REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL

Ordinario: JAIME MANUEL ALEXANDROVICH DE LA CRUZ C/: PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES
Radicación Nº76-001-31-05-014-2019-00740-01 Juez 14° Laboral del Circuito de Cali

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023), hora 4:00 p.m.

ACTA No.021

El ponente, magistrado **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA**, en Sala, en virtualidad TIC'S por la pandemia COVID 19 , conforme con el procedimiento de los arts.11 y 12, Decreto legislativo 491, 564 y art.15, Decreto 806 del 04 de junio de 2020, Decreto 039 de 14- 01-2021 y Acuerdos 11567-CSJ del 05 de junio de 2020, 11581, CSJVAA20- 43 de junio 22, 11623 de agos-28 de 2020, PCSJA20- 11632 de 2020, CSJVAA21- 31 del 15 de abril de 2021, Acuerdo 11840 del 26 de agosto de 2021, Acuerdo CSJVAA-21- 70 del 24 de agosto de 2021, Resolución 666 de 28 de abril de 2022 y Ley 2213 de 2022 y demás reglas procedimentales de justicia digital en pandemia, procede dentro del proceso de la referencia a hacer la notificación, publicidad virtual y remisión al enlace de la Rama Judicial link de sentencia escritural virtual del Despacho,

SENTENCIA No.2814

El pensionista<**PROTECCIÓN S.A.,** en modalidad de renta vitalicia> por vejez ha convocado a las demandadas < PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES>, para que la jurisdicción declare y condena a:

PRIMERO: Que se **DECLARE** nulo o, ineficaz el traslado que efectuó mi mandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, concretamente a **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A.** por cuanto su consentimiento estuvo mediado de error.

SEGUNDO: Como consecuencia de la nulidad o ineficacia del traslado, se ordene a través de esta sentencia el retorno de mi poderdante a la **ADMINISTRADORA**

COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES entidad que administra el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: Sírvase señor juez **ORDENAR** a **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A.**, que, una vez ejecutoriada su sentencia, se sirva trasladar los aportes efectuados por mi mandante junto con sus respectivos rendimientos a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y asumir las diferencias que haya lugar derivadas del cálculo de equivalencias entre regímenes.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, solicito se CONDENE a **ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, reconocer y pagar la pensión de vejez de mi prohijado a partir de la fecha en que cumplió los requisitos, esto es, 07 de enero de 2012 conservando el régimen de transición, que para el caso concreto de mi mandante remite al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

QUINTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, liquidar la pensión de vejez de mi prohijado aplicando una tasa de remplazo del 90% al IBL conforme Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

SEXTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, reconocer el retroactivo pensional debidamente indexado.

SÉPTIMO: Sírvase señor juez **CONDENAR** a las entidades demandadas reconocer y pagar a mi mandante las costas y agencias en derecho que se causen.

OCTAVO: CONDENAR en lo que ultra y extra petita resulte demostrado en el proceso.

… Con base en hechos, pretensiones, pruebas, oposiciones, alegaciones y excepciones suficientemente conocidos y debatidos por las partes de la relación sustancial de seguridad social pensional y de la relación jurídico procesal en este juicio, enteradas éstas de los fundamentos fácticos probados y argumentos jurídicos de la sentencia absolutoria No. 055 del 15/02/2022 que resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de Inexistencia de la obligación propuesta por las demandadas.
SEGUNDO: ABSOLVER a la administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PROTECCION S.A**, a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales de las pretensiones incoadas por el señor Jaime Manuel Alexandrovich de la Cruz con C.C. **14.980.602.**
TERCERO: COSTAS a cargo de la parte demandante, y como agencias en derecho se fija la suma de $300.000 que el demandante debe cancelar a cada demandada.

Sentencia remitida en apelación por el actor.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISION DE II INSTANCIA:

I.- LIMITES APELACIÓN DEMANDANTE: *"solicita revocar la sentencia, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, como fue solicitado en las pretensiones de la demanda y que COLPENSIONES reconozca y pague el derecho pensional del actor, que los demandados no pudieron desvirtuar las razones de hecho y derecho expuestos en los hechos de la demanda, ya que al momento del traslado del régimen pensional al demandante no se le brindó una adecuada asesoría para escoger de manera libre y voluntaria que más le convenía, no se le explicó las condiciones del traslado y mucho menos las consecuencias de dicho traslado.*

Que el demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 42 años de edad, lo que lo hace beneficiario del régimen de transición y que contaba con más de 750 semanas de dicho traslado, tornando procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado. (AUDIO T.T. 02:06:50)".

PROTECCIÓN S.A. en comunicado de radicado 2008-15425 del 20/05/2008 (f.36-37 digital), reconoció al actor la pensión anticipada de vejez bajo la modalidad de renta vitalicia, por haber nacido el 07/01/1952 y cumplir con las exigencias del art. 64 de la Ley 100 de 1993, a partir del 12/12/2017 en cuantía de $795.147 y de $840.391 para el año 2018.

COLPENSIONES en comunicado de radicado 2019_14031030 del 17/10/2019 (f.41-42 digital), negó la solicitud de nulidad de traslado radicada por el actor.

Se parte de la premisa:

Cada uno de los regímenes de pensiones creados por art.12, Ley 100 de 1993, genera un estatus propio para el afiliado de acuerdo con la reglamentación. Así tenemos que el régimen solidario de prima media con prestación definida -RSPMPD- al afiliado/asegurado le da una ubicación en el ordenamiento jurídico que significa una situación jurídica con un conjunto de beneficios, privilegios, garantías, condiciones y favores para el asegurado y para su grupo familiar, a fin de pensionarse bajo determinadas reglas que lo colocan a él y a su grupo familiar en unas condiciones privilegiadas que sólo ese régimen reconoce y diferentes a las del RAIS. En esa medida, le da un carácter único, con suficiencia para ser parte del derecho fundamental a elegir régimen, el que solo corresponde a elección del asegurado y que nadie puede desconocer porque es de la libre esfera subjetiva del afiliado. Por ese carácter de derecho fundamental que conlleva el cambio del régimen solidario de prima media con prestación definida -RSPMPD- al régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS- , es que concita a la Sala a hacer un estudio de fondo sobre sus distintos contornos.

PROBLEMA JURIDICO: - Establecer si el cambio de **RSPMPD ADMINISTRADO POR ISS-LIQUIDADO hoy COLPENSIONES** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PROTECCIÓN S.A.** de la parte demandante se ajustó a derecho; - en el evento a que no se llegue a una respuesta positiva en el interrogante anterior se verificara si hay lugar o no a la declaratoria de nulidad de dicho traslado o a la ineficacia en esta sede contra el fondo involucrado y condenas consecuenciales a la situación jurídica, económica y financiera de la INEFICACIA DEL TRASLADO.

Como **segundo problema jurídico**, en caso de no ser procedente la ineficacia del traslado pretendido, se debe establecer qué fondo debe asumir la prestación y en qué condiciones.

Como tercer problema jurídico consiste: en caso de ser procedente la ineficacia del traslado, se debe establecer si son procedentes las pretensiones de la demanda de reconvención planteada por PROTECCIÓN S.A. (f.164-194 digital).

LINEA DE AFP: -**RAIS PROTECCIÓN S.A.<efectuado el 27/08/1997,**f.173 digital>.

Se tienen hechos que no son materia de debate ni de impugnación en autos:

- **JAIME MANUEL ALEXANDROVICH DE LA CRUZ** nació el 07/01/1952 <fl.21>.

- La parte demandante se afilió *[la afiliación imprime permanencia al SGSSP, independientemente del régimen y de la administradora, es vitalicia*[1]*]* y cotizó interrumpidamente en el **RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA ADMINISTRADO POR ISS-LIQUIDADO HOY COLPENSIONES** desde 18/06/1971 hasta el 31/08/1997, cotizando 292.86 semanas (f.31 digital), que conceptualmente significa que desde que se afilia el asegurado sabe los requisitos, edad, semanas cotizadas, tasa de reemplazo y monto de la pensión< ***Artículo 2.2.1.1.3, Decreto compilatorio 1833 de 2016, art.4,Dec.692/94>;***

TRASLADOS:

Se trasladó del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.,** el 27/08/1997 <formulario de afiliación f.173 digital>.

RAIS, que consiste en:

"ARTÍCULO 2.2.1.1.4. Régimen de ahorro individual con solidaridad. En el régimen de ahorro individual con solidaridad los afiliados tienen una cuenta individualizada, en la cual se abona el valor de sus cotizaciones y las de su empleador, las cotizaciones voluntarias, los bonos pensionales y los subsidios del Estado si hubiere lugar a ellos, más todos los rendimientos financieros que genere la cuenta individual. El monto de la pensión es variable y depende, entre otros factores, del monto acumulado en la cuenta, de la edad a la cual decida retirarse el afiliado, de la modalidad de la pensión, así como de las semanas cotizadas y la rentabilidad de los ahorros acumulados.(…)[Art.2.2.1.1.4.,Dec.1833/2016, art.5,Dec.692/94][2]*.*

---

[1] "Dec.1833 de 2016, **ARTÍCULO 2.2.2.1.2.** ***Permanencia de la afiliación.*** La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones."*(Dec. 692 de 1994, art. 13)*

[2] **"ARTÍCULO 2.2.2.1.8**. ***Diligenciamiento de la selección y vinculación***. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en el sistema general de pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.(…) …"(Dec.1833 de 2016 y 11, Dec.692/94).

Se controvierte desde el líbelo introductor que: (i) no fue informado sobre las condiciones de traslado,(ii) no se le hizo una proyección pensional para identificar las ventajas, (iii)como tampoco le informaron la posibilidad de retractarse, le indicaron que podía obtener una mesada superior a la que le correspondería percibir en COLPENSIONES.

… propaganda negra que se iba a acabar el ISS y se perderían los aportes… por parte del - ***RAIS PROTECCIÓN S.A.*** ofreciéndole maravillosas ventajas, pensionándose antes de lo esperado, recibiría dividendos e intereses de rendimientos, que incrementarían el capital, se pensiona con una mesada más alta y a menor edad, con <<noticias falsas, lo que se llama en el argot publicitario, con publicidad negra>>.

Hacemos énfasis en la libertad de movilidad, la que es componente importante del derecho fundamental a elegir régimen pensional en la seguridad social. La parte demandante se trasladó del **RSPMPD** a **RAIS PROTECCIÓN S.A.**, fecha en que no existía prohibición ni restricción alguna, solo antigüedad de 3 años, lit. e), art.13, Ley 100/93, ahora, frente a la escogencia de régimen pensional, prevé el artículo 13, literal b), ibídem que: *"La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley." 3*

Por su parte, el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, señala que los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen, esto es el régimen solidario de

---

[3] ***ARTÍCULO 271, LEY 100 DE 1993. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR.*** *<La competencia asignada en este artículo al Ministerio de Salud, será ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud. Ver Notas de Vigencia> El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.*
El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios."

prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad.

A su vez, el inciso 2° del Decreto 1642 de 1995, que reglamenta la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, establece que *"La selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador, y se entenderá efectuada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria"*

Se tiene que el demandante venía vinculado válidamente desde 16/06/1971 al Régimen de Prima media con Prestación Definida administrado por **ISS Hoy COLPENSIONES** y que en 1997 decidió trasladarse al **RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD ADMINISTRADO** por - **PROTECCIÓN S.A. (f.173 digital)**, debiéndose considerar para el efecto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, referente a que para el diligenciamiento de la selección y vinculación que implica la aceptación de las condiciones propias del régimen para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas, se debe hacer esta vinculación libre y voluntariamente por parte del afiliado, y en ella se debe manifestar sin lugar a dudas, que exista la voluntad y el consentimiento debidamente informado de cuáles son las condiciones en las que se va a verificar esa vinculación.

Cuando la parte afiliada se traslade por primera vez del **RSPMPD** al **RAIS PROTECCIÓN S.A.**, como es el caso de la parte demandante, en el formulario se deberá consignar que la decisión de trasladarse se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones (**f.173 digital**), pero debió conforme lo exige la regla en términos similares a los previstos por la ley 50/90 cuando se trata de cambio o renuncia del régimen retroactivo de liquidación de cesantías por el régimen anualizado <art.114, Ley 100/93>. Señala la norma que, el formulario puede contener la leyenda pre impresa en ese sentido…

"VOLUNTAD DE AFILIACIÓN. HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDO Y CESANTÍAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES, TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS"

…pero no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un régimen a otro, beneficios y

desventajas que puedan significar en cada caso. En este asunto hablamos de vinculación, pues de conformidad con el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, la afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente con carácter de vitalicia e independiente del régimen o de la administradora que seleccione el afiliado.

PRESUPUESTOS DE INEFICACIA DEL CAMBIO DE RSPMPD A RAIS

Respecto a la ineficacia del cambio de régimen pensional, <*entendiendo que la ineficacia determina que un "acto jurídico" no produce efectos, pese a existir y haberse perfeccionado por la concurrencia de sus elementos esenciales,* ***pero que por la violación de una norma no puede proyectarse En el mundo de las relaciones jurídicas, C-345 de 2017>,*** por no haberse efectuado la vinculación bajo los parámetros de la libertad informada, han de considerarse los reiterados pronunciamientos de antaño de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia[4], proceso de construcción que culmina con la Sentencia hito del **09 de septiembre de 2008**, radiación 31989, MP. Dr. Eduardo López Villegas Sala de Casación Laboral[5], recogida, por ejemplo, sentencias del 22 de noviembre de 2011, radicación 33083 y del 06 de diciembre de 2011, radicación 31314, del 03 de septiembre de 2014, que en lo que interesa a este asunto, puntualizó que para efectos de optar por alguno de los dos (2) regímenes pensionales existentes *"…el literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación fuera libre y voluntaria, y contempló como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigente, además de que «la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»;…" (*CSJ-SL del 03

[4] Siguiendo la línea jurisprudencial construida desde el 13 agosto de 2002,rad.17784; 24 oct-2002, rad.18746;6-mayo-2004,rad.21898;01-sept-2004,rad.22029;07-feb-2006;22-nov-2007,rad.29887;16-sept-2008,rad.32363;09-sept-2008,rad.31989;06-dic-2011,rad.31314;22-nov-2011,rad.33083;sept-O3-2014,rad.46292;29-julio-2015,rad.46865;19-marz-14-2018;22-jul-2015,rad.55050;03-abril-2019,rad.68852; la C-345 de 2017, proceso de construcción que culmina con la Sentencia hito del **09 de septiembre de 2008**, radicación 31989, MP. Dr. Eduardo López Villegas Sala de Casación Laboral;

[5]Sentencia del **09 de septiembre de 2008**, radicación 31989, MP. Dr. Eduardo López Villegas: *"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"*; y sentencias del **22 de noviembre de 2011**, radicación 33083 y del **06 de diciembre de 2011**, radicación 31314, MP. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

de septiembre de 2014, radicación 46292, SL12136 MP. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón)

Respecto a la ineficacia del traslado de régimen pensional por no haberse efectuado la vinculación bajo los parámetros de la libertad informada, han de considerarse los reiterados pronunciamientos de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, desde la Sentencia hito del **09 de septiembre de 2008**, radiación 31989, MP. Dr. Eduardo López Villegas Sala de Casación Laboral[6], recogida, por ejemplo, sentencias del 22 de noviembre de 2011, radicación 33083 y del 06 de diciembre de 2011, radicación 31314, del 03 de septiembre de 2014, así como en las proferidas SL-12136-2014, SL19447-2017, SL-4964-2018, SL4689-2018 y la reciente SL-1452-2019 del 03 abril-2019, que en lo que interesa a este asunto, puntualizó que para efectos de optar por alguno de los dos (2) regímenes pensionales existentes *"…el literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación fuera libre y voluntaria, y contempló como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigente, además de que «la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»;…" (*CSJ-SL del 03 de septiembre de 2014, radicación 46292, SL12136 MP. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón)

Refiere además la Corporación que, cuando están en juego aspectos tan trascendentes como la **pérdida del RSPMPD** o la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, en la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, se hace necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe

[6]Sentencia del **09 de septiembre de 2008**, radiación 31989, MP. Dr. Eduardo López Villegas: *"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"*; y sentencias del **22 de noviembre de 2011**, radicación 33083 y del **06 de diciembre de 2011**, radicación 31314, MP. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro, pues a su juicio, *"**no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales**, ni puede estimarse satisfecho tal requisito **con una simple expresión genérica**; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, **so pena de declarar ineficaz ese tránsito**."*

Con base en los distintos pronunciamientos de la Corte de cierre ordinario y la doctrina jurisprudencial, veamos si probatoriamente se dan esos presupuestos que plantea la sentencia hito, sobre el consentimiento debidamente informado:

1.- PROFESIONALIDAD DEL FAP- RAIS- PROTECCIÓN S.A.: Obró con responsabilidad profesional el fondo privado, prestando un servicio eficiente, eficaz y oportuno, de acompañamiento, orientación, apoyo y guía para una eficaz elección (¿?). Lo que refleja la prueba en autos, es que no hubo ese acompañamiento, ese asesoramiento, en las fases del proceso de atraer a un nuevo 'cliente', como le llaman. Por el contrario, revela afán de ganancia y de captar un nuevo afiliado a fuerza de violar sus derechos fundamentales.

2.- INDEPENDIENTEMENTE QUE SEA O NO DE REGIMEN DE TRANSICIÓN, en principio, si hay libertad de elección de régimen en el SGSSP, no es determinante que el asegurado sea o no de transición, ya por la edad ora por la densidad a abril/1994 en que rige la Ley 100/93. Pues, básicamente lo que busca la parte afiliada es regresar al RSPMPD que administra ISS-liquidado hoy COLPENSIONES, para pensionarse en ese régimen bien antes con acuerdos del ISS o en el nuevo SGSSP con COLPENSIONES, pero en todo caso en el RSPMPD. En autos, se precisa al estudiar la pretensión económica.

***3.- INFORMACIÓN PARA CONSTRUIR EL CONSENTIMIENTO POR CONOCIMIENTO INFORMADO COMPLETO SOBRE ASPECTOS COMO**: La información integral debe comprender todas las etapas del proceso, desde el preámbulo de la afiliación, teniendo en cuenta la edad, régimen en que está la afiliada y sus ventajas, totalidad de semanas cotizadas en ese momento y sus consecuencias normativas y jurídicas como económicas, lo*

*que le ofrece el **FAP-** **RAIS- PROTECCIÓN S.A.** …, el capital requerido , modalidad de pensión en el RAIS, y cuadros comparativos con base en la teoría de juegos que le proyectan hipótesis para determinar edad, capital, fecha de goce, monto de la pensión, número de mesadas anuales, aumentos anuales, agotamiento del capital, pensión de sobrevivientes, pensión de invalidez en el régimen común, comparativamente con lo que le ofrece el ISS, ventajas y desventajas de éste, como del RAIS administrado por **FAP-** **RAIS- PROTECCIÓN S.A.** …Es decir que comprenda con precisión temas como:*

***3.1.- CONOCIMIENTO** de los derechos, prerrogativas, garantías, privilegios, beneficios y status de ser o estar jurídicamente ubicado en el RSPMPD, no hay prueba en autos, que el fondo demandado hubiese dedicado esfuerzos para resaltar que la afiliada por la edad es de transición, cuáles son los beneficios de la transición, cuáles sus bondades, O de no serlo, cuál es la suerte de su familia, por ejemplo, en caso de fallecer, como queda la pensión de sobrevivientes o la de invalidez de origen no profesional, con el número de semanas, cálculo de la suma de semanas que lograría de seguir en el ISS; y lo mismo respecto del **FAP-** **RAIS- PROTECCIÓN S.A.** …*

***3.2.- CONCIENCIA** de lo que es y comprende tener estatus en RSPMPD y que con el traslado tal situación jurídica y el paquete de beneficios que le da y, por ende, todo el haz de derechos y cascada de beneficios, como los incrementos por persona a cargo… lo que se contrapone a la libertad de elegir –no hay buena elección cuando no se tiene conciencia de lo que se pierde-.*

"Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos." (SL12136-2014)

3.3.- RESPETO Y CONSERVACIÓN DEL REGIMEN RSPMPD, lo que en ocasiones concretas puede implicar la renuncia al status pensión, lo que es irrenunciable "… pues el respeto y la conservación del régimen de transición exigido, se hizo [hace] bajo el amparo de que no era posible su pérdida y que el ISS debía aplicarlo en su integridad."SJ-SL12136-2014).

3.4.- LA FINALIDAD de todo traslado es mejorar y lograr mayor cobertura de la SS en pensiones, porque la teleología del legislador en LA SS en pensiones es progresiva, mayor cobertura, misma teleología que debe perseguir todo régimen pensional, por ende , es finalidad atendible por las administradoras, *"… esta Sala recuerda que el sistema*

general de seguridad social se implantó con el objetivo de procurar una mayor cobertura respecto de las distintas contingencias y se edificó bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, todo ello en aras, además, de elevar la calidad de vida de los asociados y de materializar el postulado inserto en el artículo 48 de la Constitución Política. " (CSJ-SL12136-2014).

Es tan diferente el resultado de comparar un régimen pensional progresivo que se basa en la solidaridad, la edad inmodificable relativamente, en la densidad de tiempos servidos o semanas cotizadas, en que la mesada es proporcional a los IBC's o salarios sobre que se aporta, en que la tasa tiene un tope justo y aritméticamente proporcional a lo trabajado y aportado *"… el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión <inc.4,mod.art.5, Ley 797/03,inc.6, art.18,Ley 100/93>"*, vertiendo la solidaridad a cargo del fondo común que conforman los aportes, como lo es el RSPMPD (art.20,Acuerdo 049/90), frente a un régimen pensional de cuenta individual regresivo, basado en el capital, que entre más cotice y sea mayor el IBL, la tasa de remplazo es inversamente proporcional al ingreso base de liquidación, con engaño que se puede pensionar a la edad que quiera, cuando ello depende del número de años laborados y del capital acumulado en la cuenta con sus rendimientos, en portafolios de inversión competitivo en el mundo de capitales del comercio financiero nacional e internacional; como lo reporta históricamente la fórmula del art. 10, Ley 797/03, al modificar el art.34, Ley 100/93, porque tiende a bajar del 65% al 55%.

Es hecho notorio judicial, que comparativamente, todas las pensiones en ***FAP*- RAIS- PROTECCIÓN S.A.** …siempre, comparativamente, son inferiores a las mesadas pensionales con **COLPENSIONES**. Esto es indiscutible. Esto no se le explicó a la parte demandante, no hay prueba de ello. No puede haber conciencia en querer perder la transición, que, a todas las interpretaciones, es más favorable siempre el **RSPMPD.**

Tales elementos normativos y económicos, sin duda, tienen incidencia grave en el presente debate, para determinar la ineficacia del traslado del afiliado en punto al régimen de transición y debieron ser el norte del ***FAP*- RAIS- PROTECCIÓN S.A.** …, antes de inducir a una conducta con déficit de información para formar esa voluntad de decidir.

3.5.- INEFICACIA DEL CAMBIO DE RSPMPD, INDEPENDIENTEMENTE que la persona sea o no de transición, o esté próxima a la edad que estructura el derecho a la pensión de vejez, pues, la finalidad que persigue la demandante es retornar, por su favorabilidad y bondad, al RSPMPD , antes o después de Ley 100 de 1993 y sus reformas –Ley 797 de 2003-, antes administrado por el ISS hoy por COLPENSIONES, porque su querer es pensionarse bajo el régimen RSPMPD, por sus beneficios normativos y económicos, cuando corresponda.

3.6- IBL "ARTÍCULO 2.2.1.3.1. Ingreso base de liquidación. *Se entiende por ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, el promedio de los salarios o rentas mensuales de los últimos diez (10) años de cotizaciones o su equivalente en número de semanas sobre las cuales efectivamente se cotizó, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, total nacional, según la certificación del Dane. (…)(Art.2.2.1.3.1., Dec.1833 de 2016, art.46,Dec.692/94)*

Sobre lo cual no hay prueba que FAP- RAIS- **PROTECCIÓN S.A.** hubiesen hecho pruebas y apoyados en la teoría de juegos hubiere presentado proyectos de liquidación de la pensión, tanto es así que si la accionante no hubiera interactuado con su comunidad de amigos y relacionados o pedido a RAIS- proyecto del valor de su mesada pensional, no hubiera demandado , y las desventajas que le brinda el RAIS, que son distintas en la metodología, forma de operar con los datos, tasa tope de la mesada, y circunstancias de edad y de la modalidad de la pensión (art.79, Ley 100/93 y art.46, Dec.692/94: renta vitalicia inmediata; retiro programado; retiro programado con renta vitalicia diferida, o las demás que autorice la Superfinanciera, que agregó a la fecha 4 modalidades).

Es tan fundamental la información a cargo de los fondos administradores de pensiones, en este caso -**RAIS PROTECCIÓN S.A.,** que desde el contenido de la ley 100/93 que los creó y sucesivamente se ha creado una normatividad ante el abuso de omisión de estos, como lo reseña la CSJ-SL1452-2019* en cuadro se sintetiza hasta hoy tal evolución, incluida la reasesoría**, esto con el fin de demostrar que no es de última hora que es reglamentada y obligatoria esa información soportada:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**

	pensiones a dar información	
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

- S*entenciaCSJ-SL1452-2019 DEL 03 ABRIL DE 2019, RAD.68852.*

** El demandante no tiene nada que probar, porque su afirmación es de carácter negativo indefinido <art.177,CPC y 167,CGP.>, que no se prueba y se convierte -no sólo por el carácter de dinámica de la prueba en una carga de probar por RAIS- **PROTECCIÓN S.A.** … además porque ésta debe probar que sí realizó reasesoría, a falta de la doble asesoría que no practicaron los fondos involucrados, ordenada por reglamentos vigentes para la época *Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009, reglamentado por el Decreto 2241 de 2010, …en realidad no cumplió su finalidad porque no le mostraron o dieron nada escrito…, pero en ningún caso les fueron entregadas a los asegurados para su análisis, consulta y asesoría con un experto, es decir, no subsanó la omisión e información documentada que exige la normatividad, razón, por no entender y no tener a la mano las mencionadas tablas, no pudo estudiar o analizar la incidencia e importancia del momento, no entendió que era la oportunidad que tenía para retornar al RSPMPD administrado en 2018 por COLPENSIONES. Es reasesoría o doble asesoría que no cumplió su cometido. Más confundidos quedaron los asegurados. La que fue ineficaz desde todo punto de vista.*

4.- INFORMACION DEL DERECHO DE RETRACTO[7], en autos no hay prueba que **PROTECCIÓN S.A.** le hubiere comunicado por escrito al afiliado, el derecho a retractarse, no obstante que así lo regla el art.3, Decreto 1161 de 1994.

5.- NO SE CONVALIDA la actuación viciada de CAMBIO del **RSPMPD** al ***FAP*- PROTECCIÓN S.A.** por los traslados o permanecer en un RAIS; en autos está probado el traslado sólo de ISS a RAIS- **PROTECCIÓN S.A.**, y con todos los vicios y vacíos que se señalan, de ninguna manera convalidados ni por el transcurso del tiempo –prescripción-, ni por el no ejercicio del derecho de retracto de la asegurada y menos por las cotizaciones. Mal puede convalidarse, porque el traslado conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

6.- DILIGENCIA Y CUIDADO A CARGO DEL RAIS: Por supuesto que en autos, la ausencia de prueba por parte de ***FAP*- RAIS- PROTECCIÓN S.A.**, que en términos del art. 1604,CC. *'… la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo'*, no hay demostración alguna de sentido humanitario en las distintas fases de la inducción al traslado de la demandante del ISS al RAIS- **PROTECCIÓN S.A.** sobre todo que exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993). Olvidó, en su afán de ganancia, ***FAP*- PROTECCIÓN S.A.** que se trataba de derechos constitucionalmente protegidos como la pensión. Tampoco, como era su deber, instar a la parte asegurada a consultar con el ISS una proyección de su pensión y las ventajas que perdería en caso de traslado.

No obstante que RAIS- **PROTECCIÓN S.A.** …fincan sus alegatos en simples afirmaciones que no tienen respaldo probatorio… porque se valió de personas ad-hoc y exprofeso para engañar a los incautos asegurados al ISS, inmersas en el mismo desconocimiento, tan legas como la parte afiliada, de lo que es uno y otro régimen, sorprendidas con un lenguaje y términos sórdidos, que salen de la lección recitada,

[7] "Decreto 1833 de 2016, CAPÍTULO 2., DERECHO DE RETRACTO " ARTÍCULO 2.2.2.2.1 *Derecho de retracto*. Se entenderá permitido el retracto del afiliado en todos los casos de selección con el objeto de proteger la libertad de escogencia dentro del sistema general de pensiones, de una administradora de cualquiera de los regímenes o de un plan o fondo de pensiones, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquel haya manifestado por escrito la correspondiente selección.(…)"."Cuando las administradoras efectúen procesos de promoción, deberán informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse de que trata el presente artículo." (*Decreto 1161 de 1994, art. 3).*

sin claridad mental sobre los fenómenos normativos y económicos que implica y conlleva la pérdida de la transición, por un régimen, que sólo lo justificaron los/las eufemísticamente llamados asesores comerciales que el ISS se iba a acabar. *"… no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito" (CSJ-SL12136-2016).*

Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que la libertad en la toma de una decisión de esa importancia, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción, pues una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente ni de buena fe, y menos del real consentimiento para adoptarla, posición esta reiterada en **sentencia del 18 de octubre de 2017**, radicación 46292, SL-17595-2017, MP. Dr. Fernando Castillo Cadena.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que ***FAP*- RAIS- PROTECCIÓN S.A.**, al momento de suscribir el documento de vinculación, le suministrara al afiliado una *"suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras"*, situación que no aconteció, pues la única prueba que obra en el plenario relativa a dicha vinculación, corresponde al formulario de "*solicitud de vinculación"*, el que no resulta suficiente para lograr este cometido, pese a que en él se impone tipográficamente genérica la leyenda de que la escogencia del Régimen de Ahorro Individual se *"realizó de forma libre, espontánea y sin presiones"* , lo que se denomina en el común la letra menuda que es pequeña para que no se lea, en tanto que, no se demostró que se le haya brindado una información veraz y suficiente al momento de su traslado, como lo recalca la Alta Corporación, al referir que:

En suma, fuera del miedo a perder los aportes –para un trabajador, es miedo paralizante… perder lo ahorrado, quedarse a la mitad o último tercio de su vida sin

pensión… - , no se demuestra que ***FAP*- RAIS- PROTECCIÓN S.A.** haya desplegado una verdadera actividad de asesoramiento, de acompañamiento, de lo que a la actora en últimas le representaba dicho acto jurídico de incorporación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS- **PROTECCIÓN S.A.** y así, permitirle valorar a la demandante las consecuencias negativas de su traslado, pues lo cierto es que no se realizó una verdadera proyección sobre la posible suma a la que ascendería su pensión en las distintas modalidades de pensión a escoger<art.79,Ley 100/93> en comparación con lo que percibiría si continuaba en el RPMPD administrado por el **ISS**, con aval del Estado, hoy **COLPENSIONES**, cotejando con las modalidades y condiciones a los que tendría derecho en el RAIS, de acuerdo con la Superintendencia Financiera, ni se le informó respecto de la diferencia en el pago de aportes y su fraccionamiento para gastos de administración y otros seguros previsionales por invalidez y muerte, y en este sentido, con esa información deficitaria, no se puede considerar que exista una manifestación libre y voluntaria de la afiliada que se vincula. No hay prueba en el expediente, y tenía ***FAP*- RAIS- PROTECCIÓN S.A.** la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del CC., omisión con la cual se genera la ineficacia del cambio de régimen conforme lo señala la jurisprudencia, y no una nulidad de traslado como se solicita en la demanda, en razón a que la vinculación o afiliación al **RAIS**- **PROTECCIÓN S.A.,** en estos términos no está llamada a producir efectos.

Lo anterior nos llevaría a establecer si se cumplieron o no con unos elementos mínimos de transparencia frente a las personas que se encuentran en posiciones de desigualdad, pues no se puede hablar de que ***FAP*- RAIS- PROTECCIÓN S.A.** esté en condiciones de igualdad con el afiliado, pues éste último no conoce cuáles son las condiciones del régimen –ni en lo normativo ni en lo económico y financiero, porque no le entregaron el plan de pensiones ni los reglamentos del fondo como manda la reglamentación desde 1994-, más allá de lo que los asesores de la entidad puedan informarle, que por lo que se tiene como hecho notorio de las campañas de traslado que a manera de marketing realizaron los fondos privados, nada profesionales ni técnicos –nada se acreditó por la pasiva de sus 'empleados ad hoc'-, porque es hecho notorio que el personal de mercadeo eran jovencitas o jovencitos sin experiencia ni conocimiento en ley de seguridad social ni en economía o análisis financieros que pudieran explicar con suficiencia en teoría de juegos las diversas hipótesis que con

las modalidades de pensión del RAIS podía optar la persona afiliada, de donde resulta evidente la asimetría en la información.

A las anteriores argumentaciones, agregamos que la vinculación de la parte demandante al RAIS-administrado por ***FAP*- RAIS- PROTECCIÓN S.A.** , no se debe analizar desde el plano de los hechos para pretender la inexistencia de causal de nulidad, es para establecer desde el nivel de la finalidad sistémica, si es ineficaz, ya que está cuestionando su propio profesionalismo y deber de asesoría -las administradoras de los fondos pensionales son dentro del **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES** delegadas por el Estado en la prestación del servicio público a su cargo -art.48,Constitucional y arts.109 y ss, Ley 100/93-, y en ese acometido no se deben oponer a los legítimos derechos y al ejercicio de la acción correspondiente para su efectividad, porque aquellos son simples administradores*(CSJ, AL4048-2015, RAD.66744, AUTO DEL 04 DE MARZO DE 2015, M.P. Dr. Gustavo Hernando López Algarra)*, no son propietarios de los dineros que arriban a las cuentas individuales de cada afiliado o del fondo común, empero el asegurado en todo momento tiene derecho para elegir lo mejor que conviene a sus intereses y desde esta perspectiva velar por la conveniencia del accionante de retornar al régimen de prima media y mantener los beneficios de la transición, esto es, escrutar si el traslado operó y si tuvo eficacia. Y desde este referente cuestionar si el traslado era válido, e independientemente de la cascada de beneficios que persigue el afiliado, que para nada es condicionante de la validez del traslado, porque es una actividad medio y no de resultado, a lo que no se deben oponer las administradoras privadas, porque aquel es dueño de sus aportes, bonos pensionales y rendimientos, así como de su futuro pensional que es para toda la vida con efectos intergeneracionales, porque de ello depende la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes para su grupo familiar, como la pensión de invalidez de origen no profesional en caso de pérdida de su capacidad laboral, no por el rato del mercado de bonanza que sólo beneficia al administrador financiero, y el sistema y sus agentes no están instituidos para obstaculizar legal y factualmente la vía de lo mejor a que aspira cada afiliado para sí y para su grupo familiar.

Así las cosas, al no haber cumplido la ***FAP*- PROTECCIÓN S.A.** , con los presupuestos de eficacia del traslado, y que verdaderamente hubiese estado

ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social y a las reglas de libertad de escogencia del sistema a las cuales nos hemos referido, en este caso están dados los presupuestos para que, al tenor del artículo 271 en concordancia con el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por disposición expresa de la norma, torna procedente declarar la **INEFICACIA** del traslado que la parte actora realizó desde el Régimen de Prima Media a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - RAIS- PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDA PARTE: PENSION DE VEJEZ POR COLPENSIONES O PROTECCIÓN S.A.

Se debe tener en cuenta que al actor le fue reconocida por parte de PROTECCIÓN S.A. pensión anticipada de vejez, en la modalidad de retiro programado, por cumplir con las exigencias del art. 64 y 81,de Ley 100 de 1993, a partir del 12/12/2007 en cuantía de $795.147 (f.36-37 digital), luego, se debe dar aplicación a lo establecido por la Corte suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en Sentencia SL 373 del 10/02/2021 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO que indica:

> *"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. Basta con relevar algunas situaciones:*
>
> *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.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

(…)

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." (sic).

OBERVACIONES NECESARIAS Y RESPETUOSAS A LA SL373 DE 2021

Se considera que la anterior sentencia no hizo un estudio a fondo de la situación de los afiliados al RAIS que han obtenido la pensión bajo algunas de las modalidades que ofrece el sistema y en particular el régimen de ahorro individual con solidaridad, porque es necesario estudiar cada modalidad en particular, no siendo dado generalizar que en todas las modalidades las puertas jurídicas de irrevocabilidad de los contratos con las aseguradoras de vida, que son las que en el sistema adquieren las obligaciones pensionales, de manera temporal en unas y de manera definitiva en otras, así como que la situación de cada modalidad prive al afiliado o pensionado de poder trasladarse o estar obligado a permanecer para siempre con un **FAP-RAIS** y con un contrato de renta vitalicia con la compañía aseguradora de seguros de vida -que generalmente, son del mismo grupo económico al que pertenece el FAP-. Por lo que se hace indispensable matizar en cada evento la situación, para ser debidamente indemnizado el afiliado que no fue adecuada y oportunamente informado en las consecuencias de su traslado del **RSPMPD** al **RAIS** de que se trate.

A QUIEN CORRESPONDE PAGAR LA PENSION: COLPENSIONES o PROTECCIÓN S.A.

Existe la opinión equivocada que tan pronto el afiliado o los beneficiarios contratan con la ASEGURADORA DE VIDA una modalidad de pensión, se agota el capital de la cuenta RAIS del afiliado -en este caso- o del causante y desaparece el FAP RAIS <que no paga pensiones, lo que es cierto>, lo que no es cierto, pero es lo que pareciera decir la parte final del inc.3, del art.59,Ley 100 de 1993, modificado por el art.47,Ley 1328 de 2009, al indicar que '*en este régimen las administradoras…y una eficiente gestión de los recursos por parte de la administradora, se procure el mejor retorno posible al final del período 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*'.

Para dilucidar esas incongruencias, brevemente se analizan las modalidades de pensión del art. 79, Ley 100 de 1993, por las siguientes razones:

El referido art.79, ib., indica que las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, podrán adoptar una de las siguientes modalidades[8]*:*

a-renta vitalicia inmediata;
b-retiro programado;
c-retiro programado con renta vitalicia diferida

La primera modalidad está definida en el artículo 80,*ib.,* **Renta vitalicia inmediata**: Es la modalidad de pago de pensión que contrata el trabajador con una compañía de seguros de vida, en la cual la compañía adquiere la obligación de cancelar al trabajador afiliado el pago de una **renta** mensual, para toda la vida del afiliado y sus beneficiarios o herederos, al momento de su fallecimiento o como dice la norma,

"Art.80. La renta vitalicia inmediata, es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho…"

[8] *La SL373 de febrero 2021, menciona, pero no analiza, '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.*

La segunda modalidad la define el artículo 81, ib., bajo el entendido que el **Retiro Programado** es aquella modalidad de pensión que obtiene el afiliado con cargo al saldo que mantiene en su cuenta de capitalización individual, como resultado de retirar anualmente la cantidad expresada en Unidades de Valor Constante -UVC-. Aquí sigue administrando el FAP-RAIS *"el saldo de la cuenta de ahorro pensional, mientras el afiliado disfruta de una pensión por retiro programado, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y a sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente.",* por lo que el FAP continua administrando ese saldo, es decir, no sale del escenario legal y de la responsabilidad el FAP-RAIS para con el afiliado y final pensionado o beneficiarios.

En efecto, el FAP continúa administrando la cuenta en los retiros programados, de este modo, los recursos siguen generando rendimientos. La AFP calcula anualmente el monto de los retiros.

La tercera modalidad, es una combinación de las dos primeras, **Retiro programado con renta vitalicia diferida,** pues el afiliado toma una parte de su ahorro y con la otra contrata una **renta** con una aseguradora, con el fin de recibir pagos, a partir de una fecha determinada. La regla legal es aún más clara, *'art.82,ib., el retiro programado con renta vitalicia diferida, es la modalidad de pensión por la cual un afiliado contrata con la aseguradora de su elección, una renta vitalicia con el fin de recibir pagos mensuales a partir de una fecha determinada, reteniendo en su cuenta individual de ahorro pensional , los fondos suficientes para obtener de la administradora un retiro programado, durante el período que medie entre la fecha en que ejerce la opción por esta modalidad y la fecha en que la renta vitalicia diferida comience a ser pagada por la aseguradora. La renta vitalicia diferida contratada tampoco podrá en este caso, ser inferior a la pensión mínima de vejez vigente"<art.82,ib.>.* Como se observa al retener fondos en su cuenta individual de ahorro pensional, que continúa administrando el **FAP-RAIS.**

Las diferencias entre segunda y tercera modalidad, es, en la modalidad de **retiro programado**, el afiliado mantiene la propiedad de sus fondos y puede cambiarse de AFP y de modalidad de pensión. Mientras que, en la **renta vitalicia**, una vez contratada por el afiliado, es irrevocable, por lo que éste no puede cambiarse de Compañía de Seguros ni de modalidad de pensión, como tampoco de **FAP PROTECCIÓN S.A.**

Con lo anterior se quiere significar que en todas de las tres modalidades del art. 79, Ley 100 de 1993, se requiere y mantiene el FAP- PROTECCIÓN S.A. la relación de sujeción por disposición de la ley , mientras el afiliado no cambie de FAP <que conserva la libertad de cambio o traslado, según los reglamentos>, lo que puede hacer en la segunda modalidad <y la administradora o la compañía de seguros que tenga a su cargo la pensión, cualquiera

que sea la modalidad de la pensión, será la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites necesarios que requiera para el pago de su mesada>, más no en la tercera, pues, una vez contrate con la aseguradora la modalidad de renta vitalicia, ésta es irrevocable y no puede cambiarse de Compañía de Seguros ni puede modificar la modalidad de pensión, deviene definitiva para el pensionado y sus beneficiarios. Tampoco puede cambiar de FAP-RAIS.

Es decir, que en ninguna de esas modalidades < predicable para las agregadas en Circular 13 del 24 de abril de 2012, por la Superfinanciera, *renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata]>*, cesa la obligación del FAP-RAIS de asesoría, acompañamiento , información documentada y orientación en lo que más beneficie al pensionado, pues, en efecto es el FAP , mientras el afiliado tenga fondos en su cuenta RAIS, en los casos de renta temporal o por un lapso limitado en el tiempo, quien debe orientar al afiliado en la contratación de la compañía de seguros de vida, que generalmente es perteneciente o con el mismo grupo económico del FAP-RAIS, y una vez entre a operar el contrato de renta vitalicia, sea inmediata o diferida, según contrato con la aseguradora de vida, de tal manera que FAP RAIS y compañía de SEGUROS DE VIDA conforman la parte pasiva y obligada de la relación pensional, en el caso colombiano.

Estudio que la sentencia comentada no hace y se queda en generalidades, no profundiza y por ello no encuentra diferencias ni similitudes, ni razones para conjuntar[9] la relación de sujeción legal que tiene tanto FAP-RAIS como la COMPAÑÍA SEGUROS DE VIDA con el afiliado.

En toda renta vitalicia, se itera, la aspiración es que -en este caso- la persona afiliada <o en su momento, la persona beneficiaria sobreviva> con los ahorros de la cuenta **RAIS**, es decir, que alcance a garantizar un ingreso por su vida probable.

En el orden legal, conforme al art. 50, Ley 1328 de 2009, que modifica el art.97,Ley 100 de 1993, se entiende que los fondos privados de pensiones, conformados por el conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional y los que resulten de los planes alternativos de capitalización o de pensiones, dividendos <rendimientos> o cualquier otro ingreso generado por los activos que los integren o de los bonos pensionales, si los hay,

[9] Conjuntar, combinar dos o más cosas con armonía, RAE.

constituyen patrimonios autónomos , propiedad individual de los afiliados e independientes del patrimonio de la sociedad administradora.

Estos fondos están concebidos por el legislador bajo el principio de libre afiliación y de libre cambio interfondos y traslado de los valores en cuenta RAIS, así lo establece la regla *"todo afiliado al régimen y que no haya adquirido la calidad de pensionado, podrá transferir voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado, o trasladarse a otra entidad administradora. Esos cambios no podrán exceder de una vez en el semestre respectivo, previa de 30 días antelados a la solicitud*. Movilidad que la Corte Constitucional limitó en la C-841 del 23 de septiembre de 2003, al decir:

"…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 adquiera.

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

Por lo anterior, la limitación del traslado de la cuenta de ahorro pensional cuando se ha adquirido la calidad de pensionado, resulta efectivamente conducente para el logro de los fines de eficiencia administrativa y financiera de las entidades administradoras y de sostenibilidad y rentabilidad del sistema. Por esa razón, la Corte declarará la constitucionalidad de la expresión "y que no haya adquirido la calidad de pensionado" contenida en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993." <C-841 de sept-23-2009>.

Una de las razones para que la Corte Constitucional restrinja la movilidad de una persona pensionada con un FAP-RAIS existente, es en utilidad del afiliado o beneficiario para su seguridad y que el FAP siga prestando los servicios complementarios que correspondan a su régimen. Lo que nos permite inferir la regla -ante ausencia de expresa norma- que en cualquiera de las modalidades de pensión que ofrecen los RAIS <art.79, Ley 100 de 1993>, ante pensionado por el fondo, no desaparecen las obligaciones y funciones del fondo administrador de los aportes del pensionado, porque, en lo no agotado del respectivo capital debe continuar con su administración e inversión en portafolios, a efectos de garantizar los rendimientos del capital que aún permanece a su cuidado, porque , excepto, en el caso de renta vitalicia de 'capital cedido', PROTECCIÓN S.A. continua administrando el capital reservado y el capital no agotado, para garantizar los rendimientos que debe generar.

La referida sentencia pretende garantizar la operación con los bonos pensionales, que debería ser lo último que se negociara para utilidad del pensionable, pues, no se deberían redimir antes de la fecha fijada, que generalmente es aquella en que el afiliado cumple los 62 años si es hombre o 57 si es mujer, y si fue anticipada su redención el FAP-RAIS debe asumir su diferencia para completar el capital de la cuenta RAIS, por su precipitada o errónea asesoría, y no acogiendo lo que dice la Corte de cierre:

"[…]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."<CSJ-SL373 del 10 de febrero de 2021>.

Consideramos con base en el principio de todo ordenamiento jurídico que en derecho las cosas se deshacen como se hacen, y que para el juez no hay nada vedado que se lo impida por mandado de la Constitución con base en sus principios, reglas, valores y aspiraciones sociales, y en derechos sociales atinentes a las pensiones de los trabajadores y cotizantes a los distintos regímenes compatibles en un SSSI en pensiones, como el contemplado en el art. 12,Ley 100/93 <y todas sus reformas posteriores>, pues, aquí se deben hacer prevalecer los derechos fundamentales sobre las formalidades legales y procedimentales, y aún sobre las sustanciales, cuando se trata de hacer brillar y que prevalezca la justicia material, pues, el Estado legislador ni el Estado administrador/ejecutivo, tuvieron la función protectora al cotizante activo de seguridad social previsional al **ISS**, del entonces administrador del **RSPMPD hoy COLPENSIONES**, ni de extender una barrera jurídica protectora al fondo público o gubernamental administrador de pensiones **ISS**, en aras de proteger los ahorros de la clase trabajadora , sino que dejaron a su suerte a uno y a otros, y por ello el codicioso capital financiero internacional y nacional entra a saco y mansalva a capturar a incautos trabajadores más antiguos de las empresas, en campañas no controladas por el Estado, debiendo asumir las consecuencias de su nefasto proceder egoísta y falto de ética empresarial social<arts.333, 334,CPCo.>;

Ello conllevó que en los primeros diez años de vigencia de la Ley 100 de 1993, descapitalizaran al **ISS** que, junto con otros problemas históricos, obligaron a que la Ley 1151 de 2007, lo disolviera y entrara en liquidación en todos sus negocios, y en el artículo 155 de la misma ley, ordenara la creación de **COLPENSIONES**, gracias a la presión social de algunos sectores de trabajadores y de la clase media para que se conservara el **RSPMPD**, como contraste con el **RAIS** o capitalismo puro en pensiones.

Esa ausencia de estado-legislador y estado-administrador obliga hoy al estado-juez, a reivindicar a los cotizantes del **ISS** y supervivientes en **COLPENSIONES**, para que retornen, de una u otra manera, al **RSPMPD** para que sus economías de subsistencia con una mesada pensional digna, quede algo representativa y superior al salario mínimo del momento. Justicia que venía aplicando el estado-juez en seguridad social en pensiones, en alguna medida, pero hoy se ve truncada ante este aparente obstáculo jurídico que es la SL373 del 10 de febrero de 2021 fundada en el Estado de Derecho del siglo pasado, sustentada totalmente en los principios del derecho civil y comercial, que contienen reglas y principios sobre los negocios de las cosas, por supuesto referidos a las personas, propio del estado de derecho decimonónico, y olvidando que en Colombia desde el 04 de julio de 1991 existe un Estado Social para las personas, en un marco jurídico moderno.

Esa progresividad se trunca, porque , matizando en la situación jurídica que el trabajador <muchas veces apresuradamente y acosado por su **FAP-RAIS** y en otras por el empleador acosador> viene al proceso de ineficacia <para volver al statu quo ante> con pensión pírrica otorgada precipitadamente por el fondo privado, y so pretexto de situación consolidada, se siente <hacen incapaz al juez > para quebrar los cánones tradicionales de los negocios privados civiles y comerciales -las pensiones, en cualquier fondo **RSPMPD y RAIS,** son de interés público-, y por ello el estado-juez queda reducido <a lo Montesquieu , el hombre del Espíritu de las Leyes> a un infra papel de sentenciador porque le impiden <violando principios constitucionales, derechos fundamentales y normas de bloque de constitucionalidad> que modifique lo realizado a espaldas del trabajador, del pensionado o beneficiario de la pensión, que involucra personas, entidades, actos, relaciones jurídicas y ,por tanto, derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto, que siempre en un Estado Social y de Derecho, tienen carácter revocable.

En realidad de verdad no se evidencia tal intervención o perjuicio, por ejemplo, los bonos pensionales <que existen cuando el trabajador antes de ley 100/93, trabajaba para entidades del sector público que no cotizaban a ningún sistema previsional estado o que fungían en el pasado como cajas pagadoras de pensión, o que en tiempos de la nueva ley no cotizaban a ningún fondo, o que las empresas privadas a las cuales sirvieron en el siglo pasado no cotizaron, deben responder con la cuota aparte o con el título o bono pensional pertinente, o que ya en el pasado u hoy cotizaron al **ISS-LIQUIDADO HOY COLPENSIONES ,** luego son derechos del trabajador y no una graciosidad del Estado y en virtud del traslado, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público-OFICINA DE BONO PENSIONAL debe responder con bono pensional ante el **RAIS**>, son dineros y derechos que el fondo pensionante debe reclamar para completar el capital mínimo necesario para, bajo las distintas modalidades

de pensión que le permite el artículo 79,Ley 100 de 1993 <renta vitalicia inmediata, retiro programado, retiro programado con renta vitalicia diferida y las que autoriza la Superfinanciera en su Circular 13 de 24 de abril de 2012, tres modalidades adicionales: 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>.

No hay problema con el capital que arroje el bono pensional, porque, en principio, las mesadas en el **RAIS** se deben financiar primero con los recursos producto de aportes, sus rendimientos y otros, y hasta que no se agote, no debe comenzar a descontar el capital del bono, es decir, éste debe ser el último que se tome para enjugar cada mesada, y no al contrario, que sea el primero porque se negoció en el mercado de bolsa antes de su vencimiento y el valor se deteriora. Luego, válidamente se pueden, sin mayores traumatismos para el Estado, es capital que éste recibe o cobra de otras entidades, no es capital del presupuesto nacional, y de todas formas no es suyo y presupuestalmente está destinado a enjugar pensiones o la garantía de pensión mínima, porque es producto del trabajo del pensionable>, no sufren las cuentas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues, estos dineros los debe manejar en cuentas separadas e individuales. No es cierto que produzca traumatismos ni disfuncionalidades.

Que se afectan relaciones jurídicas, es posible<si se piensa en negocios civiles y comerciales entre sujetos y en referencia a cosas>, pero esto parte de la responsabilidad que asume cada sujeto de derecho desde el inicio <en cada negocio o transacción va envuelta la condición resolutiva, art. 1546, CC.>, y es el devenir consecuencial cuando se trata de proteger derechos sociales de las personas, si pensamos en un Estado Social que está al servicio de las personas y no en un estado de derecho social que utiliza al ser humano como eje de sus políticas públicas y permite a su costa el enriquecimiento del gran capital.

Por supuesto que, en todo procedimiento jurídico, económico, contable y financiero, en que se reversen operaciones, se van a afectar derechos, obligaciones e intereses de terceros debido a la ligereza con que procedieron los **FAP-RAIS** y los agentes comerciales, porque éstos en un contexto ético social empresarial deben tener conciencia que obran en un contexto social en que lo que interesa es la persona y los intereses pensionales de los trabajadores.

No es tan cierto que se afecte el sistema, porque se involucran cuentas individuales e intereses pensionales <la parte actora cuenta con capital SUFICIENTE para que le hubiera dado la pensión en modalidad de retiro programado, con 1.395.71 semanas cotizadas, f.143

y 133 digital>, que en el caso de decretarse la ineficacia del pensionado en el **RAIS**, se ordena cesar la pensión a cargo del **RAIS** <este debe devolver el capital no agotado, todos los aportes, rendimientos, bonos pensionales si los hay, comisiones y gastos de toda índole con los rendimientos que debieron producir esas sumas como si el traslado nunca se hubiese dado del **RSPMPD** al **RAIS,** así lo resolvió la Sentencia hito del **09 de septiembre de 2008**, radicación 31989, MP. Dr. Eduardo López Villegas Sala de Casación Laboral[10]>, las devoluciones o compensaciones sobre los retroactivos de la pensión de vejez a cargo de **COLPENSIONES**, lo que en realidad de verdad no afecta ningún sistema, ni el **RSPMPD** ni el **RAIS**.

En derecho social de la Seguridad Social en Pensiones, sí debe ser posible que el estado-juez tenga la soberanía jurisdiccional de reversar no solo todo acto de traslado y de reconocimiento de pensión, sino también todas las operaciones, actos y contratos celebrados entre el afiliado, el **FAP-RAIS**, las compañías de seguros de vida, entidades oficiales y de los inversionistas, pues, todos son responsables por ser mercaderes del capital de pensiones. Lo cual en el contexto público y social, no tienen por qué resultar afectados, porque se están restableciendo los derechos conculcados del trabajador.

Una forma de matizar la situación del pensionado en el **RAIS** que demanda que se le restablezca su situación y ubicación en el **RSPMPD** administrado hoy por **COLPENSIONES**, si se hace justicia material en derecho social, es

a)– dar prosperidad a la INEFICACIA del traslado y ordenar que el **RAIS o RAIS's** comprometidos devuelvan todos los aportes, rendimientos, bonos pensionales si los hay, comisiones y gastos de todo género que retuvieron en la época que les concierne la administración de los recursos del trabajador ahorrador para pensiones; -b)que **COLPENSIONES** otorgue la pensión de vejez de acuerdo con el régimen jurídico que legalmente corresponda; -c) hacer cesar el pago de la pensión por el **RAIS**; -d) que a título de restablecimiento de los derechos conculcados del pensionable, el **RAIS** pague en una

[10]Sentencia del **09 de septiembre de 2008**, radicación 31989, MP. Dr. Eduardo López Villegas: *"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"*; y sentencias del **22 de noviembre de 2011**, radicación 33083 y del **06 de diciembre de 2011**, radicación 31314, MP. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

única suma con cargo a su propio patrimonio, la diferencia pensional que resulte entre las dos pensiones, asumiendo el mayor valor diferencial que dé el **RSPMPD** frente a la que venía disfrutando el pensionado en el **RAIS**, debidamente indexada;

e)- además, el trabajador tiene derecho a que se le indemnice el daño, en cualquiera de sus modalidades teóricas y jurisprudenciales, que superen la cosificación del ser humano, esto es aquellas que superan los principios del ordenamiento jurídico referido a los negocios civiles y comerciales de las cosas, pues, los derechos sociales de las personas, son esencialmente de reconocimiento o de restablecimiento pleno cuando han sido conculcados;

f.)- otra matización, sería que el RAIS asuma la pensión bajo las normas, reglas, proporciones y principios del **RSPMPD** , pues, al buscar el traslado del trabajador que válidamente estaba cotizando al **ISS-LIQUIDADO** hoy **COLPENSIONES**, antes o posterior a Ley 100 de 1993 y todas sus reformas, lo traslada con toda su personalidad, temperamento, contenidos de permanencia, carga jurídica y normativa, derechos, carga familiar, reglas del antiguo régimen RSPMPD, deberes, beneficios y situaciones que garantizaban derechos al pensionable y a su familia, luego, esa carga jurídica lo obliga a que lo pensione con las reglas y principios , así como metodologías, del **RSPMPD** , antes y después de ley 100 de 1993 y sus reformas. Que es la matización que aquí se asume y aplica más adelante, de ser procedente.

Se ve contrario al Sistema Pensional, que se otorguen pensiones medias o proporcionales a cargo del **RAIS** <por el tiempo, capital y el IBC o IBL cotizado> y de **COLPENSIONES** < por la densidad o semanas cotizadas e IBL cotizado>, quebrando la unidad de régimen y normativa, la unidad patrimonial y de prestación, entidad pagadora con un solo régimen y administradora debe asumir la pensión, porque sería fracturar los regímenes, así como las prestaciones sobrevinientes y obligaciones colaterales con la seguridad social en salud.

Pueden existir múltiples matices, para superar la pensión dada por el **RAIS**, a fin de restablecer los derechos sociales de los trabajadores que cotizaron antes o después de ley 100 de 1993 al **RSPMPD** hoy administrado por **COLPENSIONES**.

Se podría seguir avanzando en ideas, que no limiten al estado-juez y que garanticen los derechos sociales de los trabajadores, respetando los valores, principios, reglas y normas de la constitución y del bloque constitucional, para extrapolar siempre los formalismos y restricciones legislativas.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que todas las pretensiones del actor van encaminadas a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del **RSPMPD ADMINISTRADO POR EL ISS-LIQUIDADO HOY COLPENSIONES** a **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y que, COLPENSIONES debe reconocer y pagar la pensión de vejez, sin que dirija pretensiones de indemnización por el traslado inconsulto <contra - **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.>** del pago de perjuicios, careciendo el Tribunal de facultades extra y ultra petita, de conformidad con el art. 50 del CPTSS>.

En consecuencia y conforme a la sentencia único antecedente SL373 del 10 de febrero de 2021, obstaculiza la declaratoria de la ineficacia del mencionado traslado por el hecho que el actor goza de la pensión de vejez, en la modalidad de renta vitalicia, por lo que no hay lugar a tal declaratoria y se CONFIRMA la sentencia en ese sentido, y debe **PROTECCIÓN S.A.** seguir pagando la pensión de vejez en los términos que se la otorgó al demandante.

ADVERTENCIA A LAS PARTES Y EN ESPECIAL A LAS DEMANDADAS QUE TODOS SUS ALEGATOS FUERON ANALIZADOS Y ESTUDIADOS.- Todas las posiciones de las partes, en especial de las accionadas, fijadas a lo largo del proceso, contestación y excepciones, alegaciones de instancia en respuesta y en el momento respectivo de alegatos así como los presentados para esta instancia, quedan analizados y estudiados en las respuestas que en texto y contexto de esta providencia, se le da a cada ítem y temas que plantearon las demandadas, de manera implícita o expresa en lo que concierne a cada pasiva, que acatando prohibición de transcribir o reproducir, nos exime de reproducir<conforme al art.187 CGP.>, se tuvieron en cuenta en las argumentaciones y conclusiones finales.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la apelada sentencia absolutoria No. 55 del 15 de febrero de 2022, y debe **PROTECCIÓN S.A.** seguir pagando la pensión de vejez en los términos que se la otorgó al demandante. **COSTAS** a cargo del apelante demandante infructuoso y en favor de las demandadas COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A., se fija la

suma de quinientos mil pesos como agencias en derecho para cada una. **DEVUÉLVASE** el expediente a su origen. **LIQUÍDENSE** de conformidad con el art. 366 del C.G.P.

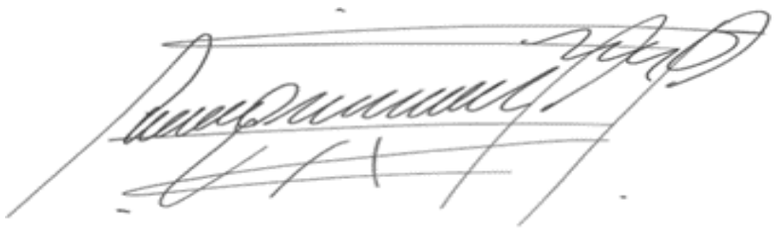
SEGUNDO.- NOTIFÍQUESE en micrositio https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-003-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/38

TERCERO. - CASACIÓN: A partir del día siguiente de la notificación e inserción en el link de sentencias del despacho, comienza a correr el termino de quince días hábiles para interponer el recurso de casación si a bien lo tiene(n) la(s) parte(s) interesada(s).

CUARTO - ORDEN A SSALAB: En caso de no interponerse casación por las partes en la oportunidad legal y ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, **DEVUÉLVASE** inmediatamente el expediente al juzgado de origen. E interpuesto el citado recurso y concedido, inmediatamente ejecutoriado, remítase a la Corte que corresponda. Su incumplimiento es causal de mala conducta.

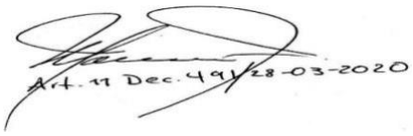
APROBADA SALA DECISORIA 22-02-2023. NOTIFICADA EN https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-003-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/38. **OBEDEZCASE Y CÚMPLASE.**

LOS MAGISTRADOS,



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE



MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO