



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

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

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76001-31-05-009-2020-00093-01
Juzgado de origen	Noveno Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Luis Elifar Oliveros Molina
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A. - Ministerio de Hacienda y Crédito Público. - Ministerio Público
Asunto:	Confirma sentencia – Niega la ineficacia del traslado por reconocimiento pensional en el RAIS y reajuste pensional.
Sentencia escrita No.	251

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el recurso de apelación impetrado por el apoderado del demandante, contra la sentencia No. 139 emitida el 27 de abril de 2021 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante que se declare de manera **principal**: **i)** *la nulidad absoluta del traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección SA. **ii)** que el actor siempre estuvo válidamente afiliado al Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones y que no se surgieron los efectos legales y jurídicos que implica el traslado del régimen de prima media, con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. **iii)** condenar a Colpensiones, a reconocer y pagar al actor la pensión de vejez a partir del 3 de marzo de 2007 en cuantía de \$1.380.266, teniendo en cuenta para su liquidación el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, calculando un IBL de \$1.643.174, aplicando una tasa de reemplazo del 90%. Lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por ser beneficiario del régimen de transición. **iv)** al reconocimiento de intereses moratorios. **v)** a la indexación de las sumas reconocidas que no sean sujeto del pago de intereses moratorios. **vi)** al pago de las costas y agencias en derecho. **vii)** A la aplicación de los principios ultra y extra petita*

Como pretensiones **subsidiarias** invocó las siguientes: **i)** *Se condene a Protección a reajustar el monto de la pensión de vejez del actor, a partir del 03 de marzo de 2007, en cuantía de \$1.380.266, teniendo en cuenta para su liquidación el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, calculando un IBL de \$1.643.174 y aplicando una tasa de reemplazo del 90%. Lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, al ser beneficiario del régimen de transición. **ii)** al reconocimiento de intereses moratorios. Y **iii)** a la indexación de las sumas reconocidas que no sean sujeto del pago de intereses moratorios. (Pág. 5 a 29– Archivo 01 PDF).*

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

La AFP demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 02 a 17 Archivo 03 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.).

2.2. Protección S.A.

La AFP demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 2 a 45 Archivo 14 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.).

2.3. Ministerio Público.

El Ministerio vinculado, intervino mediante escrito visible a folios 2 a 6 Archivo 22 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.). .

2.3. Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público Oficina de Bonos Pensionales.

El Ministerio vinculado, intervino mediante escrito visible a folios 2 a 33 Archivo 23 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. Demanda de Reconvención Protección S.A..

Procura la demandante en reconvención, se condene al señor Luis Elifar Oliveros Molina a reintegrar a Protección S.A., las sumas de dinero recibidas por concepto de mesadas pensionales, a partir de la fecha de reconocimiento del derecho dada el 16 de julio de 2004, hasta la ejecutoria de la sentencia, debidamente indexado. Pide se condene en costas y agencias en derecho **(Pág. 118 a 126 – Archivo 14 PDF)**.

3.1. El demandado en reconvención Luis Elifar Oliveros Molina.

Mediante auto de 25 de febrero de 2021 se tuvo por no contestada la demanda de reconvención (Archivo 24 PDF).

4. Decisión de primera instancia.

4.1. La *a quo* dictó sentencia No. 139 emitida el 27 de abril de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, *declarar probada la excepción de fondo*,

propuesta oportunamente por la parte demandada, la cual denominó “inexistencia de la obligación”. Segundo, absolver a Colpensiones, a Protección S.A. y a la litisconsorte necesaria por la parte pasiva, la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias, reclamadas en la demanda instaurada por el señor Luis Elifar Oliveros Molina. Tercero, costas a cargo de la parte vencida en el proceso. Cuarto, ordena la consulta, en el evento de no ser apelada la decisión, para ante el Superior.

4.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara y suficiente al momento de efectuarse el traslado, dando a conocer las características propias de cada régimen, sus beneficios e incluso los inconvenientes que se llegaren a suscitar. No obstante, señaló, luego de rememorar varias sentencias, que la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podrían afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema. En especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones. Dice que, en el presente caso, el actor presentó solicitud de reconocimiento pensional, la cual fue otorgada de manera anticipada al haber acumulado el capital suficiente para tal fin. Considera no es viable acceder a la pretensión de declarar la ineficacia del traslado, ante la imposibilidad de retrotraerse la condición de pensionado, dada desde el 21 de mayo de 2004, esto es, por más de 16 años. Coligió que ante tal panorama, se debía absolver al extremo pasivo de las pretensiones principales reclamadas en la demanda.

4.3. Ahora, respecto a las pretensiones subsidiarias tendientes al reajuste del monto de la pensión en el marco del acuerdo 049 de 1990, destacó que el actor al ostentar la calidad de pensionado, se sometió a las reglas que rigen en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Reglas que aduce, son disímiles de las que gobiernan el régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, denegó las pretensiones subsidiarias invocadas en contra de Protección S.A. y declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación.

5. Recursos

5.1 Recurso de apelación de la parte demandante

Promueve recurso de apelación contra la decisión emitida por la Juez de Primer Grado, para que en su lugar se revoque. Como apoyo de la censura expone que, al momento d traslado de régimen del actor, éste ya contaba con una expectativa legítima de derecho al ser beneficiario del régimen de transición, pues contaba con más de 47 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y cotizadas más de 1.068 semanas.

Aduce que Protección S.A. no dio una información suficientemente clara, eficaz y oportuna, para que el actor optara, pasados 6 meses de haber efectuado la afiliación, recibir la pensión anticipada de vejez en el RAIS, cuando únicamente le quedaba por cumplir el requisito de la edad en el régimen de prima media. Alega que no se le explicó al actor que eventualmente no podría retornar al régimen de prima media, ni las posibles consecuencias negativas de su futuro pensional.

Evoca precedente jurisprudencial de caso que considera análogo, y donde la Sala Laboral atendiendo el perjuicio causado que se demostró luego de haber adquirido su pensión, dispuso su retorno al régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, considera que el actor tiene derecho a regresar al régimen pensional administrado por Colpensiones, ya que durante toda su vida laboral tuvo la intención de permanecer en él y de ser pensionado bajo sus condiciones, entre ellas, la prórroga especial al ser beneficiario del régimen de transición y causar su derecho pensional con mejores prebendas o prerrogativas pensionales.

Finalmente pide: **i)** se proceda a ordenar el traslado al declarar la nulidad absoluta de esa afiliación. En consecuencia, **ii)** se condene a Colpensiones a continuar pagando la mesada pensional y **iii)** al “*fondo privado, reconocer los reajustes de la mesada aquí solicitados*”. Declarando además no probadas las excepciones de mérito y se revoque la condena en costas.

6. Trámite de segunda instancia

6.1. 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 convertido en legislación permanente mediante la ley 2213 de 2022, se pronunciaron, así:

6.2. Colpensiones, la parte demandante, Protección S.A., y Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público Oficina de Bonos Pensionales.

Colpensiones presentó alegatos mediante escrito visible a folio 2 a 3, archivo 05 PDF (cuaderno Tribunal). Los demás guardaron guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer si:

¿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 interrogante planteado.

La respuesta al primer interrogante es **negativa**. Fue acertada la decisión de la *a quo* de declarar probadas las excepciones de mérito invocadas por el extremo pasivo, negando la ineficacia del traslado de régimen pensional pretendido por el actor, por ostentar la calidad de pensionado en el RAIS, situación jurídica consolidada que no es razonable revertir o retrotraer. Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

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

*Ni que decir cuando el **capital se ha desfinanciado**, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos”.*

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 comento. 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.

2.2. Caso en concreto.

Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones¹ y Protección S.A.², el formulario de afiliación y traslado de régimen pensional³, bono pensional⁴ y del historial de vinculaciones de Asofondos⁵, se desprende que, el accionante Luis Elifar Oliveros Molina, 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 23 de septiembre de 1968 a 31 de marzo de 2003⁶.
- b. Se dio el traslado al RAIS administrado por Protección el día 10 de diciembre de 2003 con fecha de efectividad el 01 de febrero de 2004, entidad donde actualmente se encuentra vinculado el actor⁷.

¹ Pág. 37 a 43 Archivo 01 PDF

² Pág. 64 a 77 y 82, 95 a 108 Archivo 14 PDF

³ Pág. 91 Archivo 14PDF

⁴ Págs. 78 a 80 y 114 Archivo 14 PDF

⁵ Pág. 129 ibid.

⁶ Pág. 37 a 43 Archivo 01 PDF

⁷ Pág. 129 ibid. Archivo 14 PDF

En la demanda, se argumenta que, al momento del traslado de régimen pensional el asesor omitió el deber de información sobre las modalidades de pensión en el RAIS, las diferencias con la que obtendría en el de prima media, y la posibilidad que tenía de retractarse de su afiliación y de retornar al régimen de prima media. Insiste en que nunca se le hizo entrega del plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de Protección S.A., tal como se ordena en el artículo 15 del Decreto 656 de 1994. Refiere que Protección S.A. fue una simple recaudadora de cotizaciones, que nunca se ha preocupado por informar sobre las ventajas y desventajas que implica estar o mantenerse afiliado a ella.

Argumentos que encontraron eco en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante Luis Elifar Oliveros Molina, quien afirmó que es pensionado desde el año 2004. Indicó que se trasladó a Protección S.A., mediante engaños, pues no se le informó las ventajas o desventajas del RAIS. (minuto 27:16 a 33:22 Archivo 29Audiencia.mp4).

Por su parte, la AFP del RAIS convocada, al dar contestación a la demanda, recalcó que sí brindó al demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen pensional.

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) Solicitud de pensión de vejez a Protección S.A. de 27 de mayo de 2004⁸, elevada por el señor Luis Elifar Oliveros Molina.
- ii) Carta de 21 de mayo de 2004 por medio de la cual el actor informó a Protección S.A., que escogía el pago de la pensión en la modalidad de retiro programado⁹.

⁸ Pág. 63 Archivo 14- PDF-

⁹ Pág. 81 ibid.

- iii) Escrito de fecha 16 de julio de 2004, por medio del cual Protección S.A., le indica al actor que le fue otorgada a partir del 21 de mayo de 2004, pensión de vejez de manera anticipada en cuantía de \$906.460¹⁰, con 14 mesadas al año bajo la modalidad de retiro programado.
- iv) Certificación expedida por el Equipo de Gestión de Operaciones de Protección S.A., donde se indica que desde el 22 de julio de 2004¹¹, el demandante es pensionado.
- v) Certificación expedida por Protección S.A., donde se registran los pagos efectuados al actor con ocasión del reconocimiento de la pensión anticipada de vejez, entre mayo de 2004 a enero de 2017¹².

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. Lo anterior, 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. Por tanto, están llamados al fracaso, los argumentos que esbozó el apoderado judicial del actor para apoyar su censura.

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

¹⁰ Pág. 127 *ibid.*

¹¹ Pág. 113 y 131 a 137 Archivo 14 PDF

¹² Pág. 57 a 62 Archivo 14.PDF

ese escenario, también reiteró la improcedencia de la ineficacia del traslado por parte del pensionado.

Finalmente, en torno ***al reajuste de la mesada pensional*** que se pretende de forma subsidiaria en contra de Protección S.A., al ser el actor beneficiario del régimen de transición y por ende con derecho a que se le apliquen las prerrogativas del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, resulta pertinente precisar que, acorde con lo establecido en el inciso 4° de la Ley 100 de 1993, y en concordancia con el alcance que a este precepto le dio la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002, el régimen de transición lo perdió el demandante, cuando voluntariamente se acogió al régimen de ahorro individual con solidaridad, en cuyo caso quedó sujeto a las condiciones allí previstas (CSJ SL 1309 de 2021).

Estatus pensional que para el caso se consolidó con el escrito de 21 de mayo de 2004 por medio del cual informó a Protección S.A., que se escogía el pago de la pensión en la modalidad de retiro programado¹³, de entre las previstas en el artículo 79 de la Ley 100/93. Lo anterior, acorde a lo establecido en el artículo 2 del Decreto 1889/94, compilado por el canon 2.2.6.1.1. del Decreto Único Reglamentario 1833/16, el cual establece que las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad *“podrán revestir cualquiera de las modalidades contempladas en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, a opción del afiliado o sus beneficiarios, según el caso”*, de donde se infiere que para adquirir el status de pensionado al que hace referencia el precepto 64 de la Ley 100/93, debe el afiliado seleccionar la modalidad pensional, aspecto que hace parte de los trámites previos para el otorgamiento de la pensión.

Colofón de lo expuesto, la Sala confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia.

3. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se condenará en costas en esta instancia al recurrente.

¹³ Pág. 81 Archivo 14.PDF

IV. 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: CONFIRMAR en todo, la sentencia objeto de apelación.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de las entidades demandadas. Se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos judiciales


FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO

Firma digitalizada para
Actos judiciales


YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA 1ª DE DECISION LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto se procede a salvar el voto en los procesos relacionados.

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

En efecto, esa impropiedad ocurrió por no contar en ese entonces el afiliado para ese acto trascendental¹⁴- traslado de régimen pensional- con la necesitada y averiguada información¹⁵, cuya infracción también violenta el derecho fundamental al debido proceso¹⁶.

Pues bien, con miras a desatar el conflicto de seguridad social suscitado importa detallar inicialmente que es al Estado a quien le corresponde, por la vía del legislador, establecer un sistema pensional suficiente, lo que deviene del Art.48 de la C.N y el preámbulo de la ley 100 de 1993¹⁷, por lo que dicha construcción social debe dar atemperada satisfacción a los usuarios

¹⁴ C-841 de 2003, el traslado de régimen se considera como elemento eficiente de la seguridad social pensional.

¹⁵ **Li El principio de la buena fe como fundamento del deber de información del asegurador, consagrado en la Ley 1328/09, Tamayo Jaramillo (2011). Libro. Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del derecho: i) "Noción de buena fe:** La buena fe se ha consagrado como principio fundamental de derecho. Como tal, se le ha entendido como de orden público, inmodificable y que no puede ser suprimido ni derogado por acuerdo entre las partes. La amplitud y preponderancia de este principio permiten que de él se deriven algunos deberes o reglas de conducta que deben ser observados por las partes contratantes durante el desarrollo de las distintas etapas, tal es el caso de la lealtad contractual. Ello indica que la buena fe obliga a las partes a tener un comportamiento leal entre sí y que promueve el equilibrio de la relación jurídica contractual al presentarse los contratantes en su verdadera dimensión jurídica y operativa, que viene de ese principio de confianza que un contratante debe tener frente al otro y a las expectativas de dicho contrato y sus resultados"... **ii) El legislador colombiano desde muy temprano fijó las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, mediante la Ley 153 de 1887; resaltamos los artículos 4 y 8. De allí se desprende que los principios de Derecho cumplen la función de llenar los vacíos de las leyes y de los contratos. Esa función integradora es cumplida también por el principio de la buena fe, el cual por su mismo carácter no requiere ser pactado para que sus efectos operen... iii) Como ya lo hemos mencionado entonces, las reglas surgidas a partir del principio de la buena fe permiten que aun sin expresa manifestación de las partes, como cláusula contractual, por ejemplo, afloren conductas necesarias para el adecuado entendimiento entre ellas; como sería el caso del deber de información. Siendo así, no se requeriría llevar estas reglas a un texto legal, no obstante, lo cual el legislador ha optado en ocasiones por dejar sentadas las mismas, bien por la importancia que les concede, bien por llevar la mayor claridad a las partes de un contrato o para asociar una determinada sanción en caso de incumplimiento de alguna de ellas.**

¹⁶ “ con implicaciones en el derecho fundamental a la seguridad social, en su faceta de libertad de escogencia del régimen pensional” (T 191 de 2020).

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

5.2. La Ley 100 de 1993 incorporó el Sistema General de Pensiones, con el objetivo de garantizar el amparo de las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte, por vía del reconocimiento de las prestaciones pensionales respectivas.^[77] Se trata de un Sistema contributivo, cuya fuente principal de financiación corresponde a las cotizaciones sufragadas periódicamente por sus afiliados, lo cual materializa realmente los principios especiales que

en caso de impropiedades generadas al interior del mismo; para el caso, la ineficacia del traslado de régimen pensional suscitado con pensionados.

Sin embargo, a pesar de contemplar la legislación salidas correctivas propias, como lo es instituir no solo obligaciones y deberes para nada discrecionales que deben cumplir las entidades del sistema cuando opera el traslado¹⁸, sino que se muestran aparejadas o desarrolladas consecuencias afines al caso, esto es: quedar sin efecto la afiliación respectiva si no es libre y voluntaria (Art.13 y 271 de la ley 100 de 1993), y de otro lado, el reconocimiento y pago de las diversas prestaciones conforme a lo dispuesto en ese artículo 13 en su literal c, que desarrolla el Art.48 de la C.N.), pero para la providencia de la mayoría, conforme a la nueva decisión de la Sala especializada de la Corte Suprema no resulta de aplicación para estos eventos, esto es, que el juez de la seguridad social dirima el distanciamiento propuesto por un pensionado mediante el reconocimiento completo de sus derechos prestacionales, y a cargo de quien señala el sistema general de pensiones.

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

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

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

También la misma jurisprudencia muestra en otra providencia caminos de solución sin ir al código civil y desprotegiendo al pensionado (T 626 de 2017): “48. Como consecuencia de lo anterior, la Sala revocará las providencias revisadas; en su lugar, amparará el derecho fundamental social a la seguridad social del tutelante y ordenará a PORVENIR que resuelva la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez, objeto de la presente acción de tutela, sin que se imponga como condición la entrega del dinero que recibió el tutelante a título

enmarcan la garantía de la seguridad social: acceso oportuno a la prestación, universalidad, solidaridad y eficiencia. De ahí que la Carta Política integre un mandato de protección reforzada de estos recursos económicos, al exigir expresamente la adopción de medidas dirigidas a su disponibilidad y mantenimiento.^[78] SU 229 DE 2019.(subrayas fuera del texto)

¹⁸ C-177 DE 1998

de “devolución de saldos de vejez” o los rendimientos que debió generar la cuenta desde el momento en que se hizo el pago. Lo dicho, claro está, sin perjuicio de que el Fondo accionado conserve las facultades para verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, para resolver lo relacionado con la financiación de dicha pensión, así como lo relativo a la forma de reembolso o compensación de los dineros entregados por concepto de devolución de saldos de vejez, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales que regulan el derecho objeto de amparo”. (subrayas fuera del texto)

La jurisprudencia especializada también señala vías de solución iguales:

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

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

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

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

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

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

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

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

correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

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

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

Ahora bien, en cuanto a la improcedencia de la compensación, defendida por el recurrente bajo el argumento de que Colpensiones y el demandante no son deudores recíprocos, la Sala no suscribe este planteo. Ello, en la medida que el carácter de deudor del demandante debe apreciarse desde el prisma del sistema, es decir, ante los ojos del sistema general de pensiones él es deudor de los recursos con los cuales se va a financiar su pensión, al margen de la entidad que los administra.

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

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

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

se permite el reconocimiento de la prestación con su debido soporte financiero.

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

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

Corresponde entonces tener mejor discernimiento para los pensionados, pues la seguridad social, se repite, si tiene su propio camino de solución: el pago de los derechos correspondientes a los pensionados, diferenciando para el cual se consagra como hacer del juez de la seguridad social dentro del proceso ordinario su debida determinación, siendo esa y no otra, la materia específica de este distanciamiento. De ahí que no habría necesidad de un nuevo juicio a fin de explorar lo que cabalmente en este proceso ya se sabe.

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

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

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

En este punto importa colocar de presente dos aspectos: primero: el camino o medio para buscar el fin o la justicia¹⁹ deben ser correlacionados, dado que, si el camino o medio utilizado para buscarla pierden su norte, a tal punto que desvanecen el fin, como sucede con la decisión que no define y si posterga la solución, implicando además, para el aquí reclamante, los riesgos propios de un nuevo proceso; lo que ocurre, es que dicho pronunciamiento correrá con opacidad, su transparencia no trasega, no consiguiendo la justicia. Segundo: no sería constitucional la desprotección en la que queda la persona de la tercera edad, existiendo, no solo normativa de índole social imperativa a su favor si no que se tiene al alcance de la mano una condena determinable. De esa índole fue la condena en la sentencia citada del año 2008.

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

¹⁹ LA LUCHA POR EL DERECHO, CAPITULO I, R.VON IHERING.

Y eso es lo que consideramos produce la nueva sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia²⁰, pues ahí se deja sin atención el mandato social, que es el que ofrece solución dentro del marco ordinario de la seguridad social. Se podría decir entonces, que sobre el recae el desfinanciamiento del sistema, complejo de culpa para el que nada hizo; pero en esa ideación tampoco hay reconocimiento, menos, derechos por su condición de víctima, situación nacida ahora en la nueva psicología social.

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

Si se aplica el derecho civil también se desconocería un marco constitucional, que es el que contempla las actuales realidades desarrolladas por el legislador: la existencia de elementos colocados a disposición del juez social permisivos todos ellos para una concreta o determinable condena, pudiendo con ello bastantear la combatida ilicitud.

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

Punto que tampoco se puede perder de vista, pues ciertamente dan origen a esas comprometidas consecuencias, el no olvidar el determinarse en contra de los pensionados, una sanidad inequitativa, con un alto costo precisamente para quien es o fue víctima del infractor, que por su mera condición, de persona de la tercera edad, amerita toda la protección estatal. Es que ya la misma Sala Laboral de la C.S. con enfoque social, determinó una forma de solución viable para el caso; lo hizo en la sentencia 31938 de 2008, en donde habiéndose demandado resarcir los perjuicios y subsidiariamente el reconocimiento de derechos pensionales, por la misma infracción del agente privado, se concretó finalmente la condena mediante el reconocimiento de las sumas pensionales diferenciales no pagadas, sin que se diera incongruencia.

Con lo visto en precedencia, sigue mirar, por aquello de la equidad colectiva²¹, sí la afectación a los derechos de quienes se trasladan de régimen pensional está presente en todas las realidades de vinculación y traslado, para lo cual cabe decir, que esa indebida información, campea en todos esos escenarios con el mismo vigor frente al acto de ilicitud.

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

Sea lo primero indicar que para el caso de los afiliados, decididamente ese nefasto efecto no se presenta, ni tendría apoyo alguno y sería un despropósito frente a la constitución y al acto legislativo 01 de 2005, que mandan reconocer los derechos pensionales si se reúnen las

²⁰ SL 373 DE 2021” Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación.....por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.”

²¹ Conferencia internacional del trabajo, 89ª reunión, 2001- Seguridad social un nuevo consenso.

requisitorias de ley; entonces, cabe preguntarse qué es lo que hace racional y además permite que acontezca tal impacto solo cuando se trata de pensionado.

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

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

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

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

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

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

Consideraciones precedentes que abrevan del entendido de ser la SEGURIDAD SOCIAL²² la mejor utilización de esos dos vocablos²³, al traer su conjugación respuestas estatales a los derechos del Hombre y además, pervivir por centurias en su permanente construcción, pues los sucesos sociales y casi todos, no nacen un determinado día, resulta pertinente, traer a cuento el entendido de Simón Bolívar, tener a la seguridad social como elemento de la mejor fórmula gubernamental posible.

Es que precisamente, dado el nivel de expectativa que tiene la materia hoy en día, no se hace de recibo situar a los actuales pensionados o a cualquier ciudadano, luego de estar años tratando de encausar su reclamo, en otro proceso ordinario diferente, lo que de modo igual

²²

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

compromete al principio mínimo fundamental de la seguridad social como garantía²⁴, siendo claro que la corte constitucional estableció el traslado de régimen como característica eficiente de la seguridad social (**C- 841 de 2003**).

También es de ver que la restricción al pensionado para limitar su traslado dentro del Rais (**Art.107 de la ley 100 de 1993**) no hace ecuación con las razones de la nulidad del traslado de régimen pensional ni de su ineficacia, lo son por la ilicitud del acto, más no por la limitada o no voluntad del pensionado para generar traslado dentro del RAIS²⁵; ahora, tampoco es causa suficiente para la indemnidad que se quiere dar al RPM por la condición de pensionado, colacionada con la existencia de diversas modalidades pensionales matizadas por contratos de seguros. La unilateralidad o la bilateralidad no están por encima de la ley, lo que incluye los principios generales del Derecho, siendo muy importante la claridad en esta diferenciación porque lo que es connatural a la seguridad social, es pagar las mesadas pensionales completas sin necesidad de acudir al expediente de los perjuicios irrogados.

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

²⁴ Art.53 C.N.

²⁵ “Como se señaló en la sección 3 de esta sentencia, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, existen por lo menos 3 subsistemas de pensiones por los que puede optar el afiliado: (a) la renta vitalicia inmediata; (b) el ahorro programado; y (c) el ahorro programado con la renta vitalicia diferida.

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

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

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

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

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

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

las mesadas completas, siendo esa respuesta la consecuencia natural dentro del sistema pensional.

Por último, pero no sin trascendencia, es claro, que el incumplimiento del Estado en establecer dentro del sistema caminos de solución propios para infracciones, como la estudiada y aceptada en este caso, que es lo que propende la nueva solución jurisprudencial, no es culpa del pensionado; él ya es una víctima de esa ilicitud, pero a su costa y obrar se le impone hermenéuticamente todas las acciones por hacer, corriendo a plenitud sus derechos el riesgo propio que trae un proceso diferente.

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

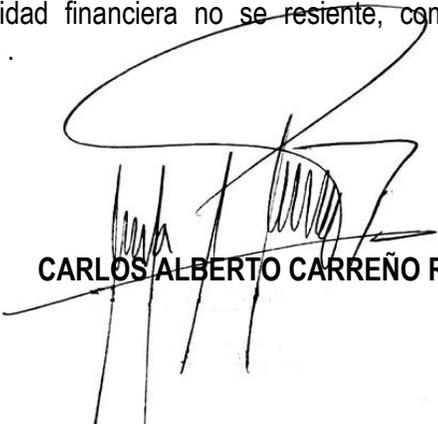
Pero es de advertir que sin ninguna otra consideración, es al pensionado al que se le priva de la seguridad social y su eficacia, todo para finalmente concluir que las cuentas no le cuadran al sistema pensional por que el pensionado gozará de sus derechos, pero debiéndoselos cobrar al que causo el perjuicio,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

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

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

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

El Magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA