

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	REGULO LUIS GUERRERO TORRES
DEMANDADO	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-015-2018-00297-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN AMBAS PARTES Y CONSULTA COLP
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado. Pensionado con edad exigida para la garantía de pensión mínima (62 años) Pensión vejez. Régimen de transición
DECISIÓN	REVOCA

SENTENCIA No. 055

Santiago de Cali, treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el artículo 15 del decreto 806 del 4 de junio de 2020, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 003 de 2022, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por LAS PARTES, y a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 195 del 6 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

El señor **REGULO LUIS GUERRERO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que: 1) se declare la nulidad de traslado de régimen, por ser beneficiario de la transición de la ley 100, en consecuencia que **PROTECCION** retorne todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación a **COLPENSIONES** 2) se le reconozca y pague pensión de vejez a partir del 21 de junio de 2012, conforme el Decreto 758 de 1990 por **COLPENSIONES**, y 3) se paguen intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 e incrementos por cónyuge dependiente e hijo invalido por parte de **COLPENSIONES**.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** presentó demanda de reconvenición contra el señor **REGULO LUIS GUERRERO** en la que solicitó: 1) reintegrar a **PROTECCIÓN S.A.** las sumas de dinero recibidas por concepto de mesadas pensionales, a partir de la fecha del reconocimiento del derecho, es decir, desde el 21 de julio de 2014 hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, 2) indexación de las sumas a devolver.

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 6-14 demanda, 56-

63 contestación COLPENSIONES, 83-125 contestación PROTECCIÓN, 201-208 demanda de reconversión PROTECCIÓN, 225-226 subsanación demanda reconversión y 228-238 contestación demanda de reconversión REGULO LUIS GUERRERO, piezas procesales contenidas en el archivo 01 del expediente digital.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 195 del 6 de julio de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación frente a los incrementos pensionales, y parcialmente probada la de prescripción en cuanto a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 18 de junio de 2015, y no probadas las demás excepciones respecto de las demás pretensiones del demandante.

A la par, declaró la ineficacia del traslado que efectuó el demandante del RPM al RAIS en febrero de 1996, ordenando a PROTECCIÓN devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración debidamente indexados, todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C. Civil.

Por otra parte, condena a COLPENSIONES a recibir en el RPM al demandante, como si no hubiere efectuado el traslado al RAIS, recuperando el régimen de transición, el cual le permite pensionarse bajo el Acuerdo 049 de 1990, cumpliendo los requisitos de edad y semanas cotizadas -1000 semanas y 60 años-, accediendo a la pensión de vejez a favor del actor y a cargo de COLPENSIONES a partir del 21 de julio de 2012, indicando que la mesada actualizada a 2020 asciende a \$3.410.620 y reconociendo por concepto de retroactivo a julio de 2020 la suma de \$219.016.865.

En cuanto a los intereses moratorios indica que los mismos sólo se causan a partir de la ejecutoria de la sentencia y condena en costas a PROTECCIÓN y COLPENSIONES incluyendo como agencias en derecho a cargo de la primera \$1.000.000 y de la segunda \$50.000.

Como argumento de decisión expuso el *A quo* que, el accionante cumplió 60 años en el 2012 y que cotizó al sistema desde 1972; que al 1 de abril de 1994 contaba con más de 40 años, por lo que es beneficiario del régimen de transición conforme lo dispone el artículo 36 de la ley 100 de 1993, lo que le permite pensionarse con el Acuerdo 049 de 1990. Explicó que la transición se extendió para el actor hasta el 31 de diciembre 2014, puesto que para el 29 de julio de 2005 contaba con más de 750 semanas.

Indica que con el sólo formulario de afiliación al Fondo privado no se prueba que al actor se le hubiere brindado la información completa, sin que existan más pruebas en el plenario de ello. Arguye que la falta de información no se sana con el paso del tiempo, por reasesoría, por traslados entre fondos pensionales, por el derecho de retracto que tenía, conforme lo ha expuesto la SL CSJ.

Que conforme a lo anterior, ante la omisión de la carga de la prueba por parte de PROTECCIÓN declara la ineficacia del traslado, disponiendo el retorno del demandante al régimen de prima media como si nunca hubiera estado en el RAIS, recuperando el régimen de transición. Fijando, así como obligaciones de las administradoras de los regímenes: para COLPENSIONES recibir al afiliado y a cargo de PROTECCIÓN, devolver todos los valores de la cuenta de ahorro individual.

Señala que el demandante cumplió los requisitos dispuestos en el decreto 758 de 1990, al acreditar más de 1241 semanas y 60 años de edad al 2012. Expone que la liquidación del IBL se

hace con el promedio de los últimos 10 años, que arroja la suma de \$2.877.122, que al aplicarle una tasa de remplazo del 87% determina una mesada de \$2.503.096.

Indica que se declara probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 18 de junio de 2015, como quiera que entre el cumplimiento de los requisitos y la presentación de la demanda *-junio de 2018-* transcurrieron más de los 3 años que establece la ley.

Frente a los incrementos pensionales reseñó que no proceden, conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019, que precisó la desaparición de los incrementos pensionales, los cuales no hacen parte integral del derecho a la seguridad social.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte DEMANDANTE interpone recurso de apelación frente al numeral sexto de la sentencia en cuanto a la prescripción, toda vez que la misma fue interrumpida con la reclamación administrativa del 17 de octubre de 2017, y por tanto la prestación debe reconocerse a partir del 17 de octubre de 2014, y no desde el 18 de junio de 2015.

Asimismo, solicita se reconozca el retroactivo indexado, atendiendo que los intereses moratorios se están otorgando a partir de la ejecutoria de la sentencia.

La apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** interpone recurso de apelación señalando que, el demandante ya se encuentra pensionado, en consecuencia conforme lo concluyó la Corte Constitucional en sentencia T 841 de 2003, cuando el afiliado ya se encuentra pensionado en la modalidad de retiro programado, el monto de la cuenta de ahorro individual deja de incrementar con base en los aportes mensuales, y la Administradora asume costos financieros adicionales, por lo que permitir que una vez se haya adquirido la calidad de pensionado se efectúe un traslado de régimen, puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desincentivar la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado estaría sujeta al capricho del pensionado.

Expone que en la jurisprudencia en mención encontró que la restricción del traslado de la cuenta de ahorro individual una vez se ha adquirido la calidad de pensionado es conducente para garantizar la eficiencia de los servicios administrativos y financieros que ofrece entidad administradora a sus afiliados cualquiera sea la modalidad que se haya adquirido.

Agrega que, en el evento se confirme la decisión de declarar la nulidad, se tenga en cuenta la solicitud de la demanda de reconvención relativa a que se condene al demandante a reintegrar a la AFP las sumas de dineros percibidas por concepto de mesadas pensionales, por cuando en virtud de la condena de primera instancia la Administradora debe devolver todos esos valores, que han sido retribuidos al demandante por medio de mesadas pensionales pagadas desde el 21 de julio de 2014.

Igualmente solicita se absuelva a la AFP de devolver gastos de administración y sumas adicionales de la asegurada, pues se trata de comisiones causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, realizados conforme a la ley, como contraprestación de una buena gestión de administración. Señala respecto a las sumas adicionales de la aseguradora, que no es procedente que se ordene trasladar lo concerniente a lo que Protección descontó como seguro previsional, ya que el mismo fue descontado y girado directamente a una aseguradora, quien es un tercero de buena fe.

La apoderada de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación manifestando que, la Administradora es un tercero de buena fe que no participó en el acto que se declara nulo, por lo que no puede predicarse que deba asumir la obligación que se le impone. Expone que el demandante actualmente se encuentra pensionado y por tanto devengando una mesada pensional, por lo que el reconocimiento de la mesada completa a partir del 18 de junio de 2015 a cargo de COLPENSIONES estaría generando un doble pago del mismo riesgo, en consecuencia, solo deberá pagarse unas diferencias pensionales.

Añade que **COLPENSIONES** hasta el momento no ha recibido de **PROTECCIÓN** el saldo de la cuenta ahorro individual, los rendimientos, los gastos de administración y los demás conceptos ordenados en la sentencia, en consecuencia, es solo cuando se de esta situación que se puede financiar la mesada pensional del demandante y no a partir del 18 de junio de 2015 como se ordena en la sentencia de primera instancia.

Indica además que **PROTECCIÓN** debe asumir la pensión hasta el momento en que devuelva la totalidad de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante. Sostiene que no es posible predicar mora a partir de la ejecutoria de la sentencia, pues los intereses moratorios no son viables cuando el reconocimiento de la pensión de vejez se contempla con el Acuerdo 049 de 1990, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen, agregando que la obligación se impone en virtud de una decisión judicial.

Indica que no se está ordenando del retroactivo pensional por diferencias descontar todos los aportes generados al sistema de seguridad social en salud.

El presente asunto se estudiará igualmente en el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de COLPENSIONES en lo no incluido en la alzada, conforme lo dispuesto en el artículo 69 del CPT y SS. y la jurisprudencia que precisa el tema (SL15202-2015).

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto del 28 de mayo de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término la parte demanda **PROTECCIÓN S.A.**, los que pueden ser consultados en el archivo 08 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se circunscribe a establecer si es procedente declarar la ineficacia del traslado efectuado del RPM al RAIS por parte del señor REGULO LUIS GUERRERO TORRES, por existir engaño o vicio del consentimiento, en el cual presuntamente le hizo incurrir **PROTECCIÓN S.A.** al ofrecerle el traslado al RAIS, con las consecuencias que ello conlleva, no obstante que a la fecha se encuentra en disfrute de una **PENSION DE VEJEZ POR RETIRO PROGRAMADO** en el RAIS.

Una vez definido lo anterior, se analizará la incidencia de la pensión de vejez que fue reconocida al señor REGULO LUIS GUERRERO TORRES por **PROTECCIÓN** en la modalidad de retiro programado; así como también, si por el hecho de ser pensionado el demandante no procede la devolución de aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual a **COLPENSIONES**, ni tampoco es viable la devolución de gastos de administración y cuota de seguro.

CONSIDERACIONES

Se evidencia dentro del presente asunto:

- (i) Que el señor REGULO LUIS GUERRERO TORRES nació el 21 de junio de 1952 (fl. 15 archivo 01), cumpliendo 62 años el 21 de junio de 2014.
- (ii) Que el demandante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media entre el 2 de junio de 1972 y el 30 de junio de 1996, cotizando un total de 1195 semanas (fl. 16-17 archivo 01).
- (iii) Que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN S.A. el 20 de febrero de 1996 (fl. 126 archivo 01), con efectividad a partir del 1 de abril de 1996 (fl. 127 archivo 01), y ha cotizado un total de 1242,14 (fl. 128 archivo 01).
- (iv) Que el demandante solicitó a PROTECCIÓN la pensión de vejez (fl. 153-154 archivo 01), la cual le fue concedida según oficio del 4 de diciembre de 2014 (fls. 21-23 archivo 01), a partir del 21 de julio de 2014, en la suma de \$1.209.804, con 13 mesadas por año. Mediante carta de elección de modalidad de pensión definitivo del 11 de diciembre de 2014 (fl. 182-189 archivo 01), el actor eligió la modalidad de retiro programado, en el que se indicó que en caso de que el saldo de la cuenta llegare a ser inferior al capital necesario para financiar una pensión por renta vitalicia de UN SMLMV elige una aseguradora para adquirir con ella la póliza de renta vitalicia.
- (v) Que el señor REGULO LUIS GUERRERO TORRES solicitó a COLPENSIONES el 19 de octubre de 2017 (fl. 24-26 archivo 01), la nulidad de traslado al RAIS, para que se autorice su retorno a COLPENSIONES, a fin de que sea este quien le reconozca y pague pensión de vejez bajo el régimen de transición, e intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993; solicitud que le fuere negada por COLPENSIONES en oficio BZ2017_11070647-2787573 del 19 de octubre de 2017 (fl. 31-32 archivo 01).
- (vi) Que el actor solicitó a PROTECCIÓN nulidad de traslado y retorno a COLPENSIONES el 19 de octubre de 2017 (fl. 27-30 archivo 01), el cual le fue negado por la AFP a través de oficio del 16 de noviembre de 2017 (fls. 33-35 archivo 01).
- (vii) Que el señor GUERRERO TORRES falleció el 24 de marzo de 2021 conforme lo muestra el Registro Civil de Defunción visible folio 4 Archivo 09 ED.

DE LA INEFICACIA DE TRASLADO DE UN PENSIONADO EN EL RAIS.

Sea del caso iniciar aclarando que, pese al fallecimiento informado del demandante, este hecho no tiene la entidad suficiente para suspender o interrumpir el curso del litigio, en la medida en que no se ajusta a ninguna de los supuestos regulados para cada una de estas vicisitudes en los artículos 159 y 161 CGP. De igual forma, a estas alturas tampoco hay lugar a echar mano de la figura de la sucesión procesal contemplada en el artículo 68 ibidem, toda vez que no se ha presentado ninguna persona alegando las calidades allí descritas, supuesto que no puede ser establecido de oficio.

En esos términos lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ en Sentencia SL572-2018 al decir: “(...) *En cuanto al fenómeno de la sucesión procesal, por fallecimiento de uno de los litigantes, puntos viii) de la apelación de Comfama y v) de la allegada por Carulla*

Vivero S.A., dispone el artículo 68 del C.G.P. que **“...el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador”. Obviamente quien pretenda actuar en el proceso en una de las condiciones señaladas, deberá acreditar cuando menos que se ha presentado el hecho del fallecimiento de la parte (registro civil de defunción) y de la condición en que comparece, pues el juez no lo puede establecer oficiosamente. En todo caso, la sentencia produce efectos respecto de todos los señalados, así no hayan comparecido al proceso. (...)**”. No obstante, lo que, si procede, resáltese, es disponer que, en el evento de concluirse la existencia de algún derecho económico en cabeza del fallecido, se ordene su reconocimiento con destino a su masa sucesoral, y así habrá de ordenarse de ser este el caso.

Adentrándose la Sala a resolver el problema jurídico planteado, es preciso señalar que si bien el criterio que traía la Corte Suprema de Justicia en punto al tema, a saber, la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado, era en el sentido en que ello era viable, como lo dejara plasmado desde la sentencia CSJ SL 9 sep 2008, rad. 31989, tal criterio fue abandonado en reciente pronunciamiento, CSJ SL-373 del 10 de febrero 2021, como se explica a continuación:

Precisa la Corte que no resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación en los eventos en los que, como el presente caso, nos encontramos frente a un PENSIONADO, esto es, ante quien ya se encuentra en disfrute de la prestación que ofrece el régimen de ahorro individual, toda vez que en tal supuesto estamos de cara a una “situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer”. Refiere que no es posible borrar la calidad de pensionado sin más, porque tal situación daría lugar a múltiples disfuncionalidades que terminarían afectando a muchas personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, derechos y obligaciones de terceros, y del sistema, refiriendo por la vía de los ejemplos las siguientes:

“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 defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis,

los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.”

Sin pretender agotar todas las situaciones problemáticas que el asunto conlleva, advierte que los aspectos citados son suficientemente demostrativos de la tesis planteada en punto a que se da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado con la adquisición de la calidad de PENSIONADO del RAIS, cuyos efectos en caso de revertirse tal condición podrían afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

Conforme a lo anterior concluye, que no es dable declarar la ineficacia de las afiliaciones, cuando nos encontramos ante una situación de esta índole, más aún cuando ya se han hecho efectivas las garantías de pensión mínima y se ha desfinanciado el capital ahorrado en consideración a las mesadas que se vienen pagando al actor.

Pone de presente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que esta nueva postura no implica per se, que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación, debiendo acudir para ello a la vía de la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora, en atención al principio general del derecho consagrado en el artículo 2341 del Código Civil, según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo.

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

Para el caso concreto emerge claro de las probanzas que el señor REGULO LUIS GUERRERO TORRES viene pensionado por PROTECCIÓN desde el 21 de julio de 2014, bajo la modalidad de retiro programado, prestación para la cual se hizo efectivo el pago de bono pensional por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl 179-181 archivo 01), circunstancias que denotan que la accionante adquirió el estatus jurídico de PENSIONADO durante su vinculación al RAIS, prestación que fue financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que no es dable retrotraer tales situaciones como se pretende.

En consideración a lo anterior, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia y en su defecto ABSOLVER a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. de las pretensiones incoadas en la demanda por el señor REGULO LUIS GUERRERO TORRES. En tanto dentro del libelo introductor no se hace referencia a la pretensión indemnizatoria a cargo de la administradora del RAIS, en razón del principio de consonancia y congruencia no es dable para esta Sala estudiar este derecho en favor del señor REGULO LUIS GUERRERO TORRES.

Costas en primera instancia a cargo de la PARTE DEMANDANTE, las cuales se liquidarán por el juez de conocimiento. Sin costas en esta instancia por no encontrarse causadas.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

REVOCAR la sentencia No. 195 del 6 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar:

PRIMERO: ABSOLVER a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.** de las pretensiones incoadas en la demanda por el señor **REGULO LUIS GUERRERO TORRES**.

SEGUNDO: Costas en primera instancia a cargo de la parte demandante, Sin costas en esta instancia por no encontrarse causadas.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se termina y firma por los que en ella intervinieron.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA
Ley 527 de 1999, artículo 7º. Decreto 2364 de 2012

Firma digital para
actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

SALVAMENTO DE VOTO

Respetuosamente se considera que, para el caso presente, no tiene aplicación las conclusiones de la posición mayoritaria fincadas en el hecho de ser el actor un pensionado, pues esta calidad solo le surgiría con la ejecutoria de la presente providencia, al contrario, como lo dijo la instancia, brilla la ineficacia del traslado y el consecuencial reconocimiento de la pensión.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL.

1.-Buena fe negocial.

En ese ejercicio cabe señalar que el aseguramiento pensional, como todo acto negocial dentro del mundo jurídico, está irradiado por el principio de la buena fe (**Art.83**), con el que de vieja data en los campos del derecho civil y comercial se reclama la exigencia de brindar en cada caso y de forma suficiente la debida información¹, puntos únicos y, además necesarísimos para estructurar y lograr un conocimiento informado o ilustrado con el que se pueda ser capaz de generar una libre y voluntaria selección, aspecto de total recibo en el campo pensional a la hora de la escogencia o permanencia en un determinado régimen pensional².

¹ ¹ El principio de la buena fe como fundamento del deber de información del asegurador, consagrado en la Ley 1328/09, Tamayo Jaramillo (2011). Libro. Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del derecho: i) "Noción de buena fe: La buena fe se ha consagrado como principio fundamental de derecho. Como tal, se le ha entendido como de orden público, inmodificable y que no puede ser suprimido ni derogado por acuerdo entre las partes. La amplitud y preponderancia de este principio permiten que de él se deriven algunos deberes o reglas de conducta que deben ser observados por las partes contratantes durante el desarrollo de las distintas etapas, tal es el caso de la lealtad contractual. Ello indica que la buena fe obliga a las partes a tener un comportamiento leal entre sí y que promueve el equilibrio de la relación jurídica contractual al presentarse los contratantes en su verdadera dimensión jurídica y operativa, que viene de ese principio de confianza que un contratante debe tener frente al otro y a las expectativas de dicho contrato y sus resultados"... ii) El legislador colombiano desde muy temprano fijó las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, mediante la Ley 153 de 1887; resaltamos los artículos 4 y 8. De allí se desprende que los principios de Derecho cumplen la función de llenar los vacíos de las leyes y de los contratos. Esa función integradora es cumplida también por el principio de la buena fe, el cual por su mismo carácter no requiere ser pactado para que sus efectos operen... iii) Como ya lo hemos mencionado entonces, las reglas surgidas a partir del principio de la buena fe permiten que aun sin expresa manifestación de las partes, como cláusula contractual por ejemplo, afloren conductas necesarias para el adecuado entendimiento entre ellas; como sería el caso del deber de información. Siendo así, no se requeriría llevar estas reglas a un texto legal, no obstante lo cual el legislador ha optado en ocasiones por dejar sentadas las mismas, bien por la importancia que les concede, bien por llevarlo mayor claridad a las partes de un contrato o para asociar una determinada sanción en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

² **Rad. 31314 de 2008:** "La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. "Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. "Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y

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

Tal encuentro de las sustantividades privadas y de la seguridad social, permite entender el ejercicio de la jurisprudencia especializada para comprender no ser la mera firma del formulario de selección de uno u otro fondo dentro del RAIS o de traslado de régimen pensional un hecho suficientemente validador de una voluntad así expresada, se impone entonces la materialidad respecto de la satisfacción de los postulados referenciados, llegando incluso a manifestar como deber de la judicatura la necesidad de escrutarlos cabalmente⁴, siendo propio señalar que aún en acciones constitucionales, ya se reconoce como suceso triunfador el presentarse desconocimiento del precedente judicial estructurado con esas premisas, y por ello, el agente decisor que, de rienda suelta a considerandos absolutorios, sin hacer decantación y superación de las motivaciones base del precedente afecta **derechos fundamentales**⁵.

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

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.

³ **T-427 de 2010**: 5. En lo que atañe al supuesto de esta acción de tutela, esto es, al amparo del derecho a la seguridad social en lo que respecta a la libre escogencia del régimen pensional y la consecuente opción de traslado de un régimen a otro, esta Sala considera, como en otras ocasiones ya lo ha hecho esta Corporación, que la acción de tutela es procedente, por cuanto a) existe regulación expresa para hacer efectivo el derecho al traslado de régimen pensional dispuesto en la Ley 100 de 1993 artículo 13 literal e), esto es, que existen medidas de orden legislativo para hacer efectiva esta facultad y b) que a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario para el amparo de este derecho, este instrumento no resulta idóneo para su amparo efectivo.

4SL r. 3114DE 2008.

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

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

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

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

3.- Consecuencias del actuar ilícito.

El Derecho civil como realidad originaria y jurídica de las obligaciones consagra desde siempre para el actuar ilícito del condenado determinadas consecuencias⁶ (ARTS 1740 –1756, TITULO XX C..C.C) circunstancias que, perfiladas bajo la seguridad social permiten destacar: **i)** que la jurisprudencia especializada desde el **año 2008**, anota la obligación de las administradoras de pensiones privadas trasladar al régimen de prima media los gastos de administración⁷ **ii)** no proceder la prescripción como modo extintivo de obligaciones en caso de afiliación al sistema ni cuando se busca la ineficacia del traslado, pues esas acciones son declarativas mas no constitutivas de derechos, que si son los que podrían prescribir.

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

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

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

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

⁷Sentencia Rad. 31314 de 2008

otros eventos, impide dar aplicación analógica a sus consecuencias y resultados, más si hay afectación a **derechos fundamentales**, como se indica en la tutela 191 de 20208

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

5.- Inversión de la carga de la prueba.

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

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

CASO CONCRETO

En caso bajo estudio, lo que sí está probado es que el demandante estuvo en el régimen de prima media al que perteneció desde **15 de junio de 1970** (pág. 36, 63, 138 pdf 01 expediente digitalizado), para luego movilizarse al RAIS, a **ING PENSIONES** el **23 de agosto de 1999** con fecha de efectividad el **01 de octubre de 1999** sin que, en ese traslado al RAIS se acredite por parte del fondo, la debida información previa al traslado del régimen, conclusión a la que también llegó el juzgado, sin que esta situación pueda considerarse saneada por el hecho de contar el actor con el reconocimiento de una pensión de vejez, prestación que precisamente se denuncia por verse afectada con la ilicitud anotada que a su vez deja ver afectación en su monto por encontrarse en el RAIS.

8 La Sala Novena de Decisión concluyó, entonces, que la indebida aplicación normativa, así como la falta de apreciación probatoria en su conjunto, configuran una vulneración al derecho fundamental debido proceso, así como al derecho fundamental a la seguridad social, en su dimensión de derecho a la pensión y los principios de libertad de elección e información.

9 ¹⁰ sentencia SL 2817 de 2019

10 Sentencia Rad. 31314 de 2008

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

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

II) Falta de prueba de la debida información.

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

III) Prescripción.

Finalmente, es claro no operar el fenómeno de la prescripción, por cuanto la recuperación del régimen de prima media y la movilidad del sistema pensional son derechos no sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, ya que, al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de ineficacia se encuentra revestida de la imprescriptibilidad, **art 48° Constitución Política**. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 1688 del 2019, al respecto considero: *“que la acción de ineficacia del traslado de regímenes pensionales es imprescriptible”*, afirmando en la misma sentencia que:

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

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

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

Con lo cual, se considera adecuado pasar al estudio del derecho pensional del demandante, claro está, mirando previamente si la condición de pensionado trastorna en este proceso la posibilidad natural de

ser beneficiario de la completitud de sus derechos, lo que es central en la nueva tesis de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, (sentencia SL373 DE 2021) **de la que nos apartamos** cimentada en el hecho de no poder revertirse la condición de jubilado por ser una situación consolidada, y además, que de darse hay lugar a disfuncionalidades que afectarían múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas y por tanto, derechos y obligaciones e intereses de terceros y del sistema.

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

Derecho pensional del demandante.

A) Precisión conceptual.

Para eso resulta oportuno señalar que la seguridad social, se comprende con la definición realizada por el Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS): “...es un conjunto de medidas que la sociedad proporciona a sus integrantes con la finalidad de evitar desequilibrios económicos y sociales que, de no resolverse, implicarían la reducción o la pérdida de los ingresos a causa de contingencias como la enfermedad, los accidentes, la maternidad o el desempleo, entre otras...” definición que en un todo consulta el Art.22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

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

Columbra entonces que es al Estado a quien le corresponde, por la vía del legislador, establecer un sistema pensional capaz y suficiente para desarrollar tal control y dirección, lo que deviene del **Art.48 de la C.N11, el preámbulo de la ley 100 de 1993¹² y el acto legislativo 01 del año 2005,¹³** es decir, conforme al entramado constitucional y legal patrio dicha construcción social da atemperada satisfacción a los usuarios en caso de impropiedades generadas al interior del mismo; para el caso, la ineficacia del traslado de régimen pensional suscitado con pensionados.

Se repite, asunto no obviado por la legislación, por el contrario, estructuralmente se logra su solución por el camino propio de la seguridad social, tal cual se ha indicado y logrado por la jurisprudencia

11 ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley..

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

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

especializada, buscando la no afectación financiera del sistema, pero no a costa del desconocimiento de intereses y derechos constitucionales debidamente prefijados, como lo son los de los pensionados.

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

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

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

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

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

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

B) Garantía a la seguridad social-

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

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

C) Expresión legislativa coherente.

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

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

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

Mírese cómo para salir adelante, se acude exclusivamente a la visión reparadora superada por la seguridad social, pues reluce la que originariamente ha sido establecida para los derechos civiles decimonónicos, lo que se hace por la vía del derecho civil, los que por supuesto brillan y tienen su valía, pero es de preguntarse, si es lo indicado cuando ya se tiene a disposición un trabajo normativo

Principio de plenitud deontica. Luigi Ferrajoli. La democracia a través de los derechos. 14

15 Artículo 334 C.N (...)Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

internacional protector y específico, patrio y suficiente para en su especialidad afrontar un embate de esos, y por sobre todo resistir la discusión referente al desplazamiento de los derechos de la seguridad social o son complementarios al reconocimiento de esos derechos sociales, en caso de darse sus supuestos.

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

D) Desconocimiento y discriminación.

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

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

Ante esa realidad, al contarse con disposiciones legales para cada evento, se considera generarse trato discriminatorio al aplicar solo para los afiliados los mandatos autárquicos, pero para los pensionados no, que es lo que se aboga en la nueva posición de la sala laboral de la corte suprema de justicia, sentencia 373 -2021, involución de la seguridad social, y por eso se viene a entender dislocadamente lo normado por la legislación civil, es decir, descartando el esfuerzo social trasegado por la seguridad social para hablar de cobertura de riesgos y no de perjuicios, lo que hace perder el norte del avance de la legislación.

E) Consecuencias paradójicas.

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

Aspecto en el cual, se precisa anotar que en el mundo de las responsabilidades jurídicas, si lo que el Estado no previó u omitió y además, si lo que dispuso no resulta aplicable al caso, claramente surge una premisa por considerar, no ser culpa del pensionado tal obrar o resultado, y por lo mismo complejo se hace el hacer recaer en él las consecuencias por no haber direccionado la acción hacia el

reconocimiento de los perjuicios irrogados, lo que sucede, por no tener en cuenta que esta acción se formuló conforme la línea jurisprudencial señalada por la misma Corporación.

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

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

F) Nuevo juicio.

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

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

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

G) Nueva discusión.

Lo cual ahora se prioriza en esta providencia por cuanto con la directriz jurisprudencial nueva, se le crea al pensionado una nueva situación dialógica bastante distante de lo que en la realidad se le informa, y se le había informado, todo lo cual deja sin respiro la confianza legítima, trasunto sinuoso por cuanto fue precisamente esta circunstancia la que originó el desface que nos ocupa, se le cambiaron todas las informaciones precisadas, viniendo ahora a pregonar regresar a lo cuestionado en esta

sentencia, correspondiéndole años después, teniendo una pacífica jurisprudencia, buscar una fórmula de recomposición de sus derechos sociales con información diferente a la propia de la seguridad social.

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

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

H) Búsqueda de justicia.

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

En este punto importa colocar de presente dos aspectos:

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

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

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

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

¹⁶ La Lucha por el derecho, R. Von Ihering, capítulo primero.

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

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

I) Universalidad y función social.

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

J) Caminos de solución.

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

Entre otras: evitar el enriquecimiento sin justa causa de quienes ya han recibido sus beneficios, impidiendo con ello el doble pago por parte del sistema de un mismo derecho, como, por ejemplo, reconociendo ahora **solo las cifras diferenciales existentes entre lo recibido como beneficios pensionales anteriores y lo restante de su completo reconocimiento**, es decir, el reclamante recibirá completo su derecho, que no implica recibirlo doblemente, por lo que por esta vía solo se reducirá en su contra el retroactivo a que tiene derecho, como si no se hubiese afectado su cuenta individual y esta de manera completa es regresada por la entidad del RAIS.

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

Caminos de solución que reducen de modo significativo la necesidad de buscar reconocimientos ajenos a la seguridad social, también se hizo lo mismo en el caso del no pago del 1.5% de cotización diferencial

entre los afiliados al Rais al regresar al RPM o buscando recientemente recomponer el sistema financiero pensional con ocasión de la inexecutable del decreto 558 de 2020 por la vía de un acuerdo, o, también para cuando ha procedido la devolución de saldos.

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

Importa significar, la existencia consolidada de esas soluciones jurisprudenciales que no causan en el presente y aleatoriamente a futuro, empobrecimiento de los pensionados por el hecho de enarbolar su justa causa, como lo es el reclamo de los derechos completos de la seguridad social, ya que con estas soluciones se cubren o superan las disfuncionalidades, que son la razón de la migración al derecho común, pero, se indica nuevamente, se hace con desprecio de la temática suficiente de la seguridad social.

Al respecto la Corte Suprema de Casación Laboral en Sentencia SL 226 del 03 de febrero de 2021, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, preciso que:

“En aras de la salvaguarda del principio de sostenibilidad financiera ante la solicitud y surgimiento del derecho pensional en cabeza de nuevos beneficiarios, y evitar un pago doble o sin causa alguna, el legislador permite a la entidad que reconoce la prestación compensar las sumas de dinero con las mesadas que a futuro reciban quienes fueron aceptados como iniciales beneficiarios o interponer las acciones de recuperación de los rubros pagados sin justificación a estos, todo ello al margen de su buena fe o creencia de actuar en derecho al tiempo de reclamarlo”...

Negrilla fuera del texto

El Magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑORA RAGA

Firmado Por:

Maria Nancy Garcia Garcia
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 010 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8db6eb243e1430b24f741843a228ea38d11ca3deb7938e4bf3812efdc3ebea29**

Documento generado en 31/03/2022 07:39:21 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>