República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI-SALA LABORAL

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

MAGISTRADA PONENTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **FERNANDO POMES RESTREPO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES,** la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A.**

Litis Consorte: **MINISTERIO DE HACIENDA**

EXP. 76001-31-05-004-2017-00576-01

Santiago de Cali, Valle del Cauca, doce (12) de diciembre 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, así como el grado jurisdiccional de consulta, en contra de la sentencia n° 173 del 30 de

agosto de 2023, emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n.° 298

I. ANTECEDENTES

El señor **Fernando Pomes Restrepo** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **Colpensiones, Colfondos S.A.** 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, reconocer y pagar la reparación de perjuicios y la pensión de vejez; **3)** ordene el reconocimiento y pago de las diferencias que se causaron entre la pensión pagada y la que en derecho le correspondía en el RPMPD; y **4)** se condene en costas y agencias en derecho.

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 Archivo 01 ED, Archivo 01 ED folio 132 (Colpensiones), Archivo 01 ED folio 151 (Colfondos S.A.) Archivo 01 ED folio 330 (Porvenir S.A.), Archivo 04 ED (Min hacienda),

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n.° 173 del 30 de agosto de 2023, resolvió:

PRIMERO: **DECLARAR** probadas las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas.

SEGUNDO: **NEGAR** las pretensiones de la demanda formulada por el demandante señor **FERNANDO POMES RESTREPO** en contra de **PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A, COLPENSIONES y MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO**.

TERCERO: **CONCEDER** el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal Laboral y de la seguridad social modificado por el artículo 14 de la ley 1149 de 2.007.

CUARTO: **CONDENAR** a la demandante señor **FERNANDO POMES RESTREPO** a pagar la suma de $100.000 a favor de cada una de las entidades demandadas **PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A, COLPENSIONES y MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO** por concepto de costas procesales.

Como fundamento de su decisión, manifestó que, el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual no podrá ser declarado ineficaz dado su condición de estar pensionado por vejez por cuenta del RAIS, lo que conlleva a que las demás pretensiones sean denegadas en su totalidad.

Expresó que, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en jurisprudencia, sentencia SL373/2021, mencionó que el tratarse de pensionados, al ser una situación jurídica consolidada, no es viable conceder la ineficacia, ya que es un hecho consumado que no se puede revertir.

Sobre la solicitud de pago de perjuicios, mencionó que encuentran prescritos, por lo que opera la excepción propuesta por las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El parte demandante interpuso recurso solicitando que, se revoque lo que tiene que ver con el tema de la prescripción de la indemnización de perjuicios, pues consideró que, sí hubo afectación hacia el afiliado por los valores que dejo de percibir, esto ante la falta de información, y que frente a dicha pretensión tiene derecho y no se debe declarar prescrita.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n° 495 del 30 de octubre de 2023, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos el apoderado de la parte demandante, como se advierte en el archivo 05 del expediente digital, los cuales son considerados en el contexto de este proveído.

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, se centra en establecer si hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada por el señor Fernando Pomes Restrepo por la omisión en que se dice, incurrió Colfondos S.A. y 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 en el RAIS.

De igual forma, se establecerá si hay lugar a la revocatoria de la condena de las diferencias pensionales, para lo cual se estudiaran las

exceptivas propuestas por Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.

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 desde el 18 de agosto de 1975, el demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por Porvenir S.A. el 19 de septiembre de 1995, y posteriormente de manera horizontal a Colfondos S.A. en septiembre de 2007 (Archivo 01 ED).

ii) Que, a partir del 01 julio de 2013, se le reconoció al señor Fernando Pomes Restrepo la pensión de vejez, bajo la modalidad de retiro programado.

iii) Que presentó solicitud la afiliación ante Porvenir S.A. y Colpensiones, obteniendo respuesta desfavorable sobre dichas solicitudes, agotando así la reclamación administrativa.

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 a señalar por la Sala es que, si bien el criterio que traía la Corte Suprema de Justicia en punto al tema era en el sentido de admitir la invalidación del traslado de un régimen pensional a otro, aun cuando

quien demandase fuera un pensionado del RAIS, como lo venía sosteniendo desde la sentencia proferida dentro del Rad. 31989 del 9 de septiembre de 2008, este, fue abandonado por la Alta Corporación, a través de la Sentencia SL373 2021 del 10 de febrero 2021.

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

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

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

"Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que 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 postura, contrario a lo sostenido por el apelante, quien insinuó que se trata de una postura insular, ha sido reiterada en la jurisprudencia vigente de la Alta Corporación, por citar ejemplos, en sentencias como la SL2432, 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, redunda 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 postura frente al tema, en punto a la improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de un pensionado en el RAIS. De ese modo, se abandona el concepto anterior que admitía tal posibilidad.

Así las cosas, en el caso concreto emerge evidente que al señor Fernando Pomes Restrepo, le fue aprobado el reconocimiento de la prestación pensional de vejez por parte de Colfondos S.A., bajo la modalidad de retiro programado, y que la mesada viene siendo cancelada desde julio de 2013.

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.

De la indemnización de perjuicios

La jurisprudencia Laboral, en aras de amparar la situación jurídica de los pensionados en el RAIS que procuran su regreso al RPMPD, escenario que, aunque consideró inviable, aclaró como una posibilidad de estos, 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. (…)".*

En concordancia con lo anterior, en sentencia SL 3535 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 (…)", reiteró 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.

Sin embargo, lo expuesto no resulta suficiente para desatar la contienda en favor del demandante, pues si bien es viable que el pensionado que en su momento se trasladó al RAIS con inconsistencias a la hora de recibir la debida asesoría, pugne por obtener la indemnización de sus perjuicios ante la irreversibilidad de su situación jurídica, en el caso del señor Fernando Pomes Restrepo no es procedente reconocerla.

Pues, además de advertirse que el demandante es beneficiario de la pensión de vejez en el RAIS desde el mes de julio de 2013, conforme lo comunicó Colfondos S.A., generó, en principio, una posición de provecho en favor de aquel de cara a aspectos del régimen de ahorro como el hecho de poder pensionarse anticipadamente, bajo el retiro programado, (Art. 64 Ley 100 de 1993), lo cual es una ventaja comparativa frente a las posibilidades que ofrece el RPMPD, donde las exigencias son inamovibles.

Lo anterior representa que el demandante consolidó su situación pensional 4 años antes de presentar la actual demanda, hecho preponderante en este puntual caso, porque pese a que se pudiera considerar la existencia de un perjuicio económico en cabeza de este, el mismo estaría afectado por efectos de la prescripción propuesta por las demandadas.

Justamente, el Alto Tribunal Laboral ha señalado que la indemnización mencionada es susceptible de prescribir, cuestión recordada recientemente en la Sentencia SL053-2022 en la que señaló:

> *"(…) No obstante, en la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento (CSJ SL373-2021),» lo que lleva a colegir que en el presente asunto aquel se superó con creces como lo sostuvieron las demandadas al proponer el correspondiente medio exceptivo, pues la pensión anticipada de vejez que se le reconoció a Roberto Cesáreo José Francisco Ceballos Restrepo lo fue a partir del 5 de abril de 2002 (f.° 31-32) y la presente acción judicial tan solo se ejerció el 24 de enero de 2018 como da cuenta el acta de reparto visible al anverso de la carátula final del expediente, esto es, superado ampliamente el término trienal contemplado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, razón por la cual no resulta procedente su imposición. (…)". (*Subraya de la Sala).

Se extrae entonces, de la decisión en comento que el momento para contabilizar el periodo prescriptivo en esta clase de asuntos, es a partir de la adquisición del derecho pensional, que para el demandante lo fue en julio de 2013.

En ese sentido, al contabilizar los términos, la Colegiatura encuentra sin hacer mayor análisis que, mediante comunicado, Colfondos S.A. informó al demandante la concesión de la pensión desde el mes de julio de esa 2013 y la demanda se presentó el 02 de noviembre de 2017 (Archivo 01 ED).

En esa senda, partiendo desde la comunicación del derecho pensional, es evidente que a la fecha de reclamación ya había transcurrido con creces el plazo trienal para la consolidación de la prescripción.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de las demandadas, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de $500.000.

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: CONFIRMAR la sentencia n° 173 del 30 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandante y a favor de las demandadas, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de $500.000.

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

Los Magistrados,

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

SALVO VOTO

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A 1ª DE DECISION L A B O R A L

Magistrado Ponente:
YULI MABEL SANCHEZ QUINTERO

SALVAMENTO DE VOTO

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me permito apartarme y hacer salvamento de voto a la presente sentencia por los motivos a continuación.

Ser ajustado a derecho la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional, situación sustancial que trae consecuencias no solo propias de la seguridad social (ineficacia y pago de los derechos pensionales), sino que conforme al código civil apareja consecuencias transcendentales; dejar sin efectos el traslado,(indebida información) declaratoria que jurídicamente no se eclipsa por la posterior, pues la seguridad social sin derruirse, contiene a su interior, respuestas propias, acordes con la nueva situación, ser persona pensionada (PORVENIR), ahora restablecida y no lesionada(constitucionalismo garantista), lo cual en nada se opone a la adopción de medidas para la no desfinanciación del sistema (querer propio de la legislación y de la jurisprudencia especializada respecto de la seguridad social).

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

INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL.

1.-**Buena fe negocial.**

En ese ejercicio cabe señalar que el aseguramiento pensional, como todo acto negocial dentro del mundo jurídico, está irradiado por el principio de la buena fe (**Art.83**), con el que de vieja data en los campos del derecho civil y comercial se reclama la exigencia de brindar en cada caso y de forma suficiente la debida información[1], puntos únicos y, además necesarísimos para estructurar y lograr un conocimiento informado o ilustrado con el que se pueda ser capaz de generar una libre y voluntaria selección, aspecto de total recibo en el campo pensional a la hora de la escogencia o permanencia en un determinado régimen pensional[2].

De tal mandato no es ajena la legislación pensional pues los **artículos 13.2 y el 271 de la ley 100 de 1993** dan cuenta de la libre escogencia al momento de precisar el régimen, y no solo eso, sino que postula ese 271 quedar sin efectos los actos que la afecten, lo que de igual forma ocurre en los eventos de traslado de régimen pensional, al punto de considerar su opacidad o ausencia de libre voluntad, una afectación a los **derechos fundamentales de la seguridad social**[3] de quien durante toda su vida laboral ha realizado aportes al sistema bajo expectativas falibles.

Tal encuentro de las sustantividades privadas y de la seguridad social, permite entender el ejercicio de la jurisprudencia especializada para comprender no ser la mera firma del formulario de selección de uno u otro fondo dentro del RAIS o de traslado de régimen pensional un hecho suficientemente validador de una voluntad así expresada, se impone entonces la materialidad respecto de la satisfacción de los postulados referenciados, llegando incluso a manifestarse como deber de la judicatura la necesidad de escrutarlos cabalmente[4], siendo propio señalar que aún en acciones constitucionales, ya se reconoce como suceso triunfador el presentarse desconocimiento del precedente judicial estructurado con esas premisas, y por ello, el agente decisor que, de rienda suelta a considerandos absolutorios, sin hacer decantación y superación de las motivaciones base del precedente afecta **derechos fundamentales**[5].

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

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

3.- **Consecuencias del actuar ilícito.**

El Derecho civil como realidad originaria y jurídica de las obligaciones consagra desde siempre para el actuar ilícito del condenado determinadas consecuencias6 (ARTS 1740 –1756, TITULO XX C..C.C) circunstancias que, perfiladas bajo la seguridad social permiten destacar: **i)** que la jurisprudencia especializada desde el **año 2008**, anota la obligación de las administradoras de pensiones privadas trasladar al régimen de prima media los gastos de administración[7] **ii)** no proceder la prescripción como modo extintivo de obligaciones en caso de afiliación al sistema ni cuando se busca la ineficacia del traslado, pues esas acciones son declarativas mas no constitutivas de derechos, que si son los que podrían prescribir.

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

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

Se debe también anotar respecto de la proscripción restrictiva para el traslado de régimen pensional del **Art.107 de la ley 100 de 1993**, que ella tampoco tiene lugar en este evento, por cuanto de lo que aquí se trata es de la ineficacia de traslado, asunto diferente al tema de la movilidad pensional restringida, distinción y diferenciación a que está sometido el juez de la seguridad social, que, entre otros eventos, impide dar aplicación analógica a sus consecuencias y resultados, más si hay afectación a **derechos fundamentales,** como se indica en la tutela 191 de 20208

De ahí que, cuando se pregona lo contrario, no darse la debida información, por aquello de la asimetría vista y la presencia de una negación indefinida[9] se hace menester para la entidad aseguradora, acreditar en juicio la presencia de ese elemento esencial, el que, se repite, no se deduce en todo evento con la simple firma del formulario[10].

5.- **Inversión de la carga de la prueba.**

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

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

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

Cabe anotar de modo especial, no nacer la obligación de informar debidamente al afiliado solo con las normativas reglamentarias alegadas, pues dicha obligación impera con base no solo en la principialistica referida desde 1887 si no que se constituye legisladamente para las administradoras en una obligación desde su creación, dado que la escogencia libre y espontánea a que tienen derecho los afiliados se da con el hecho de no proporcionar la información correspondiente, tema que también ha sido materia de pronunciamiento por la Corte Suprema en **Rad. 68852 del 03 de abril de 2019** en la que reitera lo dicho en sentencia del 2008.

II) Falta de prueba de la debida información.

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

III) Prescripción.

Finalmente, es claro no operar el fenómeno de la prescripción, por cuanto la recuperación del régimen de prima media y la movilidad del sistema pensional son derechos no sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, ya que, al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de ineficacia se encuentra revestida de la imprescriptibilidad, **art 48º**

Constitución Política. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 1688 del 2019, al respecto considero*: ''que la acción de ineficacia del traslado de regímenes pensionales es imprescriptible'',* afirmando en la misma sentencia que:

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

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

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

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

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

Derecho pensional del demandante.

A) Precisión conceptual.

Para eso resulta oportuno señalar que la seguridad social, se comprende con la definición realizada por el Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS): "*…es un conjunto de medidas que la sociedad proporciona a sus integrantes con la finalidad de evitar desequilibrios económicos y sociales que, de no resolverse, implicarían la reducción o la pérdida de los ingresos a causa de contingencias como la enfermedad, los accidentes, la maternidad o el desempleo, entre otras…"* definición que en un todo consulta el Art..22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:
"Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad".

Columbra entonces que es al Estado a quien le corresponde, por la vía del legislador, establecer un sistema pensional capaz y suficiente para desarrollar tal control y dirección, lo que deviene del **Art.48 de**

la C.N[11]**, el preámbulo de la ley 100 de 1993**[12] **y el acto legislativo 01 del año 2005**[13], es decir, conforme al entramado constitucional y legal patrio dicha construcción social da atemperada satisfacción a los usuarios en caso de impropiedades generadas al interior del mismo; para el caso, la ineficacia del traslado de régimen pensional suscitado con pensionados.

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

Del mismo modo cabe señalar o preguntarse por la virtud jurídica que, según la sentencia 373, presenta la condición de jubilado, ser una situación consolidada, o lo que es lo mismo, capaz de enervar o dejar sin efectos jurídicos a esa ineficacia declarada, lo que incluye cualquier otro acto posterior a ella, del que no se excluye el ilícito reconocimiento pensional, en otro giro, esa indemnidad pregonada subsiste aún después de conocido que la realización del traslado se hizo sin respeto de los principios que gobiernan la figura, y por eso violenta derechos fundamentales.

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

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

Fíjese, que quien asume el perjuicio con este acto, no es solo el pensionado, pues conforme al entendido de la nueva sentencia los sufren también las entidades y la Nación, pero se sigue que solo al pensionado es a quien le alumbran los caminos sinuosos de un nuevo proceso, con discurso sustancial y probatorio diferente, los otros afectados y la sociedad quedan sin novedad, lo que se hace sin ninguna consideración a los perjuicios producidos por ese acto lesivo a la Nación y a las entidades.

En esa dirección, sirva tener en cuenta que los efectos de la ineficacia del acto negocial referido se producen ante la presencia de las ilicitudes comentadas, y por eso, si la mirada reparadora solo está concentrada en la conmoción financiera, hay que decir, que esa conmoción también se podría dar en otras esferas, entre ellas, la producida por el sonido de estampida que ocasionaría en la no afiliación de nuevos afiliados recuérdese, la repercusión ocasionada con el no pago completo de los derechos de la seguridad social por esta vía, es decir, se debe registra la migración de los afiliados.

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

B) Garantía a la seguridad social-

Pero es de ver que el Estado no puede ser ajeno a su obligación constitucional, señalada como principio mínimo fundamental de "**garantía a la seguridad social**", lo que es propio de nuestro Estado Social de Derecho (Art 1 C.N.) como modelo de garantismo constitucional marcado por la prohibición de lesionar los derechos de los administrados y correlativamente tutelárselos y satisfacerlos,[14] pero siempre fundado en la dignidad humana (antropocéntrica), y, en la prevalencia del interés general.

Siendo de destacar no hacer esa inflexión ecuación con la posibilidad de perjudicar a uno de los varios afectados, se repite, los pensionados, realidad que sin duda a partir del acto legislativo 03 del año 2011 va de la mano del parágrafo del **art.334 15 de la C.N.** referente a la economía nacional, y, la no afectación de los derechos fundamentales, como lo es la seguridad social, la que se afecta por todo lo atrás visto, pero, además, ahora se la hace ver estructuralmente insuficiente, cuando su razón de ser es todo lo contrario, el legislador la diseño conforme a la OIT, para dar vida al brocardo, a más seguridad social más bienestar común.

C) Expresión legislativa coherente.

Se considera que en este trasegar jurídico la legislación actual si contempla frente a la problemática en estudio, salidas correctivas propias y suficientes, como lo es, a) instituir a cargo de las entidades del sistema no solo obligaciones y deberes para nada discrecionales, sino imperativas, las que se muestran aparejadas o desarrolladas con consecuencias afines al caso, esto es, por un lado, quedar sin efecto la afiliación respectiva si no es libre y voluntaria la afiliación -**Art.13 y 271de la ley 100 de 1993**- , y de otro lado, b) se tienen controladas soluciones para el caso, el reconocimiento y pago de las diversas prestaciones conforme a lo dispuesto en ese artículo 13 en su literal c, que desarrolla el Art.48 de la C.N, con las cuales, se repite, hay solución.

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

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

Mírese cómo para salir avante, se acude exclusivamente a la visión reparadora superada por la seguridad social, pues reluce la que originariamente ha sido establecida para los derechos civiles decimonónicos, lo que se hace por la vía del derecho civil, los que por supuesto brillan y tienen su valía, pero es de preguntarse, sí es lo indicado cuando ya se tiene a disposición un trabajo normativo internacional protector y especifico, patrio y suficiente para en su especialidad afrontar un embate de esos, y por sobre todo resistir la discusión referente al desplazamiento de los derechos de la seguridad social, o son complementarios al reconocimiento de esos derechos sociales, en caso de darse sus supuestos.

No siendo de desinterés, las líneas anteriores referidas al **Art.107** en donde el legislador no dispuso, pudiéndolo hacer, que su prohibición procedía en todo evento, es decir, también para la nulidad o eficacia del traslado, pero solo lo reguló para la regular movilidad pensional, sin que sea viable llegar a esa restricción, por la vía de la analogía en caso de restricción de derechos sociales.

D) Desconocimiento y discriminación.

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

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

Ante esa realidad, al contarse con disposiciones legales para cada evento, se considera generarse trato discriminatorio al aplicar solo para los afiliados los mandatos autárquicos, pero para los pensionados no, que es lo que se aboga en la nueva posición de la sala laboral de la corte suprema de justicia, **sentencia 373 -2021**, involución de la seguridad social, y por eso se viene a entender

dislocadamente lo normado por la legislación civil, es decir, descartando el esfuerzo social trasegado por la seguridad social para hablar de cobertura de riesgos y no de perjuicios, lo que hace perder el norte del avance de la legislación.

E) Consecuencias paradójicas.

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

Aspecto en el cual, se precisa anotar que en el mundo de las responsabilidades jurídicas, si lo que el Estado no previo u omitió y además, si lo que dispuso no resulta aplicable al caso, claramente surge una premisa por considerar, no ser culpa del pensionado tal obrar o resultado, y por lo mismo complejo se hace el hacer recaer en él las consecuencias por no haber direccionado la acción hacia el reconocimiento de los perjuicios irrogados, lo que sucede, por no tener en cuenta que esta acción se formuló conforme la línea jurisprudencial señalada por la misma Corporación.

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

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

F) Nuevo juicio.

Entendido que no se acompaña, pues la seguridad social para el asunto en cuestión, como lo es, el no reconocimiento de los derechos pensionales completos a los pensionados, si tiene su propio camino de solución, ya se vio, si se puede dar el pago de los derechos correspondientes a los pensionados, diferendo para el cual se consagra como hacer del juez de la seguridad social dentro del proceso ordinario, su debida determinación, siendo esa y no otra, la materia especifica de este distanciamiento, de ahí que no habría necesidad de acudir a un nuevo juicio a fin de explorar lo que cabalmente en este proceso ya se sabe.
En esa dirección, se considera pertinente colocar también en cuestión, la necesidad de ir a otros estatutos jurídicos para determinar las consecuencias producidas o por producir ante la infracción de las normas de la seguridad social, de ahí que haya necesidad inaplazable de entender que es o fue lo que hace trizas a la seguridad social, para precisar su no uso, trayendo por el contrario, las generalidades del derecho civil reparador, que no huelga señalar, puede la Nación, con esas bases refrentes a los perjuicios buscar sus reconocimientos.

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

G) Nueva discusión.

Aserto con el cual tampoco se está de acuerdo, lo que hace necesario priorizar en esta providencia que, con la directriz jurisprudencial nueva, se le crea al pensionado una también nueva situación dialógica, bastante distante de lo que en la realidad se le informa, y se le había informado por la jurisprudencia pacifica, todo lo cual deja sin respiro la confianza legítima, trasunto sinuoso, por cuanto fue precisamente esta circunstancia la que originó el desface que nos ocupa, en esa oportunidad al afiliado se le cambiaron todas las informaciones precisadas, viniendo con el pensionado a hacerse lo mismo, ahora se pregonar regresar a lo cuestionado en esta sentencia, correspondiéndole años después, teniendo una pacifica jurisprudencia, es decir, le corresponde buscar una fórmula de recomposición de sus derechos sociales con información diferente a la propia de la seguridad social.

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

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

H) Búsqueda de justicia.

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

Primero: El camino o medio para buscar el fin o la justicia deben ser correlacionados, dado que, si el camino o medio utilizado para buscarla pierde su norte o tino, no hay justicia que se logre, menos si se desvanece el fin16, como aquí sucede con la decisión que no define pero si posterga la solución, lo que implica, además, para el aquí reclamante los riesgos propios de un nuevo proceso, con lo cual se trae opacidad, es decir, su transparencia no trasiega ni brilla.

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

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

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

principio mínimo fundamental, y lo peor, a la vera del camino, y solo acompañado de los avatares que implica un nuevo juicio procesal.

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

l) Universalidad y función social.

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

El magistrado.

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA