el sentenciador de primer grado, para en su lugar absolver a Colpensiones y Porvenir de todas las pretensiones incoadas en la demanda. Costas de ambas instancias estarán a cargo de la parte demandante, se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$50.000.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia n° sentencia n°227 del 09 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar:

- **DECLARAR** probada las excepciones propuestas por el extremo pasivo de la litis, estos Colpensiones, Porvenir y Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

SEGUNDO: ABSOLVER a los demandados de todas las pretensiones incoadas en la demanda.

TERCERO: COSTAS de esta instancia está a cargo de la parte demandante, se incluye como agencias en derecho la suma de \$50.000.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firm. digitalizada para
Actos Judiciales

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firm. digitalizada para
Actos Judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto procedo a consignar las razones del salvamento de voto.

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

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

Pues bien, con miras a desatar el conflicto de seguridad social suscitado importa detallar inicialmente que es al Estado a quien le corresponde, por la vía del legislador, establecer un sistema pensional suficiente, lo que deviene del Art.48 de la C.N y el preámbulo de la ley 100 de 1993⁴, por lo que dicha construcción social debe

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

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

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

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

dar atemperada satisfacción a los usuarios en caso de impropiedades generadas al interior del mismo; para el caso, la ineficacia del traslado de régimen pensional suscitado con pensionados.

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

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

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

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

prerrogativa propiamente dicha, sino el derecho estructurado sobre la base del reintegro a los trabajadores del ahorro constante, producto de largos años de labores.^[76]

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

⁵ C-177 DE 1998

reconocer y pagar la pensión de invalidez, a fin de que se destine a la financiación de las mesadas correspondientes. (subrayas fuera del texto).

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

La jurisprudencia especializada también señala vías de solución iguales:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, en cuanto a la improcedencia de la compensación, defendida por el recurrente bajo el argumento de que Colpensiones y el demandante no son deudores recíprocos, la Sala no suscribe este planteo. Ello, en la medida que el carácter de deudor del demandante debe apreciarse desde el prisma del sistema, es decir, ante los ojos del sistema general de pensiones él es deudor de los recursos con los cuales se va a financiar su pensión, al margen de la entidad que los administra.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Si se aplica el derecho civil también se desconocería un marco constitucional, que es el que contempla las actuales realidades desarrolladas por el legislador: la existencia de elementos colocados a disposición del juez social permisivos todos ellos para una concreta o determinable condena, pudiendo con ello bastantear la combatida ilicitud.

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

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

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

Con lo visto en precedencia, sigue mirar, por aquello de la equidad colectiva⁸, sí la afectación a los derechos de quienes se trasladan de régimen pensional está presente en todas las realidades de vinculación y traslado,

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

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

para lo cual cabe decir, que esa indebida información, campea en todos esos escenarios con el mismo vigor frente al acto de ilicitud.

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

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

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

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

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

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

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

Emerge pues, rápidamente la desprotección en la que se coloca a los pensionados, pero se indica en esa jurisprudencia que su reivindicación no puede hacerse en este proceso, (**SL 373-2021**), con lo cual de paso

se compromete en mayor grado la eficacia del Derecho, que es la mejor aspiración de todas las normas, sin dejar de lado el impacto negativo económico y funcional que arroja al Estado la congestión judicial.

Consideraciones precedentes que abrevan del entendido de ser la SEGURIDAD SOCIAL la mejor utilización de esos dos vocablos⁹, al traer su conjugación respuestas estatales a los derechos del Hombre y además, pervivir por centurias en su permanente construcción, pues los sucesos sociales y casi todos, no nacen un determinado día, resulta pertinente, traer a cuento el entendido de Simón Bolívar, tener a la seguridad social como elemento de la mejor fórmula gubernamental posible.

Es que precisamente, dado el nivel de expectativa que tiene la materia hoy en día, no se hace de recibo situar a los actuales pensionados o a cualquier ciudadano, luego de estar años tratando de encausar su reclamo, en otro proceso ordinario diferente, lo que de modo igual compromete al principio mínimo fundamental de la seguridad social como garantía¹⁰, siendo claro que la corte constitucional estableció el traslado de régimen como característica eficiente de la seguridad social (**C- 841 de 2003**).

También es de ver que la restricción al pensionado para limitar su traslado dentro del Rais (**Art.107 de la ley 100 de 1993**) no hace ecuación con las razones de la nulidad del traslado de régimen pensional ni de su ineficacia, lo son por la ilicitud del acto, más no por la limitada o no voluntad del pensionado para generar traslado dentro del RAIS¹¹; ahora, tampoco es causa suficiente para la indemnidad que se quiere dar al RPM

⁹ EL NUEVO DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO, MARIO DE LA CUEVA, PAG 23.

¹⁰ Art,53 C.N.

¹¹ "Como se señaló en la sección 3 de esta sentencia, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, existen por lo menos 3 subsistemas de pensiones por los que puede optar el afiliado: (a) la renta vitalicia inmediata; (b) el ahorro programado; y (c) el ahorro programado con la renta vitalicia diferida.

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

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

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

por la condición de pensionado, colacionada con la existencia de diversas modalidades pensionales matizadas por contratos de seguros. La unilateralidad o la bilateralidad no están por encima de la ley, lo que incluye los principios generales del Derecho, siendo muy importante la claridad en esta diferenciación porque lo que es connatural a la seguridad social, es pagar las mesadas pensionales completas sin necesidad de acudir al expediente de los perjuicios irrogados.

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

Por último, pero no sin trascendencia, es claro, que el incumplimiento del Estado en establecer dentro del sistema caminos de solución propios para infracciones, como la estudiada y aceptada en este caso, que es lo que propende la nueva solución jurisprudencial, no es culpa del pensionado; él ya es una víctima de esa ilicitud, pero a su costa y obrar se le impone hermenéuticamente todas las acciones por hacer, corriendo a plenitud sus derechos el riesgo propio que trae un proceso diferente.

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

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

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

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

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

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

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

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

El Magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA