



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI-SALA LABORAL
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
MAGISTRADA PONENTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **FERNANDO ENRIQUE SANTACRUZ CAICEDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

EXP. 76001-31-05-016-2019-00017-01

Santiago de Cali, xx (xx) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA, CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA y en calidad de Magistrada Ponente YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO, atendiendo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia del 15 de julio de 2021, emitida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente sentencia, no obstante se aclara que:

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 decisión mediante Auto de sustanciación n°

767 del 4 de noviembre de 2022, siendo remitido a este despacho el 4 de noviembre de la misma anualidad.

SENTENCIA n° 095

I. ANTECEDENTES

El señor **Fernando Enrique Santacruz Caicedo** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **Colpensiones y Porvenir S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia o nulidad de su traslado del régimen de prima media hacia el régimen de ahorro individual. **2)** En consecuencia, solicitó que se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de su ahorro junto con sus respectivos rendimientos, bonos pensionales, cuotas de administración y demás emolumentos de la cuenta individual. **3)** Así mismo, peticionó condenar a Porvenir S.A. asumir con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez al reconocimiento; y **4)** se condene en costas y agencias en derecho.

Por su parte, Porvenir S.A. formuló demanda de reconvención en contra del señor Guerrero Moreno, pretendiendo que: **1)** En virtud de las pretensiones formuladas por el demandante, se ordene el reintegro de las sumas de dinero que ha cancelado por concepto de mesadas pensionales, derivadas de la pensión de vejez reconocida desde el mes de noviembre de 2017, hasta la ejecutoria de la sentencia; **2)** se condene en costas a la parte demandada en reconvención.

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en la demanda visible a folios 1 a 8 Archivo 01 ED, la contestación de

Colpensiones de folios 48 a 53 Archivo 01 ED, y la emanada de Porvenir S.A. aportada a folios 61 a 93 Archivo 01 ED. De igual forma, la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público a folios 243 a 254 Archivo 01 ED.

De igual forma, la demanda de reconvención radicada por la AFP Porvenir S.A. reposa a folios 218 a 220 Archivo 01 ED, mientras que el demandado en reconvención decidió guardar silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, en sentencia del 15 de julio de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por **COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA.**

SEGUNDO: ABSOLVER a los demandados **COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA** de las pretensiones propuestas por la parte demandante.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Tásense como agencias en derecho para cada uno el valor de \$200.000. Inclúyase por la secretaría del Juzgado. Las costas serán pagadas en partes iguales por los demandados.

SEXTO: ENVÍESE el expediente al superior para que se surta el grado jurisdiccional por ser adversa a la parte Demandante.

Como fundamento de su decisión, manifestó que, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373 de 2021, profundizó en lo concerniente a la nulidad de traslado en persona pensionada por el

fondo privado, pues si bien, la discusión se centró en la falta de información brindada al momento de traslado del RPMPD al RAIS, lo cierto fue que, se despachó negativamente ante las pretensiones incoadas, pues la calidad de pensionado es una situación consolidada que no puede ser modificada, además que, si se accediera generaría un detrimento en contra de los afiliados.

Afirmó que, acogía los postulados de Corte Suprema de Justicia, ya que para el caso el demandante ostenta la calidad de pensionado, se encuentra recibiendo mesada pensional, y mal puede pretender que después de estar en disfrute del derecho que exija lo pretendido en demanda, en consecuencia, absolvió a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión, señaló que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373 de 2021, es regresiva en los derechos a la seguridad social, pues existieron elementos probatorios para que en favor del señor Santacruz Caicedo se declarara la ineficacia, y en consecuencia, las cosas volvieran a su estado inicial.

Por lo anterior, expresó que el derecho consolidado que el demandante adquirió, perdió todos sus efectos, pues ante la ineficacia debió retrotraerse al mismo estado en que se encontraba antes de su traslado.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n° 767 del 4 de noviembre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, presentándolos el apoderado de

Colpensiones y Porvenir S.A., en términos similares a lo expuesto en la contestación de la demanda, que podrá ser consultado en el archivo 07 y 08 del Cuaderno Tribunal ED, y al cual se da respuesta en el contexto de la providencia.

Con lo anterior se procede a resolver previas las siguientes;

VI. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los fundamentos de impugnación, y siguiendo los lineamientos de los artículos 66A y siguientes del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el tema puntual que es objeto de examen en esta oportunidad, el tema puntual que es objeto de examen en esta oportunidad, será establecer si hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada por el señor Luis Enrique Santacruz Caicedo por la omisión en que se dice, incurrió Porvenir S.A. respecto del deber legal de brindarle información relevante al momento de su vinculación al fondo, ello a pesar ostentar en la actualidad la calidad de pensionado de la AFP demandada.

De ser así, se establecerá si procede ordenar a Porvenir S.A. la devolución a Colpensiones de todos los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante. Seguidamente, deberá verificarse si hay lugar a ordenar a la última entidad, el reconocimiento y pago en favor del actor de la pensión de vejez de conformidad con régimen aplicable.

Así mismo, se analizará la procedencia de lo peticionado en la demanda de reconvención incoada por la AFP Porvenir S.A. en torno a la viabilidad de ordenar a la demandante el reintegro de las mesadas que ha venido percibiendo desde en el RAIS.

Con tal propósito, la Sala comienza por precisar los supuestos que no son materia de debate dentro del presente asunto:

- i)** Que estando afiliado al otrora Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1983 y 1993 (f. 32 y 34 del archivo 01 ED), el demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A. el 28 de septiembre de 2011. (f. 18 del archivo 01 ED).
- ii)** Que mediante comunicación del 15 de noviembre de 2017, el fondo descrito informó al señor Fernando Enrique Santacruz Caicedo el reconocimiento de la pensión de vejez. (f. 135 a 146 del archivo 01 ED).

Dicho lo anterior, y previo a resolver el asunto, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha enseñado que por regla general las normas jurídicas y la jurisprudencia deben ser tomadas en consideración.

De la ineficacia de traslado del pensionado

Para resolver el problema jurídico planteado, lo primero que señala la Sala es que, si bien el criterio que traía la Corte Suprema de Justicia en punto al tema, era en el sentido de admitir la invalidación del traslado de un régimen pensional a otro, aun cuando quien demandase fuera un pensionado del RAIS, como lo venía sosteniendo desde la sentencia proferida dentro del Rad. 31989 del 9 de septiembre de 2008, recientemente fue abandonado por la Alta Corporación, a través de la Sentencia SL373 2021 del 10 de febrero 2021.

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

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

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

“Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que 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 traerían una notable afectación a los derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

Tal decisión, contrario a lo sostenido por el apelante, quien insinuó que se trata de una postura insular, ha sido reiterada en la jurisprudencia vigente de la Alta Corporación, por citar ejemplos, en sentencias como la SL2432, SL2388, SL1789 y SL1692 de 2021, entre otras decisiones.

Lo anterior sirve para hacer notar que, luego de efectuar el análisis de cara a las circunstancias devenidas de aceptar también la posibilidad, de tener como ineficaz el acto de afiliación de una persona ya pensionada en el RAIS, el Órgano de Cierre en materia Ordinaria concluyó su improcedencia, criterio que hoy por hoy mantiene férreo el Alto Tribunal, y muestra de ello son los sucesivos pronunciamientos emitidos con posterioridad a la SL373 de 2021, citados en precedencia, lo cual, a juicio de esta Sala, debe acogerse en virtud de lo que representa para la seguridad jurídica el precedente de las Altas Cortes, que lleva implícito la función de unificar jurisprudencia, sin que se discrimine un periodo de aplicabilidad del pronunciamiento para unos asuntos y otros no, lo que presupone que debe tomarse como punto de referencia de manera inmediata.

En esos términos lo dio a entender la Corte Constitucional en Sentencia C 335 de 2008, en la que reiteró la fuerza vinculante del precedente de los Órganos de Cierre, circunstancia que conlleva la garantía al derecho a la igualdad:

“(...) Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el

*Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundan en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. **De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares (...)***. (Negrilla y Subraya fuera de texto).

Más adelante, en Sentencia SU 053 de 2015 dijo: “(...) *En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el derecho es dado a los operadores jurídicos a través de normas y reglas jurídicas que no tiene contenidos semánticos únicos. Por tanto, el derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados que incluso, en ocasiones deriva de la propia ambigüedad del lenguaje. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto y, en segundo lugar, de que haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad (...)*”.

Con base en lo anterior, concluye esta Colegiatura que siguiendo el precedente citado y reiterado por el Alto Tribunal Laboral, no es dable declarar la ineficacia de las afiliaciones, cuando nos encontramos ante una situación de esta índole, a saber, frente a una persona que ya consolidó su situación pensional en el régimen del que pretende extraerse, más aún si se tiene en cuenta que el reclamante viene recibiendo regularmente el importe de su mesada

pensional, situación que muestra la desfinanciación del capital disponible para el pago de la prestación.

Atendidas las consideraciones expuestas en precedencia, dado el cambio de criterio del órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, plasmada en sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, la Sala mayoritaria acoge el precedente vertical, a través del cual la Corte Suprema sienta su nueva postura frente al tema, en punto a la improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de un pensionado en el RAIS. De ese modo, se abandona el concepto anterior que admitía tal posibilidad.

Y es que, más allá del desacuerdo del apelante con el criterio Jurisprudencial aplicado, es menester indicar que, la misma postura no dejó al garete la situación de aquellos pensionados en el RAIS que procuran su regreso al RPMPD, escenario que, aunque consideró inviable, aclaró como una posibilidad de estos, ante la conculcación de derechos pensionales, la opción de reclamar la indemnización total de perjuicios ante la administradora de pensiones que incumplió el deber de información. De esa manera lo trazó la decisión comentada al mencionar que:

“(...) Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados. (...)”. (Subraya y Negrilla de la Sala).

En concordancia con lo anterior, en Sentencia SL3535 de 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.

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

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

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

En cuanto a la condena en costas, considera la Sala que como quiera que esta imposición simplemente se trata de una consecuencia procesal impuesta a quien termina siendo vencido en la contienda judicial, conforme lo estipulado en el artículo 365 del Código General del proceso, y no reviste la obligación de analizar actuaciones de buena o mala fe, máxime cuando las expuestas fueron anteriores al proceso estudiado.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia. Las costas en esta instancia a cargo de la parte **Demandante**, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV.

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: CONFIRMAR la sentencia del 15 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO. COSTAS en esta instancia a cargo de la parte **DEMANDANTE**, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales

Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO

En mi calidad de magistrado ponente del presente proceso, me permito hacer salvamento de voto, con base a la postura del proyecto de sentencia, presentado en Sala y el cual fue derrotado.

“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, 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 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.*

A. 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.

B. 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 fin¹, 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.

C. 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.

D. 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.

¹ La lucha por el derecho, R. Von Ihering, capítulo primero.

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 inexequibilidad del decreto 558 de 2020 por la vía de un acuerdo, o, también para cuando ha procedido la devolución de saldos.

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

Importa significar, la existencia consolidada de esas soluciones jurisprudenciales que no causan en el presente y aleatoriamente a futuro, empobrecimiento de los pensionados por 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”...

Empecé todo lo anterior, no se estudia la procedencia del derecho pensional toda vez que, no se observan pretensiones propias dentro del proceso sobre ese tópico, ni pronunciamiento por parte de las demandadas en su escrito de intervención, por lo que en salvaguarda del derecho de defensa y debido proceso de las partes no es procedente la concesión de un derecho pensional en esta instancia.

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 Consultada y en consecuencia se declaran no probadas las excepciones propuestas, conforme se dijo en la parte considerativa de esta providencia.*
- 2.** *DECLARAR la nulidad del traslado del Régimen Pensional de Prima Media del señor FERNANDO ENRIQUE SANTACRUZ CAICEDO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en consecuencia tener al demandante válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*
- 3.** *CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR S.A. a devolver al RPM todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas o cotizaciones, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración”*

EL MAGISTRADO.

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'C' and 'R' with a horizontal line crossing through them.

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA