



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76001-31-05-00 7-2019-00409-01
Juzgado de origen	Séptimo Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Heriberto Moscoso Paz
Demandados:	- Colpensiones - Colfondos S.A.
Vinculadas:	- Protección S.A. - La Nación Ministerio de Hacienda OBP. - La Nación-Ministerio de Defensa
Asunto:	Revoca sentencia – Niega ineficacia por reconocimiento pensional en el RAIS.
Sentencia escrita No.	150

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales del demandante, Protección S.A. y Colfondos S.A. contra la sentencia No. 203 emitida el 23 de septiembre de 2020. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante que se declare en su favor: **i)** *La nulidad o ineficacia del traslado del RPM con prestación definida al RAIS y las efectuadas posteriormente, entre las AFP del RAIS. ii)* *En consecuencia se tenga como única afiliación válida del demandante al sistema pensional la del RPM con prestación definida administrado por Colpensiones. iii)* *Así mismo ordenar a Colpensiones efectuar la afiliación del demandante nuevamente al RPM sin solución de continuidad. iv)* *Condenar a Colfondos S. A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, valor del bono pensional a la fecha de su emisión con todos sus frutos e intereses y los rendimientos causados sobre capital, sin descuentos de los valores erogados por gastos de administración y mesadas pensionales ya canceladas, ni las mermas sufridas por el capital. v)* *Ordenar a Colpensiones que reciba de Colfondos S.A., todos los valores ordenados a devolver al RPM con prestación definida. vi)* *Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez, bajo los parámetros del régimen de transición, aplicando el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año, a partir del 7 de marzo del 2013. vii)* *Del mismo modo ordenar a Colpensiones a liquidar la mesada pensional con el promedio de nivel de toda la vida laboral o los últimos 10 años conforme al artículo 21 de la ley 100 de 1993. viii)* *Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante el retroactivo que pretende por la diferencia que se cause entre la mesada reconocida por Colfondos S.A., y la que se reconozca por Colpensiones, desde el 1° de octubre del 2015, hasta que se haga efectivo el reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones. ix)* *Ordenar a Colpensiones indexar los valores reconocidos por el mayor valor de las mesadas pensionales. x)* *Declarar y reconocer en favor del demandante otros derechos diferentes a los pretendidos en la demanda siempre y cuando los halle demostrados en el uso de sus facultades ultra y extra petita xi)* *Por ultimo condenar a los demandados al pago de las costas procesales (Fls. 05 a 18 – Archivo 1 Expediente PDF).*

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Mediante providencia de fecha 19 de Julio de 2019 se ordenó integrar en calidad de litisconsortes necesarios a Protección S.A. y a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Oficina de Bonos Pensionales. Y a través de auto de fecha 19 de diciembre de 2019 (Págs. 365 a 367) se ordenó la vinculación como litisconsorcio necesario al Ministerio de Defensa Nacional.

2.2. Colpensiones.

La AFP demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 134 a 141 Archivo 01. Expediente. En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

2.3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La entidad vinculada dio contestación mediante escrito visible a folios 154 a 179 Archivo 01. Expediente. En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

2.4. Protección S.A.

La AFP demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 277 a 299 Archivo 01. Expediente. En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

2.5. Colfondos S.A.

La AFP demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 315 a 335 Archivo 01. Expediente. En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

2.6. Nación- Ministerio de Defensa.

La entidad vinculada dio contestación mediante escrito visible a folios 371 a 378 Archivo 01. Expediente. En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

3. Demanda de reconvención.

3.1. Colfondos S.A., formuló demanda de reconvención en contra del demandante principal. Requirió se condene al actor a reintegrar las sumas de dinero que se le ha cancelado por concepto de mesadas pensionales derivadas de la pensión de vejez (Págs. 362 a 364 *ibid.*).

3.2. Contestación demandado Heriberto Moscoso Paz

El demandado en reconvención dio contestación mediante escrito visible a folios 2 a 8 Archivo 04.PDF. En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

3.3. En providencia de 15 de septiembre de 2020 se admitió dicha contestación y se tuvo por contestada la demanda de reconvención (pág.1-2 Archivo 07 PDF),

4. Decisión de primera instancia.

4.1. El a *quo* dictó sentencia No. 203 emitida el 23 de septiembre de 2020. En su parte resolutive, decidió: “**Primero**, declarar probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 22 de noviembre de 2015 y declarar no probadas las demás excepciones propuestas por las demandadas. **Segundo**, declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por el señor Heriberto Moscoso Paz, al fondo Protección S.A., y luego al fondo de pensiones Colfondos S.A. en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales que el actor nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **Tercero**, como secuela obligada de la

anterior determinación, el demandante deberá ser admitido nuevamente en el RPM con prestación definida administrado por Colpensiones, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo. **Cuarto**, ordenar a Protección S.A. y a Colfondos S.A., a devolver, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Cód. Civil., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; junto con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido, previstos en el art. 13 literal q) y el artículo 20 de la ley 100 de 1993. **Quinto**, ordenar a la demandada Colfondos S.A., a que reintegre a la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público- OBP- oficina de bonos pensionales, los valores reconocidos y pagados, por concepto del bono pensional tipo A, sumas que deben ser reintegradas debidamente actualizadas (IPC) desde la fecha de pago, hasta el momento en que se realicen efectivamente su correspondiente reintegro. Una vez reintegrado se procederá a su anulación. **Sexto**, condenar a Colpensiones, a reconocer y pagar al señor Heriberto Moscoso Paz, la pensión de vejez, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, a partir del 22 de noviembre de 2015, con 13 mesadas al año. **Séptimo**, condenar a Colpensiones a reconocer y a pagar al señor Heriberto Moscoso Paz las diferencias pensionales causadas solamente desde el 22 de noviembre de 2015 y hasta cuando se realice el traslado efectivo del demandante al régimen de prima media, momento a partir del cual tendrá que efectuar el pago de la totalidad de la mesada pensional. Para lo anterior, se deberá tener en cuenta que la mesada pensional para el año 2015 corresponde a \$1.039.561, 2016 a \$1.109.863, a 2017 \$ 1.173.680, a 2018 \$1.221.683, a 2019 \$ 1.260.533 a 2020 \$1.308.433. Lo adeudado por diferencias pensionales hasta el 30 de agosto de 2020 asciende a la suma de \$ 17.702.457. Las diferencias anteriores deberán ser debidamente indexadas al momento del pago. Así mismo se autoriza a Colpensiones a efectuar el descuento del 12% con destino al sistema de seguridad social en salud. **Octavo**, costas a cargo de Protección S.A., se fijan como agencias en derecho la suma de 3 SMLMV. **Noveno**, costas a cargo de Colfondos S.A., se fijan como agencias en derecho la suma de 6 SMLMV. **Decimo**, sin costas a cargo de Colpensiones, la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito

*Público- OBP- Oficina de Bonos Pensionales y del Ministerio De Defensa. **Décimo primero**, negar las pretensiones propuestas por Colfondos S.A., en la demanda de reconvención presentada. **Décimo segundo**, desvincular de la presente acción a la Nación – Ministerio de Defensa, conforme a lo arriba expuesto. **Décimo tercero**, consúltese con el superior la presente decisión”.*

4.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, se encontró acreditado que el demandante estaba afiliado a Colpensiones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte desde el 8 de julio 1980, hasta el 31 de Julio 1994, en virtud de la afiliación efectuada el 22 de julio de 1994, la cual se hizo efectiva el 01 de agosto de 1994 al RAIS administrado por Colmena y Protección y finalmente trasladándose a Colfondos S.A.

4.3. Así mismo señaló que, el hecho que el demandante haya firmado el formulario de afiliación a Protección S.A., y haya solicitado el reconocimiento y pago de la pensión de vejez ante Colfondos, no se puede decir ser que se dio cumplimiento al deber de información que tienen los fondos de pensiones y menos aún que haya existido un consentimiento informado, de conformidad con lo previsto en el **artículo 97 del decreto 666 de 1993** que contiene el estatuto orgánico del sistema financiero, sentencia SL 4426 de 2019.

4.4. Concluyó el *a quo* que, ante una afiliación desinformada es procedente la ineficacia o la nulidad del traslado, quedando sin efecto jurídico el acto. Por tanto señaló que, Protección S.A, y Colfondos S.A., deberán devolver a Colpensiones íntegramente en las cotizaciones que hubiere recibido con ocasión del traslado del actor, así como el porcentaje de gastos de administración, las sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art 1746 del código civil. Agregó que, Colfondos S.A., debe reintegrar al Ministerio Hacienda y Crédito Público oficina de bonos pensionales los valores reconocidos y pagados al comisionista Colfondos, por concepto de Bono pensional tipo A, debidamente actualizadas desde la fecha de su pago hasta el momento en que se realice definitivamente el reintegro. Una vez reintegrado, se proceda a su anulación teniendo en cuenta que es un bono propio del RAIS.

4.5. Respecto a las pretensiones propuestas en la demanda de reconversión presentada por Colfondos S.A., donde solicita ordenar a la parte actora que reintegre los valores de las mesadas pensionales pagadas, en razón de la pensión de vejez reconocida en el RAIS, manifestó que, dicha pretensión no prosperaba. Lo anterior, por cuanto los pagos fueron recibidos por parte del actor de buena fe y son entendidos por la jurisprudencia especializada como merma del bien dado en administración a la AFP y no como reconocimiento de la pensión (SL 31989 de 2008).

4.6. Procedió a estudiar el derecho pensional reclamado por el accionante, advirtiendo que, el actor es beneficiario del régimen de transición pues para el 1° de abril de 1994 tenía 41 años de edad, habiendo cotizado 749.71 semanas y a la entrada en vigencia del acto **legislativo 01 de 2005** tenía 1.149 semanas de cotización. Y por ende, con los beneficios de régimen de transición hasta el año 2014. Fijado lo anterior, halló que el actor reunía los requisitos del **decreto 758 1990 artículo 12**, adquiriendo su estatus pensional el 17 de marzo 2013.

4.7. Para efectos de la liquidación del IBL del derecho pensional verificó que, contaba con 1.671,43 semanas, y al calcular aquél, con toda la vida laboral, encontró un IBL de \$944.720.15, el cual al aplicarle la tasa de reemplazo de 90%, le arrojó una mesada pensional de \$850.248,33. Ahora bien, del IBL de los últimos 10 años, obtuvo la suma de \$1.155.068.38, el cual al aplicarle una tasa del 90%, calculó una mesada pensional de \$1.039.561.64 para el año 2015, monto que para el año 2020 ascendía a la suma de \$1.308.433. Finalmente, al estudiar la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, enunció que, las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 22 de noviembre de 2015 se encuentran prescritas.

5. Las apelaciones.

Contra esa decisión, las apoderadas judiciales de la parte demandante, Protección S.A., y Colfondos, formularon recurso de apelación.

5.1. Apelación parte demandante.

5.1.1. Presentó recurso de apelación en contra del numeral 10° de la sentencia, al no haberse condenado a Colpensiones en costas. Alude que, el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Laboral de Cali, ha expresado que procede la condena en costas contra Colpensiones. Y que para el caso, como quiera que en la contestación de la demanda aquella se opuso a las pretensiones de la demanda, y en el devenir de la litis no salieron abantes sus argumentos. Por tanto alega que, al ser vencida en juicio Colpensiones, hay lugar a la imposición de costas.

5.2. Apelación Protección S.A.

5.2.1. Presentó recurso de apelación en forma parcial en contra del numeral 4° de la sentencia 203 en relación con la imposición de la devolución de sumas adicionales y gastos de administración a cargo de Protección S.A., bajo los argumentos de que, los aportes que realizó el demandante del 16% un 3% está destinado a cubrir gastos de administración, descuento que se encuentra debidamente autorizado por la ley.

Refiere que, durante todo el tiempo que Protección S.A., administró los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, esta gestión se realizó con la mayor diligencia y cuidado, pues Protección S.A. es una AFP experta en inversión de recursos de propiedad de sus afiliados. Adicionalmente dicha gestión de administración se vio evidenciada en los buenos rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual, en su momento el demandante con Protección S.A.

Alega que, no es procedente la devolución de lo que Protección descontó por gastos de administración. Sustenta su afirmación, en que ya se encuentran causados y actualmente el actor está afiliado y pensionado con Colfondos. Por tanto, insiste, Protección trasladó en su debido momento, a la AFP elegida por el demandante todo lo que se encontraba en la cuenta de ahorro individual como aportes más rendimientos. Pide, se revoque dicha condena en contra de Protección por gastos de administración y las sumas adicionales que se encuentran debidamente autorizadas por la ley.

4.3. Apelación Colfondos S.A.

4.3.1. Presentó recurso de apelación en contra de la totalidad de la sentencia emitida en primera instancia, reiterando lo planteado en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión. Aduce que, no es procedente la declaratoria de ineficacia de la afiliación, teniendo en cuenta que al demandante si se le dio la información necesaria, pertinente y completa en el momento de la afiliación y del traslado de régimen que inicialmente lo realizó con la AFP Protección y posteriormente con Colfondos.

4.3.2. Teniendo en cuenta esto, dice, no puede tomarse sino como la ratificación de la voluntad del demandante de permanecer en el RAIS, con sus efectos propios y su validez, respecto de la afiliación. Por tanto refiere, no se puede tomar como ineficaz teniendo en cuenta los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, en los que se ha indicado que para que exista la ineficacia de afiliación al sistema general de pensiones, en primer lugar el formulario de afiliación debe ser suscrito por el afiliado y en segundo lugar que dicha vinculación estuviera mediada por alguna presión o coacción que vulnerara la libre voluntad de la afiliación; situaciones que refiere, no se presentaron en el caso que nos ocupa, y que no están demostrados.

4.3.3. Respecto de la condena que se impone a Colfondos, de la devolución de los rendimientos y de los gastos de administración de la cuenta de ahorro individual, adujo que, no siendo ineficaz la afiliación tampoco se le puede ordenar a la AFP ningún tipo de devolución por estos conceptos, al ser debidamente autorizados con el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, de cara a una buena gestión de la AFP, donde se encuentra afiliado el demandante.

4.3.4. Afirma que, la declaratoria de ineficacia de la afiliación hace viable la devolución de los rendimientos financieros, generados por la buena gestión de la AFP, junto con los aportes que los mismos afiliados han realizado, pero no es procedente la devolución de lo que se ha descontado por comisiones ya causadas durante la administración de la cuenta de ahorro individual.

4.3.5. Resalta que, como quiera que el demandante ya ostenta la calidad de pensionado, frente a Colfondos, no es viable la configuración de la ineficacia

del contrato inicial al encontrarse vigente respecto del reconocimiento y pago de una prestación económica. Agrega que, la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales únicamente es viable respecto de los afiliados, a sus respectivos regímenes, mas no de los que ostentan ya la calidad de pensionados.

4.3.6. Indica que, no es procedente ordenar el traslado a Colpensiones del denominado bono pensional debido a que cuando se trata de un traslado del RAIS al RPM lo procedente es el traslado de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual del pensionado o del afiliado, con sus respectivos rendimientos.

4.3.7. Advierte que, los fondos privados no liquidan, emiten ni pagan los bonos pensionales, por lo que resulta totalmente improcedente una condena en este sentido, máxime cuando el Ministerio de Hacienda y Crédito Público única autoridad competente en lo relacionado a los bonos pensionales.

4.3.8. Finamente respecto de las condenas en costas procesales, solicitó no sean tenidas en cuenta las costas tan elevadas impuestas a Colfondos, pues si bien fue condenada, también lo es que ha actuado de buena fe, rectitud y con sujeción a las normas frente a las afiliaciones, y los reconocimientos de prestaciones económicas. Por lo que pide, sean revocadas o modificadas estas costas procesales respecto de Colfondos.

4.3.9.. Pide, sea estudiada la demanda de reconvención y se accedan a las pretensiones incoadas dentro de la misma, teniendo en cuenta los argumentos planteados en el recurso de apelación.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020, se pronunciaron, así:

5.2. Colpensiones, Protección S.A., la parte demandante, Colfondos S.A., Ministerio de Defensa, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Colpensiones presentó alegatos mediante escrito visible a folio 3 a 5, archivo 04 PDF (cuaderno Tribunal). Los demás, guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Es procedente declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al RAIS, pese a disfrutar de una pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado?

2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante es **negativa**. No fue acertada la decisión del *a quo* de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional; asimismo de reconocerle la pensión del actor bajo el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicación al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Lo anterior, por cuanto el demandante ostenta la calidad de pensionado en el RAIS, situación jurídica consolidada que no es razonable revertir o retrotraer. Por ende, se revocará la sentencia de primer grado.

2.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de

afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que 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 el fondo el que está obligado a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

No obstante, la mentada Corporación en providencia SL373 del 10 de febrero de 2021, radicación No. 84475, estableció que no procede la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, cuando el demandante se encuentre pensionado en el RAIS. Preciso que, la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir. No se puede obviar la calidad de pensionado, toda vez que de proceder así, daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Para adoptar tal determinación, indicó en extenso, que:

“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.

(...)

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”.*

El anterior criterio, ha sido ratificado por la misma Corporación en providencias SL3707 del 18 de agosto de 2021, radicación No. 86706 y SL3871 del 25 de agosto de 2021, radicación No. 88720, **SL1418 de 04 de mayo de 2022, radicación No. 90034**; SL1577 de 27 de abril de 2022, radicación 89938, entre otras.

En consecuencia, esta Sala Primera de Decisión Laboral, acoge el precedente jurisprudencial en comentario. Por tanto, debe entenderse que, la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer. En ese sentido, no se aviene precedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ostente la calidad de pensionado, por cuanto de hacerlo así, se afectarían derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de los diferentes actores del Sistema General de Pensiones, circunstancia que además, podría tener un efecto financiero

desfavorable en el sistema público de pensiones.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones¹, Colfondos S.A.², Protección S.A.³; Bono pensional a Colfondos S.A.⁴, los formularios de afiliación y traslado de régimen pensional⁵, y del historial de vinculaciones de Asofondos⁶, se desprende que, el accionante Heriberto Moscoso Paz, ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 08 de julio de 1980 al 31 de julio de 1994⁷.
- b. Ejecutando el traslado de régimen a Colmena ahora Protección S.A., con fecha efectividad del 01 de agosto de 1994, de acuerdo solicitud de vinculación de fecha 22 de julio de 1994⁸.
- c. El 25 de enero de 2000 se efectuó el traslado automático de Colmena a Colfondos⁹.

2.3.2. En la demanda, se argumenta que, al momento del traslado de régimen pensional, el asesor omitió explicarle al demandante las reales circunstancias pensionales del RAIS, no se le informó las consecuencias, el hecho de ser beneficiario del régimen de transición, el perderlo, el derecho de retracto, no se le mostró oportunamente los cálculos o simulaciones pensionales que podría alcanzar entre los diferentes regímenes. Argumentos que, replicó en su interrogatorio de parte, cuando adujo que, los asesores le refirieron que era mejor el fondo privado, por cuanto el ISS se iba a acabar, que se siente “engañado”. Agrega que actualmente es pensionado (Minuto 12:44 Archivo 10) de Colfondos. (Minuto 16:23 ibidem) desde el 2015 (Minuto 17:28 ibid.), y que firmó la autorización del bono pensional ante este último fondo pensional (minuto 17:15 ibidem).

¹ Pág. 21 a 23, 145 Archivo 01 Expediente.PDF

² Pág. 33 a 42 ibid.

³ Pág. 303 a 304 ibidem.

⁴ Pág. 44 a 46, 186 a 189, 241 a 245, 260 a 263 ibidem.

⁵ Pág. 300 y 353 ibid.

⁶ Pág. 301 ibid.

⁷ Pág. 301 ibidem.

⁸ Pág. 21 a 23, 145 y 300 ibid.

⁹ Pág. 301 ibidem.

2.3.3. Por su parte, Protección S.A. y Colfondos S.A., al dar contestación a la demanda principal (277 a 299 y 315 a 335 Archivo 01. Expediente.pdf), recalcaron que, dichas AFP sí brindaron al demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen pensional. De otro lado, en la demanda de reconvención, el fondo privado Colfondos S.A. informó que, el actor en abril de 2015 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en el RAIS, prestación que fue aprobada mediante comunicado de fecha 14 de octubre de 2015 en un monto de \$793.523; y el 04 de noviembre de 2015 se presentó solicitud para que el reconocimiento de la pensión de vejez fuera otorgado bajo la modalidad de retiro programado (Págs. 362 a 364 *ibid*).

2.3.4. En este contexto, conviene precisar que no es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen, alegando las desventajas o beneficios que implicarían su decisión, pues tales preceptos, tienen como destinatario el afiliado al sistema y no a quien ya adquirió el estatus de pensionado. En el expediente digital, se allegaron al plenario los siguientes documentales que dan cuenta la calidad de pensionado del actor:

i) Obra petición de fecha 06 de abril 2015, donde el actor Heriberto Moscoso solicitó ante Colfondos S.A. la pensión de vejez (pág. 338 a 341 Archivo 01-PDF).

ii) En respuesta de fecha 06 de agosto de 2015, el fondo privado le informa al demandante que el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada, fue aprobada en modalidad de retiro programado. (pág. 342 a 343 a Archivo 01-PDF). Respuesta que se complementa con el escrito de fecha 14 de octubre de 2015, donde Colfondos le indicó al actor que *“teniendo en cuenta que su opción es la modalidad de retiro programado, la mensualidad será igual al \$793.523 pagaderos a partir del mes de octubre de 2015.... Bajo esta modalidad usted recibirá doce mesadas cada año y habrá lugar a un pago adicional en el mes de junio”* (pág. 344 *ibid*.)

iii) Mediante escrito visible en la página 346 *ibidem* de fecha 04 de

noviembre de 2015, le indicó a Colfondos S.A., que “... *manifiesto que de acuerdo al contenido de la comunicación... del 14 de octubre de 2015 he decidido aceptar la modalidad de retiro programado para el pago de la pensión e igualmente autorizo a Colfondos para que eventualmente realice el proceso de traslado a renta vitalicia en el momento que se determine necesario y con la aseguradora de vida que mejor cotización económica ofrezca...*”

iv) Se observa comprobante de cálculo de retroactivo a pagar en retiro programado del actor, de fecha 01 de agosto de 2015 (Pág. 347 del Archivo 01- PDF).

v) A folio 350 aparece autorización de descuento suscrita por Heriberto Moscoso Paz, por medio de la cual le indica a Colfondos que autoriza irrevocablemente para que esta entidad pagadora de la mesada pensional en la modalidad de retiro programado, descuento de su mesada pensional mensual la suma de \$304.923, en 108 cuotas sucesivas a nombre del Banco Colpatria.

En consecuencia, colige la Sala que al adquirir el demandante el estatus jurídico de pensionado y con ello, una situación jurídica consolidada, un hecho consumado y un estatus jurídico, no es razonable revertir o retrotraer tal condición. Nótese que su mesada pensional en el RAIS, es financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual. Por tanto, en aplicación del precedente jurisprudencial en comento, no deviene procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Los anteriores razonamientos permiten despachar de manera desfavorable los argumentos de la parte actora señalados en la demanda, referente a que no se le suministró información suficiente al momento del trasladarse del RPM al RAIS. Ello, por cuanto la situación jurídica del demandante ha quedado definida y consolidada bajo el imperio del régimen jurídico de la pensión de vejez en el RAIS, circunstancia que impide retrotraer su traslado al RPM.

En todo caso, en fallo SL1692 del 05 de mayo de 2021, radicación No.

83127, la Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión No. 3 de la C.S.J. precedente reiterado entre las sentencias SL1418 de 04 de mayo de 2022, radicación No. 90034; SL1577 de 27 de abril de 2022, radicación 89938; donde ilustró que, no se puede desconocer el reconocimiento pensional otorgado. En ese escenario, también reiteró la improcedencia de la ineficacia del traslado por parte del pensionado.

En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia que: **(i)** declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional del RPM al RAIS administrado por Protección S.A. y Colfondos S.A.; **(ii)** reconoció la pensión del actor bajo el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicación al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año y **(iii)** ordenó el pago del reajuste de la mesada pensional y las diferencias pensionales, al haberse acreditado en el *sub lite* la calidad de pensionado en el RAIS por parte del demandante. Por lo tanto, se absolverá a Colpensiones, Colfondos S.A., Protección S.A., a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público OBP, de las pretensiones de la demanda.

3. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se condenará en ambas instancias a la parte actora.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su totalidad la sentencia No. 203 emitida el 23 de septiembre de 2020, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali,

dentro del presente asunto, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ABSOLVER a Colpensiones, Colfondos S.A., Protección S.A., a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público OBP, de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS al demandante en las dos instancias en favor de los demandados. Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales


FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO

Firma Digitalizada Para Actos
Judiciales


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
*Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)*



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

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

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

SALVAMENTO DE VOTO

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

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

INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL.

1.-Buena fe negocial.

En ese ejercicio cabe señalar que el aseguramiento pensional, como todo acto negocial dentro del mundo jurídico está irradiado por el principio de la buena fe (**Art.83**), con el que de vieja data en los campos del derecho civil y del derecho comercial se reclama la exigencia de brindar en cada caso y de forma suficiente la debida información¹⁰, puntos únicos y, además

¹⁰ 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.

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 pensional¹¹.

De tal mandato no es ajena la legislación pensional pues el **Art.271 y el artículo 13.2 de la ley 100 de 1993** dan cuenta de la libre escogencia al momento de precisar el régimen, y no solo eso, sino que postula ese Art.271 quedar sin efectos los actos que la afecten, lo que de igual forma ocurre en los eventos de traslado de régimen pensional, al punto de considerar su opacidad o ausencia de libre voluntad, una afectación a los derechos fundamentales de la seguridad social¹² de quien durante toda su vida laboral ha realizado aportes al sistema bajo expectativas falibles.

Tal encuentro de las sustantividades privadas y de la seguridad social, permite entender el ejercicio de la jurisprudencia especializada para comprender no ser la mera firma del formulario de selección de uno u otro fondo dentro del RAIS o de traslado de régimen pensional, un hecho suficientemente validador de una voluntad así expresada, se impone entonces la materialidad respecto de la satisfacción de los postulados referenciados, llegando incluso a manifestarse como deber de la judicatura, la necesidad de escrutarlos cabalmente¹³, 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 fundamentales¹⁴.

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

12³ 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.

13SL r. 3114DE 2008.

14⁵ 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

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

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

3.- Consecuencias del actuar ilícito.

El Derecho civil como realidad originaria y jurídica de las obligaciones consagra primigeniamente para el actuar ilícito del condenado determinadas consecuencias¹⁵ (ARTS 1740 –1756, TITULO XX C..C.C) circunstancias que con atención de la evolución jurídica propia de los conceptos han sido perfiladas en la materia, de las que se destacan: **i)** que la jurisprudencia especializada desde el **año 2008**, anota la obligación de las administradoras de pensiones privadas de trasladar al régimen de prima media los gastos de administración¹⁶ **ii)** no proceder la prescripción como modo extintivo de obligaciones en caso de afiliación al sistema ni cuando se busca la ineficacia del traslado, pues esas acciones son declarativas mas no constitutivas de derechos, que si son los que podrían prescribir **iii)** evitar pago doble al afiliado de una misma prestación (sentencias) **iv)** la devolución del capital de la cuenta individual del Rais de las cotizaciones efectuadas sin descontar los valores de las mesadas ya pagadas debidamente indexados.

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

En nuestra legislación no está consagrada la proscripción de la ineficacia del traslado de régimen pensional por el mero hecho de no solicitarse dicha ineficacia *antes del término de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad de pensión o de jubilación o por peticionarse tiempo después de darse el traslado motivo de la nulidad*, lo razona, ser lo examinado referente a las condiciones jurídicas del traslado nocivo, el que ocurrió mucho tiempo antes de ese periodo. Sin que corresponda entender la convalidación de ese vicio con ocasión del silencio o inacción del retracto, todo en razón a lo esencial que es en toda la fenomenología pensional la presencia de la buena fe, echada de menos en ese traslado¹⁷.

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

medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

¹⁵ . 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.

¹⁶Sentencia Rad. 31314 de 2008

17

cuanto de lo que aquí se trata es de la ineficacia de traslado, asunto diferente al tema de la movilidad pensional restringida; distinción y diferenciación a la que está sometido el juez de la seguridad social, que, entre otros eventos, como se reconoce en la doctrina y la jurisprudencia impide dar aplicación analógica a sus consecuencias y resultados, más si hay afectación a derechos fundamentales, como se indica en la tutela 191 de 2020.

De ahí que, cuando ocurra el hecho de no darse la debida información, por aquello de la asimetría vista y la presencia de una negación indefinida¹⁸ 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 formulario¹⁹.

5.- Inversión de la carga de la prueba.

Sigue puntualizar dentro del campo probatorio que, la visión o consideración del derecho privado hace relación también con la figura de la inversión de la carga de la prueba, como dinámica heurística procesal, situación que tiene lugar en razón de la asimetría reinante en esas actuaciones en donde brilla, por un lado, la parte débil -el tomador de seguro- y por el otro, la profesionalización de la entidad de seguros²⁰. Motivación por si sola suficiente para acogerla y darle desarrollo en el campo del aseguramiento pensional de la seguridad social, donde la partida también la juegan asimétricos, pero hay que decirlo, acuñan de modo perfecto al resultado, las pautas procesales de la negación indefinida, como también lo precisa la jurisprudencia especializada.

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

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

A) Precisión conceptual.

¹⁸ ¹⁰ sentencia SL 2817 de 2019

¹⁹ Sentencia Rad. 31314 de 2008

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

AnestCadiz® Web y AnestCadiz™ Web.
Web desarrollado por AnestCadiz®.com y AnestCadiz™.net.

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 suficiente, lo que deviene del **Art.48 de la C.N, el preámbulo de la ley 100 de 1993²¹ y el acto legislativo 01 del año 2005²²**, es decir, conforme al entramado constitucional y legal patrio dicha construcción social da atemperada satisfacción a los usuarios en caso de impropiedades generadas al interior del mismo; para el caso, la ineficacia del traslado de régimen pensional suscitado con pensionados.

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

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

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

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

21 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.....

22las 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.....

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

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

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

B) Garantía a la seguridad social-

Para fortalecer el no acompañamiento, es preciso ver que el Estado no puede ser ajeno a su obligación constitucional, señalada como principio mínimo fundamental de "**garantía a la seguridad social**", lo que es propio de nuestro Estado Social de Derecho (Art 1 C.N.) como modelo de garantismo constitucional marcado por la prohibición de lesionar los derechos de los administrados y correlativamente tutelárselos y satisfacerlos,²³ pero siempre fundado en la dignidad humana(antropocéntrica), y, en la prevalencia del interés general, que por cierto, lo anterior no hace ecuación perjudicando a uno de los varios afectados.

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

C) Expresión legislativa coherente.

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

Principio de plenitud deóntica. Luigi Ferrajoli. La democracia a través de los derechos. 23

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

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

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

D) Desconocimiento y discriminación.

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

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

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

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

E) Consecuencias paradójicas.

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

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

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

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

F) Nuevo juicio.

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

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

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

G) Nueva discusión.

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

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

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

H) Búsqueda de justicia.

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

Primero: El camino o medio para buscar el fin o la justicia deben ser correlacionados, dado que, si el camino o medio utilizado para buscarla pierde su norte o tino, no hay justicia que se logre, menos si se desvanece el fin²⁴, como aquí sucede con la decisión que no define y si posterga la solución, lo que implica, además, para el aquí reclamante los riesgos propios de un nuevo proceso, con lo cual se trae opacidad, es decir, su transparencia no trasega o brilla.

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

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

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

²⁴ La lucha por el derecho, R. Von Ihering, capítulo primero.

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 ya es nuestra realidad y con un denodado carácter progresivo, pero aquí se da una progresión inversa para los pensionados, la solución se la encuentra sin oportunidad y a costa del patrimonio del pensionado.

J) Caminos de solución.

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

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

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

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

Caminos de solución que reducen de modo significativo la necesidad de buscar reconocimientos ajenos a la seguridad social, también se hizo lo mismo en el caso del no pago del 1.5% de cotización diferencial entre los afiliados al Rais al regresar al RPM o buscando recientemente recomponer el sistema financiero pensional con ocasión de la 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 enarbolar su justa causa, como lo es el reclamo de los derechos completos de la seguridad social, ya que con estas soluciones se cubren o superan las disfuncionalidades que son razón de la migración al derecho común, lo que se hace con desprecio de la temática suficiente de la seguridad social.

Importa significar, de otro lado, que la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional corre a partir de la materialización de ese viciado traslado, dejando sin efectos jurídicos a ese acto. También es de acotar, para la sanidad financiera del sistema, como ya se dijo, la realización de los descuentos al pensionado de los valores recibidos a título de mesadas pensionales en el Rais, como respuesta jurídica al no propiciamiento de un enriquecimiento sin justa causa, por lo que procede el descuento al retroactivo pensional de todas esas sumas, así como la devolución completa²⁵ al RPM de todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación del demandante, cotizaciones, aportes voluntarios bonos pensionales, con todos los frutos, rendimientos e intereses, como lo dispone el art.1746 del C.C., así como todos los gastos de administración descontados al mismo, el porcentaje destinado al fondo de garantías y primas de seguro junto a los costos administrativos que viabilizaron el costo de su reconocimiento pensional²⁶, los que se originaron para la administración de los valores pagados en el Rais.

El Magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

²⁵“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (SENTENCIA 31989 DE SEPT DE 2008)

²⁶ **Sentencia C-258 de 2013**¹. Por su parte, el régimen de **ahorro individual con solidaridad** es el “(...) conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”^[262]. Las administradoras ofrecen diferentes fondos de pensiones, para que los afiliados una vez informados elijan aquellos que se ajusten en mejor forma a sus edades y perfiles de riesgo. De esta manera, la administradora tendrá las herramientas suficientes para gestionar adecuadamente los recursos y procurar el mejor retorno posible al final del periodo de acumulación de aportes o hasta cuando el afiliado y/o sus beneficiarios tengan derecho a la pensión bajo la modalidad de retiro programado, si es del caso^[263].

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