



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	GERMÁN ALBERTO SILVA HOME
DEMANDADO	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RADICADO	76001-31-05-001-2017-00747-01

Magistrado Ponente: **DRA MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA**

SALVAMENTO DE VOTO

Procedo a consignar los argumentos base por los cuales me aparto de la decisión tomada por la mayoría de la Sala.

Encontrar ajustado a derecho la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional, situación sustancial que trae consecuencias propias de la seguridad social (nulidad y pago de los derechos pensionales), lo que deja sin efectos el traslado viciado,(indebida información) declaratoria que jurídicamente en nada se eclipsa por la posterior condición de pensionado,(los efectos estructuralmente adquieren respuesta en la seguridad social), por el contrario, se avisa de una nueva situación, ser persona con protección especial, ahora restablecida y no lesionada(constitucionalismo garantista), lo cual en nada se opone a la adopción de medidas para la no desfinanciación del sistema (querer propio de la legislación y de la jurisprudencia especializada respecto de la seguridad social).

INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL.

1.-Buena fe negocial.

En ese ejercicio cabe señalar que el aseguramiento pensional, como todo acto negocial dentro del mundo jurídico está irradiado por el principio de la buena fe (**Art.83**), con el que de vieja data en los campos del derecho civil y del derecho comercial se reclama la exigencia de brindar en cada caso y de forma suficiente la debida información¹, puntos únicos y, además necesarísimos para estructurar y lograr un conocimiento informado o ilustrado con el que se pueda ser capaz de generar una libre y

¹ ¹ 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 llevarlo mayor claridad a las partes de un contrato o para asociar una determinada sanción en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

voluntaria selección, aspecto de total recibo en el campo pensional a la hora de la escogencia o permanencia en un determinado régimen pensional².

De tal mandato no es ajena la legislación pensional pues el **Art.271 y el artículo 13.2 de la ley 100 de 1993** dan cuenta de la libre escogencia al momento de precisar el régimen, y no solo eso, sino que postula ese Art.271 quedar sin efectos los actos que la afecten, lo que de igual forma ocurre en los eventos de traslado de régimen pensional, al punto de considerar su opacidad o ausencia de libre voluntad, una afectación a los derechos fundamentales de la seguridad social³ de quien durante toda su vida laboral ha realizado aportes al sistema bajo expectativas falibles.

Tal encuentro de las sustantividades privadas y de la seguridad social, permite entender el ejercicio de la jurisprudencia especializada para comprender no ser la mera firma del formulario de selección de uno u otro fondo dentro del RAIS o de traslado de régimen pensional, un hecho suficientemente validador de una voluntad así expresada, se impone entonces la materialidad respecto de la satisfacción de los postulados referenciados, llegando incluso a manifestarse como deber de la judicatura, la necesidad de escrutarlos cabalmente⁴, siendo propio señalar que aún en acciones constitucionales, ya se reconoce como suceso triunfador el presentarse desconocimiento del precedente judicial estructurado con esas premisas, y por ello, el agente decisor que, de rienda suelta a considerandos absolutorios, sin hacer decantación y superación de las motivaciones base del precedente afecta derechos fundamentales⁵.

2 Rad. 31314 de 2008: “La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. “Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. “Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

3³ T-427 de 2010: 5. En lo que atañe al supuesto de esta acción de tutela, esto es, al amparo del derecho a la seguridad social en lo que respecta a la libre escogencia del régimen pensional y la consecuente opción de traslado de un régimen a otro, esta Sala considera, como en otras ocasiones ya lo ha hecho esta Corporación, que la acción de tutela es procedente, por cuanto a) existe regulación expresa para hacer efectivo el derecho al traslado de régimen pensional dispuesto en la Ley 100 de 1993 artículo [13](#) literal e), esto es, que existen medidas de orden legislativo para hacer efectiva esta facultad y b) que a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario para el amparo de este derecho, este instrumento no resulta idóneo para su amparo efectivo.

4SL r. 3114DE 2008.

5 ⁵ sentencia SL 2817/2019: En efecto, en la sentencia referida, la Corte dijo: Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible– o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

3.- Consecuencias del actuar ilícito.

El Derecho civil como realidad originaria y jurídica de las obligaciones consagra primigeniamente para el actuar ilícito del condenado determinadas consecuencias⁶ (ARTS 1740 –1756, TITULO XX C..C.C) circunstancias que con atención de la evolución jurídica propia de los conceptos han sido perfiladas en la materia, de las que se destacan: **i)** que la jurisprudencia especializada desde el **año 2008**, anota la obligación de las administradoras de pensiones privadas de trasladar al régimen de prima media los gastos de administración⁷ **ii)** no proceder la prescripción como modo extintivo de obligaciones en caso de afiliación al sistema ni cuando se busca la ineficacia del traslado, pues esas acciones son declarativas mas no constitutivas de derechos, que si son los que podrían prescribir **iii)** evitar pago doble al afiliado de una misma prestación (sentencias) **iv)** la devolución del capital de la cuenta individual del Rais de las cotizaciones efectuadas sin descontar los valores de las mesadas ya pagadas debidamente indexados.

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

En nuestra legislación no está consagrada la proscripción de la ineficacia del traslado de régimen pensional por el mero hecho de no solicitarse dicha ineficacia *antes del término de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad de pensión o de jubilación o por peticionarse tiempo después de darse el traslado motivo de la nulidad*, lo razona, ser lo examinado referente a las condiciones jurídicas del traslado nocivo, el que ocurrió mucho tiempo antes de ese periodo. Sin que corresponda entender la convalidación de ese vicio con ocasión del silencio o inacción del retracto, todo en razón a lo esencial que es en toda la fenomenología pensional la presencia de la buena fe, echada de menos en ese traslado⁸.

Se debe también anotar respecto de la proscripción restrictiva para el traslado de régimen pensional del Art.107 de la ley 100 de 1993, que ella tampoco tiene lugar en este evento, por cuanto de lo que aquí se trata es de la ineficacia de traslado, asunto diferente al tema de la movilidad pensional restringida; distinción y diferenciación a la que está sometido el juez de la seguridad social, que, entre otros eventos, como se reconoce en la doctrina y la jurisprudencia impide dar aplicación analógica a

6 . En pronunciamientos anteriores, la Sala de Casación Civil ya había manifestado, con alguna suerte de sutileza, su sentir en cuanto al reconocimiento de los diversos temperamentos de la ineficacia, en tanto ya distinguía diversas concreciones de la ineficacia negocial, en particular, la nulidad, inexistencia, resiliación y resolución. Sobre este punto, Cfr. Cas. 15 de junio de 1892, VII, p. 261; cas. 15 de marzo de 1941, L, n.º1967-1969, p. 802 y ss; cas. 15 de septiembre de 1943, LVI, n.º 2000-2005, p. 125 y 126; cas. 18 de septiembre de 1944, LVII, n.º 2010-2014, p. 580; cas. 2 de julio de 1963, CIII-CIV, n.º 2268-2269, p. 76 y 77; cas. 13 de mayo de 1968, CXXIV, n.º 2297-2299, p. 138 y ss. De forma más reciente, la Sala de Casación Civil ha hecho ahínco en las diferencias que dimanar de las diversas categorías de ineficacia, Cfr. cas. 6 de agosto de 2010, n.º rad. 05001-3103-017-2002-00189-01, p. 20-29; cas. 25 de agosto de 2017, n.º rad. 25286- 31-84-001-2005-00238-01, p. 18-21.

7Sentencia Rad. 31314 de 2008

8

sus consecuencias y resultados, más si hay afectación a derechos fundamentales, como se indica en la tutela 191 de 2020.

De ahí que, cuando ocurra el hecho de no darse la debida información, por aquello de la asimetría vista y la presencia de una negación indefinida⁹ se hace menester para la entidad aseguradora, acreditar en juicio la presencia de ese elemento esencial, el que, se repite, no se deduce en todo evento con la simple firma del formulario¹⁰.

5.- Inversión de la carga de la prueba.

Sigue puntualizar dentro del campo probatorio que, la visión o consideración del derecho privado hace relación también con la figura de la inversión de la carga de la prueba, como dinámica heurística procesal, situación que tiene lugar en razón de la asimetría reinante en esas actuaciones en donde brilla, por un lado, la parte débil -el tomador de seguro- y por el otro, la profesionalización de la entidad de seguros¹¹. 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.

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

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

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

⁹ ¹⁰ sentencia SL 2817 de 2019

¹⁰ Sentencia Rad. 31314 de 2008

En 1.990 el Consejo de Comunidades Europeas elaboró una directiva cuyo artículo 1.2 indicaba: “la carga de la prueba de la ausencia de culpa incumbirá al prestador de servicio”. Se basaba en las dificultades que para un lego en la materia representaba demostrar la culpabilidad del profesional, ya sea arquitecto, médico etc. Éste fue el origen de la doctrina conocida como la “inversión de la carga de la prueba”, o sea, correspondería al acusado demostrar que ha actuado correctamente. En términos vulgares representaría pasar de “inocente hasta que no se demuestre lo contrario” a “culpable mientras no se pueda demostrar la inocencia”. Lo que en aquellos años parecía difícil de aplicar en el campo del derecho sanitario, es actualmente uno de los temas más debatidos, más interesantes y a la vez más referenciado en las sentencias sobre responsabilidad de los sanitarios.

Fuente: © AnestCadiz® Web y AnestCadiz™ Web.
Web desarrollado por AnestCadiz®.com y AnestCadiz™.net.

la sociedad proporciona a sus integrantes con la finalidad de evitar desequilibrios económicos y sociales que, de no resolverse, implicarían la reducción o la pérdida de los ingresos a causa de contingencias como la enfermedad, los accidentes, la maternidad o el desempleo, entre otras...” definición que en un todo consulta el Art.22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Columbra entonces que es al Estado a quien le corresponde, por la vía del legislador, establecer un sistema pensional suficiente, lo que deviene del **Art.48 de la C.N, el preámbulo de la ley 100 de 1993¹² y el acto legislativo 01 del año 2005¹³**, es decir, conforme al entramado constitucional y legal patrio dicha construcción social da atemperada satisfacción a los usuarios en caso de impropiedades generadas al interior del mismo; para el caso, la ineficacia del traslado de régimen pensional suscitado con pensionados.

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

Del mismo modo cabe señalar o preguntarse por la virtud jurídica que, según la sentencia 373, presenta la condición de jubilado, por aquello de ser una situación consolidada, capaz por si sola de enervar lo que es connatural, es decir, la resultante indemnidad dentro de la seguridad social pero no frente a la legislación civil, sabiéndose que eso es lo adecuado dentro de la seguridad social pero a pesar de ello en acto de reparación, se construye un camino de solución ajeno y no señalado por la jurisprudencia, desandando caminos suficientes que no desfinancian el sistema cambiando los parámetros de la reparación.

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

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

Fíjese que quien asume el perjuicio, con este acto, no es solo el pensionado, pues conforme al entendido de la nueva sentencia, también los sufren las entidades y la Nación, pero al pensionado es a quien se le alumbran los caminos sinuosos de un nuevo proceso y con un discurso sustancial y

12 La seguridad social integrales el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que dispone la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida.....

13las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ella.....

probatorio diferente, lo que se hace, sin ninguna consideración a los perjuicios producidos por ese acto lesivo a la Nación y a las entidades.

En esa dirección, sirve tener en cuenta que los efectos de la ineficacia del acto negocial referido se producen ante la presencia de las ilicitudes comentadas, y por eso, si la mirada reparadora solo está concentrada en la conmoción financiera, hay que decir, que esa conmoción también se da por otros variados factores, entre ellos, que por el sonido de estampida que produce la decisión, podrían repercutir en la no afiliación de los asociados, recuérdese, lo que impacta que ocurra o se dé el no pago completo de los derechos de la seguridad social por esta vía, así como la posible migración de los afiliados.

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

B) Garantía a la seguridad social-

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

Es consustancial a esa preocupación, la sostenibilidad del sistema pensional, que a diferencia del acto legislativo del año 2005 opera no solo frente a las leyes posteriores al acto, sino que esa es una medida adoptada desde las leyes nacionales, decreto 3041 de 1966, realidad que sin duda va de la mano del parágrafo del art.334 de la C.N. referente a la economía nacional y la no afectación de los derechos fundamentales, que, sí lo es la seguridad social, la que se afecta haciéndola ver estructuralmente insuficiente.

C) Expresión legislativa coherente.

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

Acontecer que hace menester abordar la solución al problema conforme las características de la seguridad social, las que para nada asfixian la materia; es que ir a los senderos del derecho civil muestra o traduce la existencia, que no la hay, de una dificultad estructural del sistema general de

pensiones, y fuera de eso, redundaría en una desmejora a los derechos sociales de los asociados **(Art.215 C.N.)**.

Mírese cómo se acude exclusivamente a la visión reparadora para solo uno de los perjudicados, pero por el sendero originario establecido para los derechos civiles decimonónicos, olvidando que también se tiene a disposición un trabajo normativo internacional protector, para en la especialidad afrontar un embate de estos, siendo de no poca discusión sustancial si los perjuicios propios de la legislación civil desplazan a los derechos de la seguridad social o son complementarios al reconocimiento de esos derechos sociales, en caso de darse sus supuestos.

De otro lado, para ver la consistencia del camino reparador de la seguridad social, no se hace de desinterés, las líneas referidas en el Art.107 del estatuto pensional, en donde el legislador no dispuso, pudiéndolo hacer, que la prohibición ahí establecida procedía para todo evento, pues solo lo regulo para la movilidad pensional, sin que sea viable aplicar para el suceso en estudio la analogía restrictiva, su inoperancia brilla más en caso de derechos sociales.

D) Desconocimiento y discriminación.

De ahí que, con apego a tal definición, se considera que el excluir al personal jubilado del camino protector brindado por la legislación nacional, general y pensional, es todo un acto de discriminación dentro de la seguridad social.

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

Ante esa realidad, al contarse con disposiciones legales para cada caso, sí es notorio la discriminación a los pensionados, pues a los afiliados si se les aplican los mandatos autárquicos, pero para los pensionados no, que es lo que se aboga en la nueva posición de la sala laboral de la corte suprema de justicia, sentencia 373 –2021.

Lo que tiene lugar entonces frente a los pensionados es igual a la involución de la seguridad social, con lo cual se viene a entender dislocadamente lo normado por la legislación civil, única manera para entender como no adecuado lo propio de la seguridad social, blandiendo para ello la existencia en el régimen común, de un tratamiento sanatorio o resarcitorio, lo que se hace mediante el mencionado instituto de la responsabilidad civil con el reconocimiento de los perjuicios irrogados, y en otro proceso diferente, es decir, descartando el esfuerzo social trasegado por la seguridad social para hablar de cobertura de riesgos y no de perjuicios.

E) Consecuencias paradójicas.

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

Aspecto en el cual, se precisa que en el mundo de las responsabilidades jurídicas, si lo que el Estado no previó u omitió y además, si lo que dispuso no resulta aplicable al caso, claramente surge una premisa por considerar, no es culpa del pensionado tal obrar o resultado, y por lo mismo complejo se hace hacer recaer en él esas consecuencias, reclamándole el hecho de no haber direccionado la acción hacia el reconocimiento de los perjuicios irrogados, aun cuando se sabe que lo hizo conforme lo señala, no solo la ley de seguridad social sino la jurisprudencia, según se ve por varios años de modo pacífico, y sin producir más perjuicios a los pensionados ni al sistema.

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

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

F) Nuevo juicio.

Entendido que no se acompaña, pues la seguridad social para el asunto en cuestión, como lo es, el no reconocimiento de los derechos pensionales completos a los pensionados, si tiene su propio camino de solución, ya se vio, si se puede dar el pago de los derechos correspondientes a los pensionados, diferendo para el cual se consagra como hacer del juez de la seguridad social dentro del proceso ordinario, su debida determinación, siendo esa y no otra, la materia específica de este distanciamiento, de ahí que no habría necesidad de acudir a un nuevo juicio a fin de explorar lo que cabalmente en este proceso ya se sabe.

En esa dirección, se considera pertinente anotar también la puesta en cuestión, de la necesidad de ir a otros estatutos jurídicos para determinar las consecuencias producidas o por producir, por la infracción de las normas de la seguridad social, y de tal manera hacer visible la necesidad inaplazable, de entender que es o fue lo que hizo trizas a la seguridad social, para precisar su no uso, trayendo por el contrario, las generalidades del derecho civil reparador, que no huelga señalar, puede la Nación, con esas bases referentes a los perjuicios buscar sus reconocimientos.

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

G) Nueva discusión.

Lo cual se prioriza en esta providencia por cuanto con la directriz jurisprudencial de ahora, se le crea al pensionado una nueva situación dialógica distante de lo que en la realidad se le había informado, trasunto sinuoso por cuanto fue precisamente por una desinformación que se vino a originar el desfase que nos ocupa, pero ahora se pregona y se observa materializar lo cuestionado en esta sentencia, teniendo el reclamante años después, teniendo a la mano una pacífica jurisprudencia, que buscar una fórmula de recomposición de sus derechos sociales con información diferente a la propia de la seguridad social.

Es por ello también que no se acompaña el nuevo entendido jurisprudencial, del que vale acotar, no plantea derrumbe de los sucesos base de la ineficacia del traslado, se deja intacta esa realidad nociva, pero luego se pasa a ocuparse, de la forma de resarcirle al pensionado los perjuicios irrogados, pero, si eso es lo que pretende, le corresponde adelantar un proceso diferente.

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

H) Búsqueda de justicia.

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

En este punto importa colocar de presente dos aspectos:

Primero: El camino o medio para buscar el fin o la justicia deben ser correlacionados, dado que, si el camino o medio utilizado para buscarla pierde su norte o tino, no hay justicia que se logre, menos si se desvanece el fin¹⁵, como aquí sucede con la decisión que no define y si posterga la solución, lo que implica, además, para el aquí reclamante los riesgos propios de un nuevo proceso, con lo cual se trae opacidad, es decir, su transparencia no trasega o brilla.

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

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

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

Se considera dada la complejidad del asunto, la que no se niega, que esta problemática no podría solucionarse con la afectación a los mayores adultos, a quienes la seguridad social los tiene como sujetos propios de su protección y amparo, dada su condición muchas veces difícil frente a las

¹⁵ La lucha por el derecho, R. Von Ihering, capítulo primero.

circunstancias sociales, de edad y de salud que afronta al momento de definir el otorgamiento de su pensión.

I) Universalidad y función social.

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

J) Caminos de solución.

Es que la jurisprudencia especializada nacional frente a problemas de esta índole ya ha marcado y seguirá marcando caminos de solución dentro de la propia seguridad social, pero sin desproteger de esa forma a quienes tienen derecho a sus prestaciones, modos de solución que se consideran bien para todos, incluidas las finanzas del sistema pensional.

Entre otras: evitar el enriquecimiento sin justa causa de quienes ya han recibido sus beneficios, impidiendo con ello el doble pago por parte del sistema de un mismo derecho, como, por ejemplo, reconociendo ahora **solo las cifras diferenciales existentes entre lo recibido como beneficios pensionales anteriores y lo restante de su completo reconocimiento**, es decir, el reclamante recibirá completo su derecho pensional, aunque se reduzca en su contra el retroactivo a que tiene derecho, por lo que recibirá solo las diferencias pensionales existentes.

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

También es importante destacar de la sentencia del año 2008 que la acción se formuló para el reconocimiento de los perjuicios, pero finalmente se accedió al reconocimiento prestacional de la seguridad social, lo que enseña aplicación del principio pro actione(C-048 DE 2004).

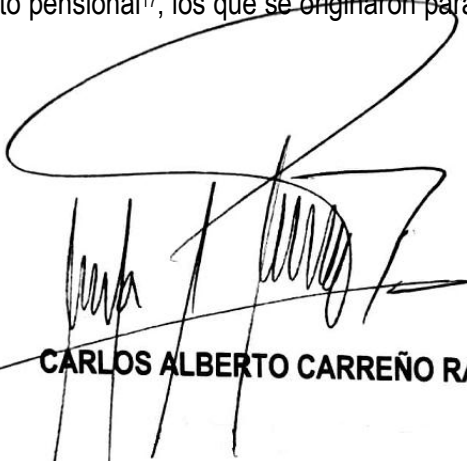
Caminos de solución que reducen de modo significativo la necesidad de buscar reconocimientos ajenos a la seguridad social, también se hizo lo mismo en el caso del no pago del 1.5% de cotización diferencial entre los afiliados al Rais al regresar al RPM o buscando recientemente recomponer el sistema financiero pensional con ocasión de la 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.

Importa significar, de otro lado, que la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional corre a partir de la materialización de ese viciado traslado, dejando sin efectos jurídicos a ese acto. También es de acotar, para la sanidad financiera del sistema, como ya se dijo, la realización de los descuentos al pensionado de los valores recibidos a título de mesadas pensionales en el Rais, como respuesta jurídica al no propiciamiento de un enriquecimiento sin justa causa, por lo que procede el descuento al retroactivo pensional de todas esas sumas, así como la devolución completa¹⁶ al RPM de todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación del demandante, cotizaciones, aportes voluntarios bonos pensionales, con todos los frutos, rendimientos e intereses, como lo dispone el art.1746 del C.C., así como todos los gastos de administración descontados al mismo, el porcentaje destinado al fondo de garantías y primas de seguro junto a los costos administrativos que viabilizaron el costo de su reconocimiento pensional¹⁷, los que se originaron para la administración de los valores pagados en el Rais.

El Magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

¹⁶ “Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (SENTENCIA 31989 DE SEPT DE 2008)

¹⁷ **Sentencia C-258 de 2013**¹. Por su parte, el régimen de **ahorro individual con solidaridad** es el “(...) conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”^[262]. Las administradoras ofrecen diferentes fondos de pensiones, para que los afiliados una vez informados elijan aquellos que se ajusten en mejor forma a sus edades y perfiles de riesgo. De esta manera, la administradora tendrá las herramientas suficientes para gestionar adecuadamente los recursos y procurar el mejor retorno posible al final del periodo de acumulación de aportes o hasta cuando el afiliado y/o sus beneficiarios tengan derecho a la pensión bajo la modalidad de retiro programado, si es del caso^[263].

Además, una parte de los aportes es capitalizada en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado. Otra parte se destina al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del régimen