



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARÍA FRANCELA SERRANO SANABRIA
DEMANDADO	COLPENSIONES Y COLFONDOS
LITISCONSORTE NECESARIO	MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO
RADICADO	76001-31-05-017-2018-00685-01

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	GUSTAVO ADOLFO MARTINEZ CADAVID
DEMANDADO	COLPENSIONES, PORVENIR Y COLFONDOS
LITISCONSORTE NECESARIO	MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO
RADICADO	76001-31-05-007-2019-00684-01

Magistrado Ponente: **DRA MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto se procede a salvar el voto.

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

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



Pues bien, con miras a desatar el conflicto de seguridad social suscitado importa detallar inicialmente que es al Estado a quien le corresponde, por la vía del legislador, establecer un sistema pensional suficiente, lo que deviene del Art.48 de la C.N y el preámbulo de la ley 100 de 1993⁴, por lo que dicha construcción social debe dar atemperada satisfacción a los usuarios en caso de impropiedades generadas al interior del mismo; para el caso, la ineficacia del traslado de régimen pensional suscitado con pensionados.

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

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

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

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

⁴5.1. El derecho irrenunciable al aseguramiento en pensiones (Art. 48 CP), como garantía social constitucional, exige particularmente un desarrollo legal y reglamentario del que se derive su efectiva configuración y exigibilidad, como es propio de los principios que reservan un amplio contenido prestacional. El carácter fundamental de este derecho no deviene sólo de su incorporación normativa en la Carta Política, sino, en esencia, de la realización de las condiciones dignas y justas en las que enmarca el desenvolvimiento del derecho fundamental al trabajo (Arts. 25 CP). Por ello, desde sus primeros pronunciamientos esta Sala ha sido clara en establecer que, lejos de una perspectiva eminentemente asistencial, la seguridad social no es una prerrogativa propiamente dicha, sino el derecho estructurado sobre la base del reintegro a los trabajadores del ahorro constante, producto de largos años de labores.^[76]

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

⁵ C-177 DE 1998

propuesto por un pensionado mediante el reconocimiento completo de sus derechos prestacionales, y a cargo de quien señala el sistema general de pensiones.

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

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

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

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

La jurisprudencia especializada también señala vías de solución iguales:

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, en cuanto a la improcedencia de la compensación, defendida por el recurrente bajo el argumento de que Colpensiones y el demandante no son deudores recíprocos, la Sala no suscribe este planteo. Ello, en la medida que el carácter de deudor del demandante debe apreciarse desde el prisma del sistema, es decir, ante los ojos del sistema general de pensiones él es deudor de

los recursos con los cuales se va a financiar su pensión, al margen de la entidad que los administra.

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

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

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

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

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

Corresponde entonces tener mejor discernimiento para los pensionados, pues la seguridad social, se repite, si tiene su propio camino de solución: el pago de los derechos correspondientes a los pensionados, 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 un nuevo juicio a fin de explorar lo que cabalmente en este proceso ya se sabe.

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

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

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

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

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

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

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

Si se aplica el derecho civil también se desconocería un marco constitucional, que es el que contempla las actuales realidades desarrolladas por el legislador: la existencia de elementos colocados a

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

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

disposición del juez social permisivos todos ellos para una concreta o determinable condena, pudiendo con ello bastantear la combatida ilicitud.



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

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

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

Con lo visto en precedencia, sigue mirar, por aquello de la equidad colectiva⁸, sí la afectación a los derechos de quienes se trasladan de régimen pensional está presente en todas las realidades de vinculación y traslado, para lo cual cabe decir, que esa indebida información, campea en todos esos escenarios con el mismo vigor frente al acto de ilicitud.

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

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

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

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

por los perjuicios, y no de menor importancia, aplicación de una fuente de derechos de manera retroactiva.

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

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

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

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

Emerge pues, rápidamente la desprotección en la que se coloca a los pensionados, pero se indica en esa jurisprudencia que su reivindicación no puede hacerse en este proceso, (**SL 373-2021**), con lo cual de paso se compromete en mayor grado la eficacia del Derecho, que es la mejor aspiración de todas las normas, sin dejar de lado el impacto negativo económico y funcional que arroja al Estado la congestión judicial.

Consideraciones precedentes que abrevan del entendido de ser la SEGURIDAD SOCIAL⁹ la mejor utilización de esos dos vocablos¹⁰, al traer su conjugación respuestas estatales a los derechos del Hombre y además, pervivir por centurias en su permanente construcción, pues los sucesos sociales y casi todos, no nacen un determinado día, resulta pertinente, traer a cuento el entendido de Simón Bolívar, tener a la seguridad social como elemento de la mejor fórmula gubernamental posible.

Es que precisamente, dado el nivel de expectativa que tiene la materia hoy en día, no se hace de recibo situar a los actuales pensionados o a cualquier ciudadano, luego de estar años tratando de encausar su reclamo, en otro proceso ordinario diferente, lo que de modo igual compromete al principio mínimo fundamental de la seguridad social como garantía¹¹, siendo claro que la corte constitucional estableció el traslado de régimen como característica eficiente de la seguridad social (**C- 841 de 2003**).

También es de ver que la restricción al pensionado para limitar su traslado dentro del Rais (**Art.107 de la ley 100 de 1993**) no hace ecuación con las razones de la nulidad del traslado de régimen

9

¹⁰ EL NUEVO DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO, MARIO DE LA CUEVA, PAG 23.

¹¹ Art,53 C.N. COPIAR

pensional ni de su ineficacia, lo son por la ilicitud del acto, más no por la limitada o no voluntad del pensionado para generar traslado dentro del RAIS¹²; ahora, tampoco es causa suficiente para la indemnidad que se quiere dar al RPM por la condición de pensionado, colacionada con la existencia de diversas modalidades pensionales matizadas por contratos de seguros. La unilateralidad o la bilateralidad no están por encima de la ley, lo que incluye los principios generales del Derecho, siendo muy importante la claridad en esta diferenciación porque lo que es connatural a la seguridad social, es pagar las mesadas pensionales completas sin necesidad de acudir al expediente de los perjuicios irrogados.

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

Por último, pero no sin trascendencia, es claro, que el incumplimiento del Estado en establecer dentro del sistema caminos de solución propios para infracciones, como la estudiada y aceptada en este caso, que es lo que propende la nueva solución jurisprudencial, no es culpa del pensionado; él ya es

¹² “Como se señaló en la sección 3 de esta sentencia, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, existen por lo menos 3 subsistemas de pensiones por los que puede optar el afiliado: (a) la renta vitalicia inmediata; (b) el ahorro programado; y (c) el ahorro programado con la renta vitalicia diferida.

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

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

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

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

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

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

una víctima de esa ilicitud, pero a su costa y obrar se le impone hermenéuticamente todas las acciones por hacer, corriendo a plenitud sus derechos el riesgo propio que trae un proceso diferente.

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

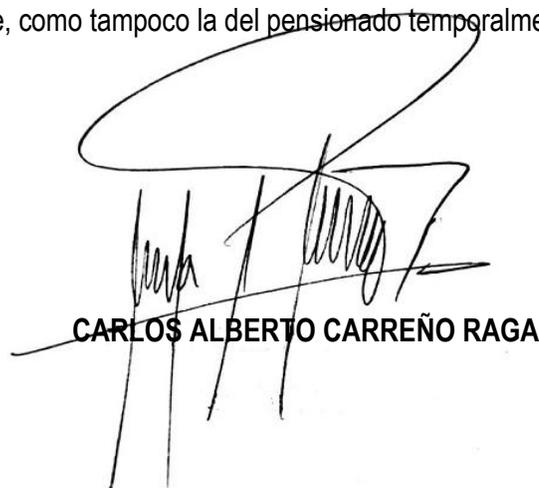
Pero es de advertir que sin ninguna otra consideración, es al pensionado al que se le priva de la seguridad social y su eficacia, todo para finalmente concluir que las cuentas no le cuadran al sistema pensional por que el pensionado gozará de sus derechos, pero debiéndoselos cobrar al que causo el perjuicio,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

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

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

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

El Magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA