

Bogotá D.C., 15 de octubre de 2021

URGENTE TUTELA POR ACTIVA
Protección de Recursos Públicos

Honorables Magistrados:
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Sala de Casación Penal
Bogotá D.C.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Accionante: Administradora Colombiana de Pensiones
Accionado: Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral

DIEGO ALEJANDRO URREGO ESCOBAR, actuando en calidad de Gerente de Defensa Judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, debidamente facultado a través del Acuerdo 131 del 26 de abril de 2019, punto 4.4 – 4.4.3 que dispuso que la Gerencia de defensa Judicial está facultada para representar judicial y extrajudicialmente en acciones constitucionales, por medio del presente escrito, interpongo acción de tutela en contra de la sentencia de casación SL3676-2020 y la sentencia de instancia SL1309 de 2021, dictadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la última notificada por edicto el **19 de abril de 2021**, con el fin de que se amparen los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, acceso a la administración de justicia, en conexidad con el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, vulnerados a la entidad que represento, por las razones que más adelante se expondrán:

REFLEXIONES PRELIMINARES

De manera introductoria, conviene resaltar, que la sentencia de casación SL3676-2020 y la sentencia de instancia SL1309 de 2021, esta última que se entiende integrada como un todo inescindible con la sentencia de casación, proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, configuran en su conjunto serios e insuperables defectos sustanciales que ameritan la intervención del Juez Constitucional con el fin de reestablecer los derechos fundamentales anunciados y que fueron vulnerados a Colpensiones, por cuanto, en dichas decisiones se hace una interpretación y desproporcionada de los artículos 64 y 79 de la Ley 100 de 1993, al extraer de su texto un sentido y alcance que no se desprende de la

correcta y objetiva intelección de las mencionadas normas, lo que a la postre condujo a la creación jurisprudencial de un requisito no previsto por el legislador para adquirir el estatus de pensionado en el régimen de ahorro individual al condicionarlo a la escogencia o contratación de una modalidad pensional.

De esta manera, desconoció que el derecho pensional por vejez se causa con el cumplimiento de un único requisito, esto es, con la acumulación del capital suficiente para obtener una mesada pensional equivalente al 110% del salario mínimo mensual legal vigente, sin consideración a la edad, y sin que adicionalmente se exijan otros actos jurídicos no solemnes ni constitutivos del derecho como la selección o contratación de una modalidad pensional, según el caso. Esto último se erige, como una prerrogativa o derecho posterior y consecuencial al estatus de pensionado, con el fin de suscribir el negocio o acto jurídico a que haya lugar, que defina las condiciones y términos del disfrute o pago de la mesada pensional que se deriva de la previa causación del derecho; desdibujando esta comprensión las diferencias entre causación y disfrute del derecho.

Tal yerro implica que se haya desconocido por el órgano de cierre de la especialidad laboral, el precedente que previamente había sentado en sentencias SL 4305/2018 y SL 1168 de 2019, en las que decantó que para adquirir el estatus de pensionado en el RAIS basta con tener el capital exigido, y por ende, que se haya emitido el respectivo bono pensional si a ello hubiere lugar, y que es a partir de la concurrencia de estos presupuestos que se entiende configurado el derecho, a lo que se suma la pretermisión del precedente fijado en sentencia SL373/2021 respecto a la imposibilidad fáctica y jurídica de materializar el traslado de régimen de un pensionado en el RAIS, por la consecuencial afectación a terceros y la inviabilidad de retrotraer operaciones y actos jurídicos como la redención de un bono pensional.

A su vez, desconoció el precedente con efectos erga omnes que la Corte Constitucional adoctrinó en sentencias C-841-2003 y C-086-2002, de las que se colige sin lugar a hesitación alguna, un criterio de orientación en la interpretación de las normas que regulan la obtención de la pensión de vejez en el RAIS y en cuanto a la restricción de traslado a otras Administradoras, ora con mayor razón a otro régimen, por parte de quienes ya ostentan la condición de pensionados, al revestir de consecuencias económicas desfavorables para el sistema, en la medida que desincentiva las inversiones a mediano y largo plazo, y por ende que se ofrezcan servicios administrativos y financieros sostenibles y rentables a los afiliados. A su turno, de un entendimiento armónico y coherente de ambas sentencias de constitucionalidad, se infiere que el régimen prestacional del Sistema Pensional es reglado, esto es, configura derechos y situaciones jurídicas bajo determinadas condiciones y requisitos pre establecidos por la Ley sin que se deje a discreción o voluntad de los actores del sistema la concreción de los efectos legales, como en este caso, retractarse de una reconocimiento pensional previamente solicitado.

Por las anteriores razones, la Corte Constitucional ha permitido que, en situaciones como la presente, en las que se observe una evidente violación a los derechos de debido proceso y acceso a la administración de justicia proceda la acción de amparo con el fin de salvaguardar los principios Constitucionales de la Seguridad Social, como servicio público a cargo del Estado y, conjuntamente, los recursos del Sistema General de Pensiones.

I. PARTES

PARTE ACTIVA:

Es accionante la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con domicilio principal en Bogotá, quien obra a través del suscrito **DIEGO ALEJANDRO URREGO ESCOBAR**, en condición de Gerente de Defensa Judicial de la Entidad.

PARTE PASIVA:

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Autoridad jurisdiccional que profirió la sentencia de casación SL3676-2020 y sentencia de instancia SL1309 proferida el pasado 24 de febrero de 2021, cual fue notificada por edicto el **19 de abril de 2021**, dentro del proceso radicado 050013105017201300413-01, y radicación interna No. 68091.

CONFORMACIÓN DEL CONTRADICTORIO

Teniendo en cuenta que terceras personas pueden tener legítimo interés en la presente acción constitucional, por haber sido parte dentro del respectivo proceso ordinario laboral, de manera respetuosa solicito a esta Honorable Corporación que se vincule a esta acción a **LUIS CARLOS GAVIRIA ECHAVARRÍA** y a **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA** para permitirles ejercer su derecho de defensa y contradicción.

De igual manera, se considera necesario vincular a la presente acción a la Oficina de Bonos Pensionales- OBP del Ministerio de Hacienda, pues como se mencionada en la sentencia acusada, Colpensiones debe surtir trámites ante la OBP *“con el fin de establecer las fuentes de financiación de la respectiva pensión y si es del caso, devolverle a ésta, la OBP, el valor que corresponda; sin embargo, como se razonó en la misma decisión judicial, en el caso sub examine el bono pensional es un “hecho consumado”*. Cabe anotar que la Nación a través de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, reconoció y pagó

tanto el cupón a cargo de la Nación como el de COLPENSIONES a la Administradora de Pensiones PROTECCIÓN, en virtud de lo señalado en el Artículo 2 del Decreto 3798 de 20031.

Lo anterior, en razón a que la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público - OBP, es la autoridad técnica en materia de bonos pensionales, de conformidad con lo establecido en el Art. 19 Del Decreto 1513 de 1998 y en el Art. 3 del Decreto 192 de 2015, y para el caso particular, la Nación, a través de la OBP fue quien efectuó el pago del bono pensional tipo A modalidad 2 a la Administradora de Pensiones Protección, por los tiempos cotizados al Instituto de Seguros Sociales Liquidado y a Colpensiones, de conformidad con lo establecido en el en el Artículo 2 del Decreto 3798 de 2003; no obstante, no se integró el contradictorio con aquella en el trámite del proceso ordinario laboral.

II. HECHOS

Las peticiones encuentran su sustento fáctico en los hechos que se refieren a continuación:

PRIMERO: El señor LUIS CARLOS GAVIRIA ECHAVARRÍA, nació el 8 de diciembre de 1949, por lo que el mismo día y mes del año 2009 arribó a los 60 años de edad. Se afilió al entonces Instituto de Seguros Sociales, el día 18 de febrero de 1977, donde cotizó como trabajador dependiente al servicio de diferentes empresas del sector privado hasta el 30 de diciembre de 1999, data para la cual, había reunido un total de 1.186 semanas, de las cuales, 892.15 semanas se habían cotizado al 1° de abril de 1994.

SEGUNDO: El 1° de enero de 2000, solicitó su traslado a la AFP PROTECCIÓN SA, donde realizó cotizaciones hasta el 30 de enero de 2012 por un total de 621,21 semanas, es decir, que en total reunía 1.806,65 semanas entre los dos regímenes.

TERCERO: Al cumplir los 62 años de edad, el señor GAVIRIA solicitó a la AFP PROTECCIÓN S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual, le fue reconocida mediante comunicado 2012-30731 del 16 de marzo de 2012, a partir del 1° de febrero de 2012, bajo la modalidad de “retiro programado con Protección S.A.”, en cuantía de \$1.873.683.

CUARTO: El 21 de marzo de 2012, el señor GAVIRIA comunica a la AFP PROTECCIÓN SA, que no acepta el valor de la mesada pensional, por cuanto era beneficiario del régimen de transición de que trata el art. 36 de la Ley 100 de 1993, además, que se le desconoce la mesada

1 “...Pago de cuotas partes a cargo del ISS en bonos pensionales tipo A. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto-ley 1299 de 1994, cuando la Nación tenga la calidad de emisor de bonos tipo A, podrá pagar por cuenta del Instituto de Seguros Sociales, ISS, el valor correspondiente a la deuda imputable por concepto de cuotas partes de bono, que se originen en tiempos cotizados a partir del primero de abril de 1994 y hasta la fecha del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En el evento en que la Nación haya efectuado el pago de las cuotas partes por cuenta del ISS, dichas sumas serán compensadas con el ISS, de acuerdo con los mecanismos previstos en el presente decreto...”

14 por cuanto había cumplido con el requisito de la edad antes del término referido en el acto legislativo 01 de 2005.

QUINTO: A través de misiva 3005128 del 13 de abril de 2012, PROTECCIÓN le informa al señor GAVIRIA que se mantiene el valor de su mesada pensional, así como el número de mesadas a percibir cada año.

SEXTO: Posteriormente, y sin surtir actuaciones adicionales ante la AFP, el 21 de junio de 2012 el señor GAVIRIA solicitó al ISS su retorno al RPM en atención a los lineamientos adocotrados en las sentencias C789 de 2000 y C1024 de 2004, como quiera que contaba con más de 750 semanas al 1° de abril de 1994.

SEPTIMO: La anterior solicitud fue negada por el Instituto de Seguros Sociales, mediante comunicación 2012-384388-0161014, bajo el argumento que ya se encontraba pensionado en el RAIS.

OCTAVO: Como consecuencia de lo anterior, el señor GAVIRIA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN con el fin que mediante sentencia se declare su traslado al RPM, por cuanto tenía el derecho adquirido al régimen de transición al haber reunido más de 750 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994. De igual forma, solicitó que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, a partir del 1° de febrero de 2012, fecha posterior al día en que realizó su última cotización.

NOVENO: El conocimiento de la causa correspondió al Juzgado 17 Laboral del Circuito de Medellín, que puso fin a la primera instancia mediante sentencia proferida el 27 noviembre de 2013, en la que resolvió:

PRIMERO: Primero: Declarar que el señor LUIS CARLOS GAVIRIA ECHAVARRÍA [...], tiene derecho a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES y en consecuencia de ello recuperar el Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993

Segundo: Declarar que el señor LUIS CARLOS GAVIRIA ECHAVARRÍA [...], tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de Colpensiones aplicándole el Decreto 758 de 1990 a partir del 01 de febrero de 2012, conforme se dijo en la parte motiva

Tercero: Ordenar a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. que en el término máximo de 30 días después de ejecutoriada la Sentencia proceda a trasladar a COLPENSIONES los aportes efectuados a dicha AFP por

el señor LUIS CARLOS GAVIRIA ECHAVARRÍA, más sus rendimientos y el bono pensional conforme como se dijo en la parte motiva.

Cuarto: Condenar a COLPENSIONES representada legalmente por MAURICIO OLIVERA GONZÁLEZ o por quien haga sus veces a reconocer y a pagar al señor LUIS CARLOS GAVIRIA ECHAVARRÍA [...], la pensión de vejez a partir del 01 de febrero de 2012, bajo el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y en concordancia con el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año, la cual deberá liquidar dicha entidad atendiendo a los parámetros establecidos en la parte motiva

Quinto: Autorizar a COLPENSIONES en caso de darse una diferencia en el estudio de rendimientos proceda a compensar el valor de dicha diferencia del retroactivo pensional ocasionado a favor del demandante.”

DÉCIMO: La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, desató la alzada propiciada por ambas partes mediante sentencia del 12 de junio de 2014, en la que resolvió revocar la decisión de primera instancia, y en su lugar absolver a la pasiva de las pretensiones de la demanda.

En lo que interesa a esta tutela, el fundamento sobre el cual edificó el sentido del fallo redundó en que el accionante ya tenía definida su situación pensional, de manera que no podía regresar al régimen anterior, en consideración a que el cambio de régimen es un derecho que está reservado para los afiliados, máxime que en el caso de autos, no sólo se cumplió con los requisitos de Ley para acceder a la pensión, sino que además, se elevó la respectiva solicitud de reconocimiento pensional por parte del promotor judicial la cual fue definida incluso por la AFP.

Sumó a sus consideraciones, lo dispuesto en el art. 107 de la Ley 100 de 1993, según el cual, un pensionado no puede transferir voluntariamente el ahorro de su cuenta individual a otros planes de capitalización o trasladarse a otra administradora.

Finalizó reiterando, que el demandante bien pudo haber solicitado el traslado al cumplir con los requisitos para ello, pero que esa opción finalizó al solicitar el otorgamiento de la pensión que efectivamente le fue concedida.

DÉCIMO PRIMERO: Contra la anterior decisión el accionante interpuso el recurso de casación, que tuvo en primera medida sentencia de casación SL3676 de 2020, proferida el 5 de agosto de 2020, en la que se resolvió CASAR la sentencia proferida en segunda instancia, sin que se hubiese proferido sentencia de reemplazo como Tribunal de Instancia, por cuanto para mejor

proveer se dispuso solicitar a COLPENSIONES la historia laboral y a la AFP PROTECCIÓN SA, indicar el saldo de la CAI y el valor del bono pensional a la fecha en que fue consignado a ese fondo de pensiones.

La decisión descansó en los pilares que a continuación se sintetizan:

- Entendió la Corte Suprema de Justicia, que el fundamento cardinal del fallo casado lo era únicamente el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, y que la recta interpretación de esa disposición sugiere que la restricción allí impuesta a los pensionados, refiere es a la imposibilidad de cambiar de modalidad pensional o de trasladarse entre AFP de ese subsistema pensional.
- Para dicha Corporación, la prohibición estatuida en la citada disposición no comprende la posibilidad de traslado de régimen pensional, pues sólo aplica para el RAIS y no puede entenderse que cubre al RPM.
- Que las dos figuras jurídicas, esto es, cambio de modalidad pensional o de administradora y el traslado de régimen pensional son disímiles, en la medida que esta última se encuentra reglamentada por el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que permite al asegurado el traslado cada 5 años y conforme a las exigencias del art. 113 y 114 de la misma codificación.

DÉCIMO SEGUNDO: El 24 de febrero de 2021, se profiere la sentencia de instancia SL 1309 de 2021, cuya tesis medular cambió en lo sustancial frente a lo considerado en sentencia de casación donde se limitó a esbozar que procedía el traslado porque no era aplicable el art. 107 de la Ley 100 de 1993, y en su lugar, fincó su teoría en que el accionante aún no había adquirido el estatus de pensionado, esto es, preservaba la condición de afiliado, y en esa medida, podía acceder al retorno en los términos dispuestos por la sentencia C-789-2002. Los argumentos principales en que soportó su regla se condensan así:

- Sostiene la Corte Suprema de Justicia, que para adquirir el estatus de pensionado en el RAIS, no sólo se tiene que cumplir en los términos del art. 64 de la Ley 100 de 1993, con el requisito de capital mínimo acumulado en la CAI que le permita “*obtener una pensión mensual superior al 100% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley, reajustando anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor...*”, sino que además, para causar el derecho también se debe cumplir con lo dispuesto en el art. 79 de la misma codificación referente a la escogencia de una modalidad pensional.
- Señaló, que no quedó demostrado en el informativo que el asegurado haya seleccionado el modelo de retiro programado, y en gracia de discusión, tal escogencia no se materializó por cuanto el afiliado no suscribió el contrato de retiro programado, sin

lo que cual no hay señal de aceptación de escogencia de dicha modalidad, pues su cláusulas rigen los beneficios, riesgos y obligaciones.

- Que a lo anterior se suma, que el actor no estuvo de acuerdo con el valor de la mesada, es decir, no aceptó la liquidación efectuada por la AFP.
- Que al no haberse suscrito el referido contrato, no hay una situación jurídica consolidada ni consumada que no pueda retrotraerse, como se razonó en sentencia SL373-2021.
- Precisó que la redención del bono pensional no es un obstáculo para el retorno al RPM, pues al redimirse pasa a ser un derecho de propiedad del afiliado que constituye uno de los recursos con los que se financia su pensión.

III. VERIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS GENERALES Y ESPECIFICOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELAS CONTRA PROVIDENCIAS

Desde sus primeras providencias (C-543 de 1992)², la Corte Constitucional admitió la posibilidad de que mediante el empleo de la acción de tutela se pueden controvertir providencias judiciales, cuando las autoridades en lugar de actuar en derecho lo hacen a través de vías de hecho o graves irregularidades que, de manera flagrante y grosera, violentan los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Política.

Ahora, si bien se ha manifestado que la tutela contra providencias judiciales procede de manera excepcional, en aras a salvaguardar el valor de la cosa juzgada y el principio de la seguridad jurídica, así como la presunción de acierto y legalidad de las sentencias judiciales, lo cierto es que la doctrina Constitucional ha permitido su viabilidad cuando en éstas se quebrante el ordenamiento jurídico y se desprenda una grave irregularidad de relevancia constitucional, en la medida de que ello decante en la vulneración o amenaza de derechos fundamentales.

Bajo este entendido, los precedentes judiciales establecidos por la Corte Constitucional (C-590 de 2005), han exigido que para que pueda invocarse la protección de la acción de tutela, resulta

² En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 41 del Decreto 2591 de 1991 y precisó que “De conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias”. Sentencia C-543 de 1992.

³ La Constitución Política en su artículo 86 consagró la acción de tutela como mecanismo judicial establecido para la protección de derechos fundamentales, “cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”, de igual manera, en la Convención Americana de Derechos Humanos artículo 25, la cual hace parte del bloque de Constitucionalidad, se consagró la acción de amparo como “recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución... aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. En ese orden de cosas, resulta procedente la acción de amparo para la salvaguarda de derechos fundamentales de un sujeto de derechos, persona natural o jurídica, derivado aún por la acción u omisión de la Administración de Justicia, en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.

necesario acreditar una serie de requisitos de carácter general (referidos a la procedibilidad de la acción de tutela) y otros específicos (relativos a la tipificación de las situaciones que conducen al desconocimiento de derechos fundamentales).

De esta forma, si el peticionario logra demostrar dentro del proceso el cumplimiento de estos requisitos, el juez estará en la obligación de revisar la providencia judicial atacada y proceder a proteger los derechos fundamentales que han sido desconocidos, interviniendo cuando advierta la trasgresión de un mandato constitucional en concreto, caso en el cual deberá adoptar las medidas que considere necesarias a objeto de restablecer la situación, y así garantizar la protección del derecho fundamental afectado.

Los fallos jurisdiccionales que presenten irregularidades o que contraríen los postulados constitucionales, pueden incurrir en diferentes defectos, lo que permite acudir a la mencionada acción constitucional para salvaguardar los derechos fundamentales. Esta posibilidad jurídica que ha sido desarrollada jurisprudencialmente y que, hoy en día, es denominada como la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, requiere, como ya se indicó, el cumplimiento de unos claros y precisos presupuestos para que pueda prosperar.

Precisamente, en sentencia SU-773 de 2014 la Corte Constitucional al respecto recordó que:

“La Sala Plena de la Corte en la sentencia C-590 de 2005, expuso el precedente vigente sobre la materia, en ella se distingue entre requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra sentencias. Los primeros tienen que ver con las condiciones fácticas y de procedimiento, que buscan hacer compatible el amparo con la eficacia de valores de estirpe constitucional y legal, relacionados con la seguridad jurídica, los efectos de la cosa juzgada, la independencia y autonomía del juez, al igual que la distribución jerárquica de competencias al interior de la rama jurisdiccional. Los segundos, se refieren a la descripción de los defectos en que puede incurrir una decisión judicial y que la hacen incompatible con la Constitución.”

Para Colpensiones, como se explica a continuación, el caso en estudio reúne todas las características procedimentales y legales para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales. En este sentido, para efectos metodológicos, en primer lugar, siguiendo la construcción dogmática de la Corte Constitucional⁴, esta administradora acreditará los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra la decisión proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y sustentará la configuración de los defectos o causales específicas de procedibilidad.

⁴ Sentencias C-543 de 1992, C-590 de 2005 y C-591 de 2005.

1. ADECUACIÓN DE LOS REQUISITOS GENÉRICOS PARA ESTABLECER LA PROCEDIBILIDAD DE LA PRESENTE ACCIÓN

Como se enunció antes, siguiendo la dogmática de la jurisprudencia constitucional, más específicamente, lo señalado en las sentencias C-543 de 1992, C-590 de 2005, C-591 de 2005 y SU 023 de 2018, esta administradora procederá a sustentar la procedencia de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela (T-1100 de 2008, SU 659 de 2015, entre otras), que han sido establecidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de la siguiente manera.

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional

El asunto que se debate reviste innegablemente relevancia constitucional, pues se busca la protección inmediata del núcleo esencial de los derechos fundamentales afectados, debido proceso, igualdad, buena fe y acceso a la administración de Justicia de Colpensiones, como sujeto de derechos, en conexidad con el desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, vulneración que afecta indefectiblemente los derechos fundamentales de toda la comunidad de afiliados y pensionados adscritos al régimen de prima media.

De la sentencia cuestionada, se advierte que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia casó la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, desconociendo su propio precedente sentado en la materia objeto de discusión en sentencias SL 4305 de 2018 y SL 373 de 2021, por cuanto ordenó el retorno de un pensionado en el RAIS al RPM, vulnerando de esta forma el debido proceso, el derecho a la igualdad y la buena fe, al dar un tratamiento diferenciado sin justificación alguna al caso sometido a su escrutinio en sentencia SL1309 de 2021, y a su vez, transgredir los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, al soslayar los efectos intangibles de una situación jurídica consolidada, con las consecuencias que acarrea la inviabilidad de retrotraer actos jurídicos consumados de buena fe y las afectaciones económicas implícitas por el traslado de personas ya pensionadas, lo que genera *per se* un detrimento a la sostenibilidad financiera del sistema como lo analizó la Corte Constitucional en sentencia C-841-2003.

Reviste particular relevancia o trascendencia el desconocimiento de precedente que se invoca, como quiera que la sede extraordinaria de casacional cumple la finalidad de controlar la legalidad de la sentencia del Tribunal o de segunda instancia, con el intrínseco propósito de unificar criterios de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, de manera que se resguarde la coherencia y la seguridad jurídica en la aplicación del derecho objetivo, de suerte que son la sentencias de casación las que fijan o consolidan el precedente de la Corte Suprema

de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, el cual, se torna vinculante para los Jueces en las instancias. En este sentido, en sentencia T-321-1998, se atribuyó a la casación las siguientes finalidades:

*“La casación, definida por el legislador como un recurso extraordinario y excepcional, tiene dos funciones primordiales: **la de unificar la jurisprudencia nacional**, y la de **proveer la realización del derecho objetivo**, función que se ha denominado nomofiláctica o de protección de la Ley”*

Es justamente por ello que esta Entidad acusa la sentencia SL1309 de 2021, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de afectar: **i)** los principios constitucionales de la Seguridad Social, consagrados en el artículo 48 Superior modificado por el acto legislativo 01 de 2005; **ii)** el derecho a la seguridad social, como servicio público de carácter obligatorio regulado por la ley en pro de la universalidad progresiva y la eficiencia en su prestación; **iii)** el derecho al debido proceso, representado en el principio de legalidad en el Sistema de Seguridad Social, la obligatoriedad del precedente judicial y de los principios de la administración de justicia, artículo 230 de la Carta; **iv)** el principio de igualdad, seguridad jurídica y buena fe, y **v)** el principio de sostenibilidad financiera del Sistema.

Desde ese entendimiento, la decisión cuestionada viola el derecho al debido proceso de Colpensiones, representado en el principio de legalidad en el Sistema de Seguridad Social y la obligatoriedad de los principios de la administración de justicia, artículo 230 Superior; así mismo, se vulnera la regla obligatoria de garantía del poder adquisitivo del sistema pensional, atinente al principio de sostenibilidad financiera.

Así las cosas, en clave de los derechos fundamentales enunciados y los principios constitucionales de la Seguridad Social, consagrados en la ley 100 de 1993 y en el artículo 48 Superior modificado por el acto legislativo 01 de 2005, es indiscutible la relevancia constitucional de este asunto, sumado esto, a que la decisión abre la posibilidad para la consumación de un grave daño patrimonial a los recursos del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, lo que da al traste con el artículo 48 de la Constitución Política que propende por garantizar el acceso a la seguridad social y el poder adquisitivo de las pensiones dentro del Sistema, a través de los principios de eficiencia y eficacia que se ven representados a través de la sostenibilidad del Sistema y del principio de interés general sobre el particular.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable

Sea lo primero indicar que, Colpensiones ejerció activamente la defensa de los intereses del régimen que representa, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor LUIS

CARLOS GAVIRIA ECHAVARRÍA , presentando la contestación de la demanda en el término del traslado y los alegatos de conclusión. Así mismo, se pone de presente que se surtieron las dos instancias procesales, y como quiera que las resultas de la segunda instancia fueron favorables a COLPENSIONES, el recurso extraordinario de casación corrió por cuenta de la parte activa del litigio.

Ahora, en relación con la acción de revisión contemplada en el artículo 20 de la ley 797 de 2003, debe indicarse que, si bien en principio es procedente, su resultado adverso es previsible, pues su competencia estaría a cargo de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que ha fijado un criterio en la SL1309 de 2021, mismo que se discute a través de la presente acción, invocándose un juicio de validez constitucional, pues la hermenéutica allí fijada se acusa de ser constitucionalmente ilegítima por contravenir postulados de la Carta política y/o conducir a resultados desproporcionados (CC, T-606 de 2017); lo que a la postre decanta en la violación de derechos fundamentales de Colpensiones.

Por esta razón, atendiendo las particularidades del asunto bajo examen, deviene en improcedente, por el objeto debatido, siendo ineficaz la interposición de la acción de revisión de que trata el artículo 20 de la ley 797 de 2003, no existiendo entonces otro mecanismo judicial pendiente de agotamiento en el caso concreto, quedando como única vía la presente acción de amparo para la salvaguarda del derecho al debido proceso y acceso a la administración de justicia, en concordancia con la protección de los recursos públicos y del sistema pensional Colombiano.

En gracia de discusión, también debe tenerse de presente que el Alto Tribunal Constitucional en sentencia T 360 de 2018 sostuvo:

*“En el caso bajo estudio se considera que si bien en principio la acción de tutela resulta improcedente por la existencia de otro medio de defensa judicial, lo cierto es que, en caso de que esta Sala constate que por medio de las disposiciones demandadas se incurrió en la vulneración del derecho fundamental al debido proceso alegada, se debe tener en cuenta que: (i) el daño alude a hechos ciertos, pues no acceder al amparo transitorio implica que la UGPP en cumplimiento de las sentencias demandadas, debería realizar el pago de la pensión hasta tanto se resuelva el recurso y con la obligación de devolución de las sumas que superan dicho tope y que se han dejado de cancelar, a pesar de que son recursos del Sistema de Seguridad Social que difícilmente podrán ser recuperados, por cancelarse en cumplimiento de una orden judicial y, en consecuencia, habrían sido percibidos de buena fe. (ii) Es grave, puesto **que involucra recursos públicos pertenecientes al Sistema y tiene la potencialidad de afectar la sostenibilidad financiera del mismo**, dado que se trata de una pensión con una cuantía considerablemente elevada e inequitativa puesto que la mayoría de las*

*pensiones en Colombia son de cuantía ostensiblemente menor, situación que contradice la solidaridad, universalidad y eficiencia del Sistema. Por consiguiente, (iii) eventualmente se requerirían **medidas urgentes e impostergables que no podrían esperar a que se resuelva el recurso de revisión, habida cuenta que ello implicaría, se reitera, obligar a esta entidad a sufragar una pensión que excede los toques pensionales del Sistema, lo cual afecta los escasos recursos destinados al mismo.***”

De este modo y atendiendo que en este asunto se configura un perjuicio irremediable, resulta clara la procedencia de la presente acción de amparo para conjurar la vulneración de derechos fundamentales alegada, por lo que se solicita a su Magistratura tener por satisfecho el presupuesto de subsidiariedad en el asunto de marras.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha explicado que el concepto de perjuicio irremediable, “*está circunscrito al grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables, para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho.*”⁵ En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha elaborado varios criterios para determinar su existencia, que se resumen: en la inminencia, la gravedad, la urgencia y la impostergabilidad de la intervención, los cuales aquella ha explicado, así:

*“La inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”*⁶

En jurisprudencia reiterada, la Corte Constitucional ha definido el alcance del perjuicio irremediable determinando que el perjuicio debe suponer un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), susceptible de determinación jurídica. Y, por último, las medidas de protección deben ser impostergables, a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable⁷.

5 Sentencia SU-617 de 2013.

6 Sentencia T-225 de 1993, reiterados en la sentencia SU-617 de 2013.

7 Sentencia T-1316 de 2001. Estos criterios fueron fijados desde la Sentencia T-225 de 1993 y han sido reiterados en las Sentencias C-531 de 1993, T-403 de 1994, T-485 de 1994, T- 015 de 1995, T-050 de 1996, T-576 de 1998, T-468 de 1999, SU-879 de 2000, T-383 de 2001, T-743 de 2002, T-514 de 2003, T-719 de 2003, T-132 de 2006, T-634 de 2006, T-629 de 2008, T-191 de 2010 y de forma más reciente en la sentencia SU-712 de 2013.

Descendiendo al *Sub judice*, las finanzas públicas más específicamente los recursos de la Seguridad Social se encuentran ante un inminente peligro de daño *lusu fundamental*, denominado perjuicio irremediable, representado en el pago de una prestación económica periódica de carácter vitalicio, a pesar que quien pretende beneficiarse de la prestación ya tenía un derecho adquirido en el RAIS y había consumado los mecanismos de financiación al momento en que fue reconocido el derecho pensional en dicho régimen, tanto así, que la misma autoridad judicial llamada a juicio constitucional, reconoció en la decisión acusada que ***“la fecha de redención tiene incidencia en el monto del bono pensional, y que en este caso de no haberse redimido y entregado los dineros del bono a la AFP PRIVADA desde el 15 de diciembre de 2011, hoy podría significar un mayor valor por el transcurrir del tiempo y rendimientos...”***

En definitiva, teniendo en cuenta todo lo antes citado, se solicita respetuosamente a su Despacho tener por satisfecho este requisito.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración

Sea lo primero puntualizar que, el artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela podrá ser promovida *“en todo momento y lugar”*, razón por la cual no está sujeta a términos de caducidad de la acción, dada la naturaleza de los derechos que busca proteger. Pese a lo anterior, y teniendo en cuenta que el mismo articulado consagra que esta acción tiene por objeto la protección inmediata de los derechos aducidos, la Corte Constitucional ha establecido que la misma debe promoverse dentro de un término razonable.

Al respecto, la Jurisprudencia constitucional ha sostenido que el ejercicio de la acción de amparo debe realizarse, de manera general, dentro de un término razonable para su procedibilidad que, en principio, es de seis (6) meses contados a partir desde la data del hecho generador. Al respecto, en sentencia T 357 de 2014 la Corte Constitucional esbozó:

“En virtud de la naturaleza de protección inmediata que reviste la acción de tutela, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que si bien no existe un plazo determinado por el legislador, la esencia misma del amparo conlleva a concebir su ejecución dentro de un plazo razonable que exponga el apremio del accionante. En esta medida, esta Corte ha establecido un término de seis meses como plazo razonable para este análisis, aunque el mismo no es absoluto debido que a que debe tenerse en cuenta las condiciones de particularidad, vulnerabilidad y especificidad de cada caso”.

En concordancia con la jurisprudencia Constitucional, resulta dable afirmar que la presente acción cumple con el presupuesto procesal de inmediatez, habida cuenta que la sentencia de instancia que hace parte de la sentencia de casación fue proferida el 24 de febrero de 2021, pero su notificación sólo se surtió hasta **el 19 de abril de 2021**, como se acredita con el edicto que se acompaña con este escrito, de manera que no ha transcurrido el término de 6 meses considerado razonable.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora

Teniendo en cuenta que en el caso en particular no se invoca la configuración de un defecto procedimental, este requisito no sería exigible.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible

El presente escrito contiene de forma clara, detallada y comprensible los hechos constitutivos de la alegada violación de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, buena fe acceso a la administración de justicia, Igualdad ante la Ley y principios constitucionales de la Seguridad Social.

f. Que no se trate de sentencias de tutela

La presente acción no se interpone en contra de un fallo de tutela, sino contra una sentencia proferida dentro de un proceso ordinario laboral.

2. ADECUACIÓN DE LOS REQUISITOS ESPECÍFICOS PARA ESTABLECER LA PROCEDIBILIDAD DE LA PRESENTE ACCIÓN

La Corte Constitucional ha establecido que para que prospere la solicitud de amparo constitucional contra una providencia judicial, esta debe adolecer de uno de los vicios o defectos materiales que corresponde a una de las distintas modalidades tipificadas por la jurisprudencia constitucional tales como el defecto sustantivo, el defecto orgánico, el defecto procedimental, el defecto fáctico, el error inducido, la decisión sin motivación, el desconocimiento del precedente o la violación directa de la Constitución. Para el caso concreto, teniendo en cuenta el contenido y las implicaciones de la providencia impugnada, se presentan como causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela, las siguientes:

- Defecto Sustantivo
- Violación directa de la Constitución Nacional

2.1 DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO

De conformidad con la jurisprudencia Constitucional, el defecto sustantivo surge cuando la autoridad judicial desconoce normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso concreto, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos *erga omnes*.

Teniendo en consideración lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia SU 149 de 2021 ha señalado que una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo cuando se presenta lo siguiente:

(i) *la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable porque: a) no es pertinente, b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia, c) es inexistente, d) ha sido declarada contraria a la Constitución, o e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó. Esto último ocurre, por ejemplo, porque a la norma utilizada se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el Legislador.*

(ii) *a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o **“la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes”** o cuando se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, de modo que la decisión judicial está fuera de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable.*

(iii) *en la aplicación de una norma se exige la interpretación sistemática con otras que no son tenidas en cuenta y que resultan necesarias para la decisión adoptada.*

(iv) *se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto.*

8 Sentencia T 581 de 2015.

(v) *el fallo incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión, al acreditarse que la resolución del juez se aparta de las motivaciones expuestas en la providencia.*

(vi) *la aplicación de una norma desconoce una sentencia con efectos erga omnes. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría la ratio decidendi de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico.*

(vii) *cuando la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución.*

(viii) *se adopta una decisión con fundamento en normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual, aun cuando el contenido normativo del precepto utilizado no haya sido declarado inexecutable, se constata que el mismo es contrario a la Constitución.*

(ix) *cuando el juez no aplica la excepción de inconstitucionalidad ante una manifiesta violación de la Constitución.*

(x) **la autoridad judicial se aparta del precedente judicial –horizontal o vertical– sin justificación suficiente, irregularidad que se distingue de la causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales categorizada como desconocimiento del precedente judicial, el cual se circunscribe al fijado directamente por la Corte Constitucional .**

(xi) *un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”.*

2.1.1. Demostración del Defecto Sustantivo

i) Defecto sustantivo en la modalidad de “interpretación contraevidente - interpretación contra legem- o claramente irrazonable o desproporcionada”

Pese a la autonomía que se le ha otorgado a las Autoridades judiciales, en la sentencia encartada se incurrió en defecto sustantivo, por cuanto se “*interpreta las normas de tal manera que contraría la razonabilidad jurídica*” (CC, SU 195- 2012), de modo que, la irrazonabilidad de la hermenéutica de la norma legal se produce pues “contraviene postulados de rango constitucional o conduce a resultados desproporcionados” (CC, T-606 de 2017).

Dicho esto, incurrió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en error material al haber casado la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, fijando el criterio de que el estatus de pensionado en el RAIS, no se adquiere únicamente al reunir el capital suficiente para garantizar una mesada del 110% del salario mínimo vigente, al considerar que además, para causar el derecho a la pensión se requiere seleccionar la modalidad bajo la cual se **disfrutará o pagará** la pensión, con lo cual, interpretó contra legem y de manera desproporcionada los arts. 64 y 79 de la Ley 100 de 1993.

De la noción de estatus de pensionado, derecho adquirido y/o situación jurídica consolidada:

Para desarrollar esta acusación, debe empezarse por aclarar cuál es el contenido y alcance jurisprudencial que se ha dado a la noción jurídica de “estatus de pensionado” pues precisamente sobre la misma la Corte edificó su criterio para sostener que hasta tanto no se adquiriera dicha calidad o condición se mantiene el estatus jurídico de “afiliado” con las consecuencias jurídicas que ello acarrea, a saber, la posibilidad de ejercer el derecho de traslado a otro régimen pensional. Sobre este particular, en la mencionada sentencia de instancia SL1309/2021, dicha Corporación concluyó que:

*“Pues bien, conforme a las controversias planteadas, **es menester analizar** si el señor Luis Carlos Gaviria Echavarría **tiene el status de pensionado o si continúa ostentando la calidad de afiliado**, y si ello tiene incidencia para efectos de su retorno al régimen de prima media que administra Colpensiones, conservando los beneficios del régimen de transición.*
(...)

*... 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; es decir, que esta **se materializa con la escogencia de determinada modalidad**, y por lo mismo no se puede desligar.*
(...)

...Conduce igualmente a sostener que el demandante no había adquirido la calidad de pensionado, es decir, este no tiene una situación jurídica consolidada, plenamente definida ni consumada que tuviese que retrotraerse (CSJ SL 373-2021), de tal suerte que su status sin lugar a dudas sigue siendo el de un simple afiliado al sistema pensional”

Como se observa, el raciocinio cardinal de la decisión estribó en que descartado que el actor hubiese causado la pensión o tuviera el estatus de pensionado, seguía ostentado la calidad de “un simple afiliado”, y en esa medida, podía optar por su retorno al RPM por cuanto tenía más de 750 semanas cotización al 1° de abril de 1994 en los términos de la sentencia C-789-2002,

pero especialmente, fue dicho argumento el que sirvió de soporte para aclarar que no estaba desconociendo su propio precedente sentado en sentencia SL3 73-2021, en cuanto no es factible el traslado de quien ya tiene la calidad de pensionado en el RAIS, como más adelante se explicará.

Pues bien, tanto doctrinariamente como jurisprudencialmente, se ha entendido que el estatus de pensionado se adquiere una vez se han cumplido con los requisitos legales para acceder a la pensión, esto es, cuando se cumplen con los requisitos para causar el derecho o se dan los presupuestos fácticos y jurídicos para la exigibilidad del derecho subjetivo, o en otras palabras, porque se ha producido la contingencia que se pretende amparar, y además, el beneficiario cumple con las exigencias que condicionan su derecho. Como se puede observar, la noción jurídica de “estatus de pensionado” básicamente hace referencia a la causación del derecho por el cumplimiento de los requisitos legales, lo que de contera, nos traslada al terreno de los derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas.

A este respecto, conviene traer a colación el mismo precedente hilado por la Corte Suprema Justicia, en el que precisa que la noción de estatus de pensionado dista del eventual reconocimiento administrativo o judicial que es consecuencial o posterior al estatus de pensionado, pues ello no es constitutivo del derecho mismo, y que esta condición o calidad hace alusión a que se ha causado el derecho pensional, entre tanto, un reconocimiento judicial o administrativo es simplemente un acto declarativo de una realidad perfeccionada con anterioridad. En efecto, en sentencia SL13877 de 2016, se rememora lo dicho en sentencia SL392 de 2013, así:

1º) ¿cuándo se adquiere el status de pensionado?

*En sentencia CSL SL392-2013, del 26 de jun. 2013, rad. 41.443, esta Sala explicó que la pensión **constituye una situación jurídica personal e individual generada a partir del cumplimiento de los requisitos o exigencias previstos para tal efecto por la ley**, la convención colectiva de trabajo, el pacto colectivo, el contrato de trabajo o el mero acto unilateral de voluntad de su otorgante. De esa suerte, **las sentencias que condenan a su reconocimiento y pago lo que hacen es declarar una realidad anterior a su proferimiento**, esto es, **ya causada a esa fecha**, con el objeto de que mediando la manifestación judicial de su existencia, y quedando despejada toda duda e incertidumbre sobre ese particular, se impongan las condenas respectivas al deudor que se ha sustraído al cumplimiento espontáneo de las obligaciones que de ella se derivan.*

*Allí también sostuvo la Corte que el estado de pensionado no se adquiere con la sentencia que declara la existencia del derecho pensional e impone unas específicas y concretas condenas a su deudor, **por no ser ella un acto, forma o solemnidad constitutiva del derecho, sino con el cumplimiento de los requisitos que para su estructuración o existencia se exigen, momento a partir del cual se generan todos los derechos y***

prerrogativas que de dicho status se generan, entre otros, para el caso de las pensiones de invalidez y vejez, el de causar la pensión de sobrevivientes en favor de los miembros del grupo familiar del pensionado, en los términos y condiciones a que refiere la normativa vigente a la fecha del fallecimiento del pensionado.

Bajo ese mismo hilo de pensamiento, el Consejo de Estado ha diferenciado el estatus de pensionado o causación de la pensión, del reconocimiento mismo, como lo razonó en sentencia del 18 de noviembre de 2002, al reflexionar que “se causa una pensión, cuando se han reunido los requisitos de edad y tiempo de servicio señalados en las normas legales correspondientes, **su causación no es sinónimo de reconocimiento**”⁹

Lo anterior se acompasa con lo decantado por la jurisprudencia constitucional tratándose de derechos adquiridos en materia pensional, los cuales, de acuerdo a la doctrina constitucional surgen ante el cumplimiento de las premisas descritas en la Ley para acceder a un derecho, lo que dimana la consolidación de una situación jurídica, siendo las meras expectativas la noción jurídica antagónica y a la que se acude para referirse a los derechos en vía de adquisición, a contrario sensu, de los derechos adquiridos. Justamente, en sentencia C-314-2004, la Corte Constitucional, razonó:

*“De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los derechos adquiridos con aquellos que han ingresado definitivamente en el patrimonio de la persona. Así, el derecho se a adquirido **cuando las hipótesis descritas en la ley se cumplen en cabeza de quien reclama el derecho, es decir, cuando las premisas legales se configuran plenamente.** De acuerdo con esta noción, las situaciones jurídicas no consolidadas, es decir, aquellas en que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado, no constituyen derecho adquiridos sino meras expectativas.”* (Subraya fuera de texto original)

Es de verse que, la Corte Constitucional diferenció los derechos adquiridos de las “expectativas”, al sostener que estas últimas “como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente...”; entre tanto, el derecho adquirido tiene una garantía de integridad, en la medida que “no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente”

Brota palmario, entonces, que con la exegesis que ha dado la Corte Constitucional a los derechos adquiridos, estos surgen al plano jurídico cuando se han configurado los requisitos legales para acceder a un derecho, y por ende, crea una posición o relación jurídica, en virtud

⁹ Sala Plena de la Contencioso Administrativo, ponente Pedro Charria Angulo.

de la cual, “cualquier modificación a los mismos debe tener el consentimiento válido de su titular como garantía de libertad y seguridad jurídica.”

Estatus de pensionado en el Régimen de Ahorro Individual: Diferencias entre causación y disfrute del derecho.

A tono con el contexto trazado, si se parte del entendido que el *estatus de pensionado* equivale a la causación del derecho a la pensión, es menester determinar cuáles son los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual. Para ello, en lo primero que se ha reparar, en que la pensión de vejez en el RAIS se encuentra regulada en el capítulo II denominado “Pensión de vejez”, conformado por los artículos 64, 65, 66, 67 y 68 de la referida Ley, que en su orden, versan sobre “Requisitos para obtener la pensión de vejez”, “Garantía de pensión mínima de Vejez”, “Devolución de saldos”, “Exigibilidad de los bonos pensionales” y “Financiación de la pensión de vejez”; por lo tanto, es en dicho capítulo donde se encuentran estipulados los requisitos que se deben verificar para determinar el estatus de pensionado en el RAIS, del cual no hacen parte los arts. 79 y siguientes de dicha codificación relativos a modalidades pensionales, las cuales si pertenecen a otro capítulo denominado “modalidades pensionales”, siendo usual en la técnica legislativa, separar no solo los ejes temáticos del articulado, sino además, metodológicamente dotar de coherencia el entramado normativo, de suerte que siga un orden cronológico de sucesos fácticos y jurídicos y de secuencias en el devenir jurídico que se sujetan o condicionan a los presupuestos de las disposiciones iniciales, o que simplemente, se separan por regular materia diferente.

Lo dicho, para de entrada advertir que la modalidad pensional no fue concebida por el legislador como parte del articulado que define los requisitos para acceder el derecho, lo que es indicativo, *ab initio*, que las modalidades pensionales no gozan de la atribución legislativa para considerarse un requisito para causar el derecho de a la pensión, que es lo mismo, para otorgar el estatus de pensionado. Pues bien, ahora resulta imperioso, auscultar si de una eventual intelección sensata, objetiva y proporcional del art. 64 de la Ley 100 de 1993, se entiende que la formalidad de escogencia o contratación de la modalidad pensional, acarrea un requisito *sine qua non* para causar el derecho. Al respecto, la comentada disposición reza:

ARTÍCULO 64. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. *Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste <sic> hubiere lugar.*

Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre.

En atención a los requisitos estatuidos por el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, que como su misma denominación lo indica son los necesarios para obtener la pensión vejez, al romperse, que a diferencia de lo que acontece en el RPM, donde se exige la reunión de número de semanas y edad, en el RAIS, la edad desaparece como requisito de causación del derecho y la única exigencia recae en la acumulación del capital necesario que permita obtener una pensión mensual superior al 110%, por lo que de esta primera lectura de la norma, es diamantino que la escogencia o contratación de la modalidad pensional no es un elemento o acto constitutivo del derecho sino de su disfrute o forma de pago como se explicará más adelante. Luego, la interpretación que hizo la Corte Suprema de Justicia, crea un requisito no previsto en la Ley para gozar del estatus de pensionado, desconociendo también la potestad de configuración que le es reservada de forma exclusiva al legislador, única autoridad encargada de definir cuáles son los requisitos de acceso para una pensión. A este respecto, ha dicho la Corte Constitucional:

*7.1. A partir del artículo 48 de la Carta Política de 1991, la Corte Constitucional ha reconocido que la seguridad social es un derecho fundamental y un servicio público, que se presta bajo la dirección y control del Estado en los términos que fije la ley . Con base en esa norma superior, ha precisado que **el legislador posee una gran libertad en materia de regulación, conformación y organización del Sistema General de Pensiones.***

Dicha regla se ha sustentado en que los modelos de seguridad social deben ser el reflejo de políticas públicas que el Estado debe prefigurar en materia de aseguramiento y asistencia social , debido a que implica revisar aspectos políticos, sociales y presupuestales que incluyen la capacidad del Estado y de la sociedad para ofrecer y prestar servicios asistenciales. 10

Aunado a lo anterior, la citada disposición ha sido objeto de análisis e interpretación en pluralidad de pronunciamientos de constitucionalidad que discrepan de la intelección que de manera desproporcionada y contraria a la literalidad del texto y el alcance genuino de la norma efectuó la Corte Suprema de Justicia. Así, en sentencia C-086-2002, al estudiar la Corte Constitucional las diferencias entre el Régimen de Ahorro Individual y el Régimen de Prima

10 C-034-20

Media, en lo que toca de manera puntual a los requisitos para obtener la pensión de vejez, concluyó que el artículo que concibe los aludidos requisitos, lo es, para el caso del RAIS, el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, al concluir que:

*Atendiendo los anteriores parámetros, **el legislador en ejercicio de su libertad de configuración** señaló los requisitos que deben ser cumplidos para tener derecho a las distintas prestaciones dentro de cada uno de los subsistemas del régimen de seguridad social en pensiones, tomando en consideración dos variables fundamentales: la edad y el tiempo de servicio. Así, **para la pensión de vejez sus requisitos se hallan regulados** en los artículos 33 **y 64 de la Ley 100 de 1993**; los de la pensión de invalidez por riesgo común en los artículos 39 y 69 *ibidem*; y los de pensión de sobrevivientes en los artículos 46 y 73 del mismo ordenamiento legal. **Estas condiciones mínimas, se repite, constituyen una garantía de financiación para cada uno de los beneficios ofrecidos por el sistema de seguridad social en pensiones.***

Se sigue de lo anterior, que efectivamente, el art. 79 de la citada Ley, en nada tiene que ver o incide en el cumplimiento de requisitos para obtener el estatus de pensionado en el RAIS. En este mismo sentido, y haciendo mención del plurimencionado art. 64 de la señala codificación en sentencia C-841-03, la Corte Constitucional reiteró su entendimiento en torno a los requisitos para causar la pensión en el RAIS, y razonó:

*“Como sistema de capitalización que es, garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida. Conforme al artículo 64 de la Ley 100 de 1993, **los afiliados tendrán derecho a retirarse a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta les permita obtener una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.***

En ese horizonte, se exhibe necesario concluir que la interpretación conforme a la Constitución, es explícita y dicente, pues el contenido del artículo 64 de la Ley 100 de 1003 es diáfano en su mandato, sin lugar a ambigüedades o vacíos que habiliten a hacer interpretaciones extensivas que generan una laxitud desproporcionada del presupuesto normativo, al punto de desdibujar y tergiversar por completo el esquema que rige y orienta al RAIS, esto es, que basta con reunir o acumular el capital mínimo requerido para ostentar el *estatus de pensionado*, pues un entendimiento contrario, propicia, como ya se dijo, la creación jurisprudencial de un requisito adicional no previsto en la Ley para causar el derecho a la pensión.

A lo anterior, conviene agregar, que en la misma sentencia C-841-03, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional, hizo mención de las modalidades pensionales, para apuntar a que estas son determinantes para establecer el **valor de la mesada**, pero no así, la causación del derecho mismo. Al punto, se dijo:

*En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión. **El valor de la pensión es variable y depende entre otros factores**, del monto acumulado en la cuenta, de la edad a la cual decida pensionarse el afiliado, de las semanas de cotización, de la rentabilidad **y de la modalidad de la pensión.***

En sintonía con lo dicho en los precedentes en cita, y de la interpretación misma que aflora del art. 64 de la Ley 100 de 1993, es claro, que una cosa es la constatación del capital mínimo requerido, esto es, que permita obtener una mesada del 110% del salario mínimo vigente, y otra muy distinta, la determinación del valor de la mesada pensional, que es consecencial del acto jurídico de haber obtenido el derecho a la pensión por estar en posesión del capital suficiente, esto es, una vez alcanzado el estatus de pensionado se procede a escoger o contratar la modalidad pensional respectiva, que permita determinar el valor de la mesada pensional.

De lo dicho hasta aquí, es viable afirmar, que el estatus pensionado se adquiere una vez se reúne el capital antes descrito, pero además, es pertinente examinar en qué consisten las modalidades pensionales contenidas en el art. 79 de la Ley 100 de 1993 al que aludió la Corte Suprema de Justicia en su decisión, para a partir de allí, determinar si efectivamente la selección o contratación de la modalidad pensional puede considerarse un acto solemne de constitución del derecho, a lo que desde ya, se ha de oponer el recto entendimiento de las modalidades como la forma de pago o de disfrute de la mesada pensional.

Por lo anterior, una vez revisada la definición y descripción que se hace de las principales modalidades pensionales en los arts. 80, 81 y 82 de la Ley 100 de 1993, se advierte con meridiana claridad, que dichas modalidades no tienen por objeto consolidar un derecho que permita acceder a la pensión, sino definir aspectos o condiciones de disfrute de la misma, tales como, la entidad pagadora, la uniformidad o variabilidad de la mesada, los riesgos que serán asumidos por la aseguradora a contratar de haber lugar a ello, el derecho de los beneficiarios en caso de muerte, entre otros, que como se anunció en precedencia, son consecenciales al acto primigenio de haber adquirido la pensión.

Huelga aclarar entonces, que la prerrogativa de escoger o contratar una modalidad pensional, nace como un derecho de haber adquirido el *estatus de pensionado*, y en esa medida, este procedimiento de selección se da únicamente una vez se haya validado por la respectiva AFP que el afiliado causó el derecho a la pensión por haber acumulado el capital suficiente que le permitiera obtener una mesada equivalente al 110% del salario mínimo vigente. En consecuencia, de conformidad con las referidas disposiciones, las siguientes son las características y el objeto de las comentadas modalidades pensionales¹¹:

¹¹ A través de la Circular Externa 013 de 2012, la Superintendencia Financiera estableció modalidades pensionales adicionales, a saber: : (i) Renta Temporal Variable con Renta Vitalicia Diferida; (ii) Renta Temporal Variable con

Factor o condición que varía según modalidad	Renta vitalicia inmediata	Retiro programado	Retiro programado con renta vitalicia diferida
Entidad pagadora	Se contrata de manera directa e irrevocable con una asegurada el pago de la mesada.	El pago se asume por la misma Administradora de Fondo de Pensiones.	Se contrata con una aseguradora el pago de una renta vitalicia a partir de una fecha determinada, pero se retiene en la CAI fondos suficientes para después obtener una pensión de retiro programado con la AFP
Uniformidad o variabilidad de la mesada.	Se garantiza el pago de la mesada acordada hasta la fecha de fallecimiento	Se garantiza una renta de vitalicia del salario mínimo.	Se garantiza el pago de la mesada acordada
Valor de la mesada	El valor de la mesada siempre será uniforme y mantendrá su poder adquisitivo constante.	Puede variar y se recalcula anualmente teniendo en cuenta los saldos de la CAI y bono pensional, la mesada corresponderá a la doceava parte de dicho calculo anual.	El valor de la mesada siempre será uniforme y mantendrá su poder adquisitivo constante.
Derechos de los beneficiarios en caso de muerte	Se garantiza el pago el pago de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios	Se garantiza renta vitalicia de un salario mínimo a los beneficiarios del pensionado.	Se garantiza el pago el pago de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios
Riesgos que asume entidad pagadora	Riesgos financieros, pérdida del poder adquisitivo, rentabilidad de inversiones, otras contingencias como la extralongevidad. Una vez	No hay derecho a una prestación fija, sin perjuicio, de la garantía de rentabilidad mínima	Riesgos financieros, pérdida del poder adquisitivo, rentabilidad de inversiones, otras contingencias como la extralongevidad.

Renta Vitalicia Inmediata; (iii) Retiro Programado sin Negociación de Bono Pensional y (iv) Renta Temporal Cierta con Renta Vitalicia de Diferimiento

	suscrito el contrato de renta de vitalicia este es irrevocable.		También impera la irrevocabilidad del contrato
Financiación	Se debe transferir el capital necesario para asegurar la mesada de acuerdo a la mensualidad de referencia.	Con cargo a la cuenta de ahorro individual y al bono pensional.	Se debe transferir el capital necesario para asegurar la mesada de acuerdo a la mensualidad de referencia.
Forma de cálculo	Monto de la mesada de referencia, edad del afiliado y de sus beneficiarios	Expectativa de vida del afiliado y su grupo familiar	Monto de la mesada de referencia, edad del afiliado y de sus beneficiarios

Como se puede apreciar sin mayor esfuerzo, ninguna de las modalidades pensionales tiene incidencia en la determinación del capital exigido en el plurimencionado art. 64, pues como bien se establece en el art. 68 de la Ley 100, y que hace parte del aludido capítulo II de “Pensión de Vejez”, *“las pensiones de vejez se financiarán con los recursos de la cuentas de ahorro pensional, con el valor de los bonos pensionales cuando a ello hubiere lugar, y con el aporte de la Nación en los casos en que se cumplan los requisitos correspondientes para la garantía de pensión mínima”*, de lo que resulta, que la modalidad pensional no es relevante para efectos de constatar la acumulación del capital, lo que si ocurre con el bono pensional, y que por tal motivo, en decisiones de la Corte Suprema de Justicia antecesoras a la aquí censurada, se había decantado que el pago de bono pensional si constituía un requisito para predicar el estatus de pensionado porque sin éste no se podía calcular el capital acumulado, como más adelante se explicará.

No sobra agregar, que incluso, en el citado art. 80 de la Ley 100 de 1993 que consagra la modalidad renta vitalicia inmediata, se puede inferir que el trámite dispuesto para esta modalidad tiene como presupuesto o punto de partida el estatus de pensionado, pues como allí se menciona *“La administradora a la que hubiere estado cotizando el afiliado **al momento de cumplir con las condiciones para la obtención de una pensión** será la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites o reclamaciones que se requieran, ante la respectiva aseguradora”*, es decir, y a riesgo de extrema repetición, **es requisito esencial para iniciar los trámites de contratación o selección de una modalidad pensional, que se tenga el estatus de pensionado por quien disfrutará de la pensión.**

Sumado a lo anterior, se observa que la Corte Suprema de Justicia fue desatinada al exigir que obrara dentro del acervo probatorio prueba del contrato suscrito con la AFP para la modalidad de retiro programado, pese a que, de conformidad con lo previsto en el los arts. 80, 81 y 82 de

la Ley 100 de 1993, para esta modalidad en particular, no está previsto la suscripción de un contrato, pues esto último solo corresponde a las modalidades de renta vitalicia inmediata o Retiro programado con renta vitalicia diferida, en las cuales el pensionado debe contratar con una aseguradora diferente a la AFP.

Ante el anterior panorama, es claro que la modalidad pensional tiene por objeto la pensión misma, es decir, su propósito es definir la forma y condiciones en que se va a pagar, de manera que se trata de una especie de negocio jurídico posterior al cumplimiento de requisitos para pensionarse, que sólo puede celebrar por quien tenga el estatus de pensionado, pues de ninguna manera pudiera un “simple afiliado” tener la posición jurídica de contratar una modalidad pensional con una aseguradora o de manifestar su elección ante la AFP respectiva.

Luego, surge diamantino que conforme al genuino alcance que emerge del art. 64 de la Ley 100 de 1993, la modalidad pensional, no es un requisito o presupuesto de causación del derecho, ergo, su ausencia o defecto no desquicia la condición de tener el estatus de pensionado, pues como se ha explicado, la modalidad pensional es consecencial y posterior al cumplimiento del requisito de capital mínimo estatuido por la norma en comento.

En este punto, conviene memorar que ha sido la misma Corte Suprema de Justicia, la que en abundante jurisprudencia ha diferenciado la causación del derecho de su disfrute¹², en la medida que para el disfrute pueden existir exigencias y requisitos legales cuyo incumplimiento, pueden conllevar a que el pensionado no pueda aún disfrutar de su pensión, pero de ninguna manera, a que pierda un derecho adquirido o el *estatus de pensionado*.

Así por ejemplo, en el régimen de prima media es una condición de disfrute, que el pensionado se haya retirado del sistema, o en el caso de servidores públicos, que se hayan retirado definitivamente del servicio público, por lo que es dable inferir, que en el régimen de ahorro individual quien ostenta el estatus de pensionado, debe seleccionar o contratar la modalidad pensional respectiva para poder disfrutar de la pensión causada.

Por último, se observa que la Corte Suprema de Justicia reforzó su teoría al sostener que:

“No puede perderse de vista que el artículo 2 del Decreto 1889/94, compilado por el canon 2.2.6.1.1. del Decreto Único Reglamentario 1833/16, 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

¹² Sentencia SL5603-2016

Para derruir este argumento, no sólo sirve lo ya explicado en extenso, sino que además, se extrajo de la norma una conclusión que la misma no quiso dar, pues a lo que refiere la citada disposición, son las modalidades que pueden revestir las pensiones, pero en ninguna manera se trató de un desarrollo reglamentario del art. 64 de la Ley 100 de 1993, pero más importante aún, se aplicó y analizó de manera aislada del compendio normativo que le da sentido y coherencia, pues más adelante en el art. 12 del mismo Decreto, titulado “*Cumplimiento de los requisitos para la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad*”, de manera expresa y literal se estableció que “**se entiende que un afiliado cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez cuando efectivamente se pensione por haber cumplido los requisitos establecidos en el artículo 64 de la Ley 100 1993**”, es decir, y como se ha argumentado reiteradamente, se concluye que los requisitos de acceso son únicamente los referidos en el art. 64, y no las modalidades pensionales del art. 79 de la Ley 100 de 1993.

Efectos jurídicos de la solicitud de pensión, el reconocimiento pensional y la imposibilidad de retracto.

Por último, pero no menos importante, huelga destacar que el accionante radicó la solicitud de reconocimiento pensional, lo que conforme al mismo precedente decantado por la Corte Suprema de Justicia, se traduce en la manifestación de su intención inequívoca de desafiliarse del sistema, lo que sumado al hecho de haber cumplido con los requisitos legales para pensionarse y haber cesado en la cotizaciones, crea la ficción jurídica de desafiliación o retiro del sistema, ergo, reunidas estas premisas permiten inferir que quien ha elevado una solicitud de reconocimiento pensional en estas condiciones ya no ostenta la condición de “*simple afiliado*”, como erradamente lo concluyó la Corte para este caso específico, pues como la ha considerado dicha Corporación, cuando se eleva la solicitud de reconocimiento pensional “*es el momento en que la entidad verificará el cumplimiento de los requisitos y adquirirá certeza de que el afiliado no está interesado en seguir cotizando, o en otras palabras, el retiro del Sistema “es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación”*”¹³.

Si bien es cierto, estos razonamientos surgen de conflictos originados en el marco del RPM, es de anotar, que entre las características comunes a ambos sistemas, está el retiro o desafiliación del sistema, el cual, no tiene regulación específica o diferenciada para uno u otro régimen en la Ley 100 de 1993.

Se puede colegir de lo anterior, que en atención a que las AFP tienen la atribución legal de reconocer pensiones, pese a que su manifestación no se materializa a través de un acto administrativo dada su naturaleza jurídica privada, ello no quiere decir que su respuesta a la solicitud de reconocimiento pensional, no tenga los mismos efectos jurídicos vinculantes que dan vida a una situación jurídica, tanto así, que para desaparecer sus efectos se debe acudir

13 Sentencia SL5603-2016

ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral. Lo anterior para significar, que una vez elevada una solicitud de reconocimiento pensional y otorgada la prestación en respuesta a dicha petición, **no es posible retractarse**, cosa distinta es presentar inconformidad con las condiciones o términos del reconocimiento pensional, pero no está contemplada en el ordenamiento jurídico, **la facultad de retracto de un reconocimiento pensional**, salvo que por decisión judicial se anulen sus efectos o se disponga otros términos de reconocimiento, liquidación o pago del derecho.

Es así, que como lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia “**la concesión del derecho implica que el riesgo ya ocurrió**”¹⁴ y en armonía con esa orientación, el acto de reconocimiento cualquiera que sea la forma jurídica que adopte (acto administrativo o respuesta que accede a lo pedido) por ministerio de la Ley traba una relación jurídica de la que se derivan derechos, obligaciones, deberes y prerrogativas recíprocas para las partes- peticionario y administradora-, frente a lo que conviene hacerse la pregunta si ¿podría la Administradora de Fondo de Pensiones de manera discrecional, una vez cumplido el supuesto del art. 64 de la Ley 100 de 1993 y habiendo reconocido la pensión, posteriormente, negar la pensión de vejez o abstenerse del pago en las condiciones concedidas?, la respuesta, se concadena con lo explicado en precedencia bajo la égida de los derechos adquiridos, y desde esa perspectiva, por ejemplo, en el caso del RPM la Administradora debe demandar su propio acto, y por otro lado, la AFP del RAIS deberá acudir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral para dirimir la controversia.

De suerte que, el sentido común impone entender que al ser el régimen prestacional de la seguridad social un sistema reglado por la Ley, y no contractualmente, no se relega al arbitrio del afiliado o al acuerdo de voluntades, la aceptación o el retracto del nacimiento de una situación jurídica que nace por mandato legal o la concreción de los efectos legales que dimanen del cumplimiento de los presupuestos legales. En tal dirección, una vez se produce el reconocimiento de una prestación por darse los presupuestos legales para ello, por ministerio de la Ley se fragua una relación jurídica al producirse el hecho que la causa. Sobre este particular, y sobre la naturaleza reglada del régimen prestacional de las pensiones, la Corte Constitucional en sentencia C-086-2002, dijo:

*El régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones **no es un régimen contractual como el de los seguros privados** sino, todo lo contrario, **se trata de un régimen legal** que de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión. De ahí que los afiliados a la seguridad social no ostenten un derecho*

14 Sentencia SL 231/2019

subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa.

El anterior itinerario permite concluir que el legislador en ejercicio de su libertad de configuración moduló la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia eficacia de aquél. Además, **el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de seguridad social en pensiones supone que éste se configure, como lo ha sido, como un régimen legal en el que los aportes de los afiliados, como las prestaciones que deben reconocerse, sus requisitos y condiciones, vienen determinados no por un acuerdo de voluntades sino por reglas y principios que se integran en el ordenamiento jurídico y que, por ende, pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias históricas así lo impongan**

Cabe agregar, que lo dicho hasta aquí, se armoniza con las disposiciones de la Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición, en tanto que, en su artículo 33, dispone:

*Artículo 33. Derecho de petición de los usuarios ante instituciones privadas. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, a las Cajas de Compensación Familiar, **a las Instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral**, a las entidades que conforman el sistema financiero y bursátil y a aquellas empresas que prestan servicios públicos y servicios públicos domiciliarios, que se rijan por el derecho privado, se les aplicarán en sus relaciones con los usuarios, en lo pertinente, **las disposiciones sobre derecho de petición previstas en los dos capítulos anteriores**.*

Efecto de lo anterior, y según lo previsto en el art. 13 de la misma codificación “*toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el **reconocimiento de un derecho**, la intervención de una entidad o funcionario, la **resolución de una situación jurídica**, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.*” Por lo dicho, es indiscutible que resuelto el derecho de petición que implora un reconocimiento pensional, no sólo surge una situación jurídica consolidada en cabeza del titular del derecho, sino que además, se traba una relación jurídica cuyas condiciones se encuentran establecidas en la Ley.

Al punto, conviene agregar, que en el caso de marras, el peticionario participó con su anuencia en la antesala al reconocimiento pensional, toda vez que al ser un hecho indiscutido dentro del proceso ordinario laboral que ya se consumó el bono pensional, como más adelante se explicará, ello implica su consentimiento para adquirir su pensión en el RAIS dado que en algunas de las etapas para el pago del bono pensional, tuvo que haber aprobado la liquidación

provisional del bono, lo que no fue materia de controversia, y como bien lo refiere la Corte Suprema Justicia en su línea jurisprudencial “*cuando el afiliado aspira a la pensión del artículo 64 en comento y para ello hace cuentas sumando el Valor de un bono pensional, como es el caso del actor, implica que este debe haber aprobado la liquidación provisional efectuada por parte de la Oficina de Bonos Pensionales, OBP, del Minhacienda, para la respectiva emisión del bono, requisito indispensable para cuantificar su valor*” (Sentencia SL4305-2018)

Para terminar este acápite, es relevante citar lo dicho en el salvamento de voto del Dr. Jorge Luis Quiroz Aleman, quien contrario a la tesis acogida por mayoría, consideró que:

*...que a partir del momento en que la administradora de fondos de pensiones le notificó al demandante la decisión de reconocimiento pensional y las condiciones del mismo, **tras resolver la solicitud que aquel había presentado**, el afiliado adquirió el estatus de pensionado, contrario a lo argumentado*

Y es que además, desconocer la relación jurídica que se forja entre Administradora y petitioner pensionado, conduce a resultados desproporcionados, pues como bien lo ha entendido la Corte Constitucional en sentencia C-841-2003 la limitación o restricción a los traslados se erige como un mecanismo que contribuye a la prestación eficiente de la seguridad social, para que las Administradoras puedan ofrecer “*servicios financieros y administrativos eficientes, adecuados, sostenibles y rentables para el manejo de los recursos y pensiones, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad*”, pero más importante aún, resalta la Corte que permitir que un afiliado que haya alcanzado el estatus de pensionado estando afiliado a una determinada AFP se traslade bien sea a otra AFP, ora con mayor razón a otro régimen pensional, conduce a desincentivar la rentabilidad para afianzar la sostenibilidad del sistema a través de las inversiones que pueden realizar las AFP. Sobre este particular, se razonó:

“Permitir el traslado de una entidad administradora a otra 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 a mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado”

Con todo, la interpretación de la Corte, abre la puerta a la suscitación de diversidad de situaciones que dejan a voluntad o arbitrio del afiliado la concreción de efectos jurídicos, tales como, rehusar el disfrute de mesadas, reclamar el traslado de régimen sin limitación de tiempo, como pudiera ocurrir frente a quienes ya teniendo un derecho adquirido años después ven la perspectiva de un mayor beneficio económico en otro régimen pensional.

Por todo lo expuesto, en sentir de Colpensiones es posible concluir que: i) el estatus de pensionado, se adquiere con el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión, que en el caso del RAIS se da con la acumulación del capital para obtener una mesada de al menos el 110% del salario mínimo legal vigente, en su defecto un salario mínimo legal vigente; sin perjuicio de lo dispuesto para la obtención de la garantía de pensión mínima, ii) la solicitud de reconocimiento pensional implica la manifestación inequívoca de retirarse del sistema, iii) la resolución o respuesta a la solicitud de reconocimiento pensional, por ministerio de la Ley origina o da vida a una relación jurídica que surte plenos efectos hasta tanto no se disponga lo contrario por orden judicial, iv) la escogencia o contratación de la modalidad pensional, es un requisito de disfrute pero no de causación del derecho, v) el traslado en calidad de pensionado, acarrea consecuencias económicas desfavorables en tanto desestimula las inversiones de las AFP y, v) se afecta a terceros actores que han participado en la consumación de actos y/o operaciones jurídicas que surten antes del reconocimiento pensional, como por ejemplo, a la Oficina de Bono Pensionales del Ministerio de Hacienda con relación a la redención de un bono pensional y como de manera preliminar se explicó en la solicitud de conformación del contradictorio.

ii) Causal: *la autoridad judicial se aparta del precedente judicial –horizontal o vertical– sin justificación suficiente.*

Como lo ha indicado la Corte Constitucional, el desconocimiento del precedente, configura un defecto sustantivo en la medida que atenta contra los principios de debido proceso, igualdad y buena fe. Particularmente, conduce a una violación flagrante al derecho de igualdad, puesto que al margen de encontrarse la respectiva autoridad judicial frente a un caso que guarda identidad fáctica y jurídica con otro resuelto anteriormente, aplica un criterio jurídico diferente pese a que la resolución del conflicto ameritaba un trato igual, sacrificando con ello valores y principios de raigambre constitucional como los pre anunciados, así como, la seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados que acuden a la impartición de justicia.

En el caso sub examine, se acusa a la sentencia SL1309 de 2021, de haberse apartado, sin ni siquiera expresar que había un cambio o rectificación de precedente, de los criterios jurídicos previamente sentados en sentencias SL4305/2018, SL1168/2019 y SL 373/2021, por los motivos que a continuación se exponen:

1) Sentencia SL 4305/2018 y SL 1168 de 2019: Precedente sobre los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual.

En la citada decisión judicial, la Corte Suprema de Justicia resolvió un caso en que el demandante reclamaba ante una AFP la pensión anticipada de vejez, por considerar que había acumulado el capital necesario para acceder a la prestación, pero la misma le fue negada bajo el argumento de que estaba en curso la liquidación provisional de un bono pensional tipo A,

sin que se hubiese pasado a la etapa de emisión, lo que impedía tener certeza sobre el valor del bono pensional y los rendimientos, sin lo cual, no es posible determinar si existe el capital para financiar una pensión. Para dirimir la controversia, la Corte empezó por esclarecer cuáles son los requisitos para obtener la pensión de vejez en el RAIS, y para ello, luego de reproducir el texto literal del artículo 64 de la Ley 100 de 1993, concluyó cuál es la interpretación que surge de su recto entendimiento así:

Del primer inciso del citado texto se extrae:

a) *La pensión de vejez del artículo 64 es propia de los afiliados al RAIS.*

b) ***Se puede solicitar a cualquier edad, siempre y cuando el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley reajustado anualmente según la variación porcentual del IPC certificado por el DANE.*** c) *En el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a este hubiere lugar.*

*En este orden de ideas, **para el goce de una pensión de vejez en los términos del artículo 64 precitado, la cual el accionante la ha denominado “pensión anticipada de vejez”, se requiere tener en la cuenta de ahorro individual el capital necesario para financiar una mesada equivalente al 110% del SML vigente al 23 de diciembre de 1993 (fecha de expedición de la Ley 100 de 1993) y reajustado anualmente con el IPC.** Es decir, la edad no es un requisito para adquirir la pensión, **basta con tener el capital exigido por el legislador en la cuenta de ahorro individual para ser merecedor de la pensión.***

Y reitera que, a través de la vía judicial, se accede a la pensión de vejez estatuida en el art. 64 de la Ley 100 de 1993, si dentro del plenario se vierte prueba de los siguientes presupuestos:

*“...para el reconocimiento judicial de la pensión del artículo 64 a favor del actor, **este debió acreditar en el plenario que había dado por escrito su aprobación a la liquidación provisional del valor del bono, para que se diera la emisión del título por parte de la OBP.***

*También demostrar el valor del bono que obtendría en negociación. A más de lo anterior, **acreditar mediante un cálculo actuarial efectuado con base en capital de la cuenta de ahorro individual más el valor del bono negociado que reunía el capital necesario para recibir una mesada superior al 100% del salario mínimo con las actualizaciones del IPC, como lo indica la norma en cuestión.** (subraya fuera de texto original)*

A la anterior conclusión arribó la Corte Suprema de Justicia, al advertir, que siendo el capital el requisito único para acceder a la pensión, no es posible escindirlo del bono pensional, pues este instrumento está destinado a la conformación del capital necesario para financiar la pensión. Memoró, para que el bono pensional haga parte del capital a financiar una prestación,

es necesario que se surtan las etapas de: i) conformación de la historia laboral (art. 22 del Decreto 1513 de 1998), ii) aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional (art. 7° del Decreto 3798 de 2003), iii) la emisión, iv) la expedición (art. 1° del Decreto 1513 de 1998), v) la redención y vi) el pago o depósito en la Cuenta de Ahorro Individual del afiliado.

Del derrotero jurisprudencial que antecede, se concluye que conforme al precedente decantado y desconocido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia, se consolida la situación jurídica de pensionado o estatus de pensionado, una vez se cumplen los siguientes presupuestos legales y procedimientos:

- Se radique solicitud de reconocimiento pensional por parte del afiliado.
- Como consecuencia de lo anterior, y en el caso de un afiliado con derecho a bono pensional, se procede a solicitar su pago por parte de la respectiva AFP, en los términos dispuestos por el art. 20 del Decreto 656 de 1994, según el cual, *“Las solicitudes de pago de bonos pensionales deberán ser presentadas por la administradora a la cual se haya formulado una solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez, sobrevivencia o vejez por personas que hayan cumplido la edad establecida para obtener la garantía de pensión mínima del Estado.”*
- Una vez realizada la liquidación provisional, el afiliado debe aprobarla y firmarla, con arreglo a lo previsto en el art. 7° del Decreto 3798 de 2003. Surtido ello, se procede a la emisión y expedición del bono pensional, y finalmente, se produce su pago.
- Pagado el bono pensional, la AFP tiene el insumo para realizar el respectivo cálculo actuarial, conforme al cual obtiene certeza del capital acumulado por el afiliado y decide sobre el reconocimiento de la pensión de vejez en los términos del art. 64 de la Ley 100 de 1993, esto es, porque una vez establecido que sumado el capital de la cuenta de ahorro individual y el bono pensional, el peticionario alcanzó como mínimo lo requerido para una mesada del 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

Respecto a este último requisito, precisó la Corte que *“La exigencia de estos requisitos la encuentra justificada la Corte, en razón a que **es través de este instrumentos es que se tiene la certeza del capital con que cuenta el afiliado para financiar su pensión**”*

Puestas así las cosas, se observa, que en ninguna manera aludió la Corte en su precedente que además del bono pensional, también debiera el demandante probar que escogió o contrató una modalidad pensional, como sin mayor justificación lo hizo exigible para dirimir la controversia en el asunto debatido en la sentencia de instancia SL 1309 de 2021, pues lo que

en verdad es palmario, es que la Corte se equivocó en los argumentos que inicialmente expuso en la sentencia de casación SL SL3676 de 2020 para casar la sentencia del Tribunal, pues allí pretermitió uno de los cimientos de la decisión colegiada, en cuanto que por el traslado de régimen sólo pueden optar quienes son “afiliados” y que en el sub lite, el precursor judicial ostentaba la condición de “pensionado”. Así pues limitó sus razones a que no era aplicable el art. 107 de la Ley 100 de 1993, argumento adicional y accesorio al que de manera central había expuesto el Tribunal, de suerte que, para el momento en que se emite la sentencia de instancia ya se había proferido la sentencia SL373/2021, en la que se consolida el criterio de imposibilidad de traslado para quienes ya tengan el estatus de pensionado, por lo que de manera incongruente con los argumentos esgrimidos en la sentencia de casación y haciendo interpretaciones improcedentes; dado que ya no podía cambiar el sentido de CASAR la decisión, concluye que no desconoce su precedente porque el demandante es un “*simple afiliado*”.

Para demostrar la identidad y procedencia de aplicabilidad del precedente echado de menos, es pertinente ilustrar, como en el sub iudice, se dan los presupuestos enseñados en la sentencia SL4305 de 2018, para gozar del estatus de pensionado.

Conclusiones sentencia SL4305/2018	Identidad con el caso resuelto en sentencia 1309 de 2021
Que se haya radicado solicitud de reconocimiento pensional.	Aceptado en el numeral séptimo del acápite de hechos de la demanda.
Que se haya aprobado la liquidación provisional del bono pensional por el afiliado, y se hayan surtido las demás etapas culminando con su pago.	Es un hecho indiscutido dentro del proceso el agotamiento de las etapas, como lo señaló la misma CSJ al señalar que el trámite de redención en el caso concreto “ <i>es un hecho que se consumó y se materializó con la consignación ante el fondo de pensiones...</i> ”
Que efectuados los cálculos respectivos, la AFP haya determinado la suficiencia del capital, y por ende, resuelva la solicitud de reconocimiento pensional.	Es un hecho indiscutido dentro del proceso, que la AFP determinó el capital suficiente, y por tal razón, reconoció la pensión mediante comunicado 2012-30731 del 16 de marzo de 2012.

Brota palmario, que la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia SL1309/2021 da un tratamiento privilegiado y diferenciado al caso sometido a su escrutinio, pues llama la atención que en la citada sentencia no trajo como referente el precedente sentado en la sentencia SL4305/2018, pero, si lo hizo posteriormente, en la sentencia SL2512 de 2021, de donde es

perceptible la fragilidad en la contundencia del criterio acogido en sentencia SL1309/2021, pues pese a ser un pronunciamiento posterior, se dijo:

*“**es requisito esencial para acceder a la prestación**, tratándose de la contingencia de vejez, que el afiliado posea en su cuenta de ahorro individual-CAI-un capital que efectivamente le permita **obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente**, palmario está, en armonía con lo dispuesto en el artículo 35 del mismo estatuto, concerniente a la pensión mínima”*

Y más adelante, se refiere a las modalidades pensionales como aquellas que condicionan los términos en que se reconoce la pensión, al señalar:

*“En fin, **si un afiliado logra satisfacer el requisito de capital necesario**, conforme a la normativa vigente, tendrá el derecho a acceder a la pensión de vejez en los términos y condiciones de la modalidad que seleccione.*

Lo anotado, permite concluir, una vez más, que primero se ha de satisfacer el capital necesario, lo que otorga el estatus de pensionado, y que la modalidad, lejos de incidir en la causación del derecho tomo tal, tiene repercusión en las condiciones y términos en que se disfrutará la prestación.

Pero si lo anterior no fuera suficiente, también en sentencia SL 1168 de 2019, la Corte Suprema de Justicia, había fijado su postura acerca de la causación y disfrute de la pensión en el RAIS, y refirió en aquella oportunidad, que el disfrute de la prestación estaba ligado a la voluntad del afiliado (solicitud de reconocimiento) y los recursos existentes en la cuenta ahorro individual (capital mínimo). Así pues en la comentada decisión, reflexionó:

*Por su parte, **en el RAIS no puede hablarse de una fecha de causación y disfrute de la pensión, estrictamente fijada**, pues, se reitera, salvo en lo que tiene que ver con la garantía de pensión mínima, **todo depende de la voluntad libre del afiliado y de los recursos existentes en su cuenta de ahorro individual**. En ese sentido, el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 dispone diáfamanamente que los afiliados «...tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley...»*

*A su turno, el artículo 12 del Decreto 1889 de 1994 dispone que «...para los efectos del literal a) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, se entiende que el afiliado cumplió los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez cuando efectivamente **se pensione por***

haber cumplido los requisitos establecidos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993.»

*Ahora bien, aunque en el RAIS no es posible identificar una regla fija e invariable de causación y disfrute de la pensión, lo cierto es que la figura del retroactivo pensional no es del todo ajena a su naturaleza y reglas, pues, **en todo caso, existe una fecha cierta a partir de la cual se empieza a pagar la prestación, en función de la voluntad del afiliado y la acreditación del capital suficiente. En ese sentido, una vez reconocida la pensión desde determinada fecha, es a partir de allí que se puede entender configurado el derecho a cualquier pago relativo a la prestación.***

Conforme al criterio doctrinal plasmado en la citada sentencia, es dable concluir que para la Corte, la causación y disfrute en el régimen de ahorro individual, se presenta satisfechas las siguientes premisas:

- Voluntad del afiliado, verbi gracia, la solicitud de reconocimiento pensional.
- La acreditación del capital suficiente, esto es, el que permita obtener una mesada del 110% del salario mínimo legal vigente.
- **El reconocimiento de la pensión desde determinada fecha.**

Justamente, es evidente, que todas los presupuestos abordados en la doctrina jurisprudencial desconocida, se cumplieron en el caso objeto de estudio, conforme se explicó acuciosamente en líneas precedentes.

2) Sentencia SL 373/2021: Imposibilidad de optar por el traslado de régimen por parte de un pensionado.

En la anunciada sentencia, la Corte Suprema de Justicia halló jurídicamente inviable el retorno de un demandante al RPM, por considerar que ello ocasionaría “*disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto, derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto*”; pero llama más la atención, que el primer punto de vista que se esgrimió para edificar dicha tesis apuntó a los bonos pensionales, pues se encontró inadmisibles respecto a un bono pensional ya pagado, las siguientes vicisitudes:

- Que ya se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes.
- No es factible que se reversen operaciones, y podría resultar afectada la Nación o las entidades públicas contribuyentes.
- El capital podría haber sufrido una merma.

Nótese, que en el caso allí discutido, al aterrizar sus razonamientos al caso concreto, la valoración fáctica y jurídica que le mereció a la Corte para concluir que no era posible el retorno al RAIS, fue la siguiente:

*“En el caso bajo examen, a Cárdenas Gil Protección S.A. le otorgó la pensión de vejez, en la modalidad de retiro programado, desde el año 2008, es decir, de manera anticipada. **La pensión se financió con el bono pensional pagado el 19 de diciembre de 2008 por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por un monto de \$156.674.927. Estas circunstancias denotan que el demandante adquirió el estatus jurídico de pensionado de manera anticipada, prestación que a su vez fue financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende”***

Repárese en que el caso allí dirimido, la Corte tuvo en cuenta los siguientes ítems, que también se presentan en el caso ventilado en sentencia SL1309/2021:

- ✓ En ambos casos se otorgó la pensión bajo la modalidad de retiro programado.
- ✓ En idéntica situación ya se había pagado el bono pensional por la OBP del Ministerio de Hacienda.
- ✓ En sentencia SL373/2021, la Corte Consideró que estas dos premisas denotaban la adquisición del estatus jurídico de pensionado. Por lo que se puede afirmar, que en los dos casos los demandantes habían causado el derecho.

Como se advierte, la Corte consideró que el hecho de haberse otorgado una pensión en la modalidad de retiro programado y haberse pagado el bono pensional, conllevaba a la imposibilidad o no factibilidad de retrotraer tales actos jurídicos.

Ahora bien, sorprende el hecho de que en la comentada sentencia la Corte no auscultó sobre probanzas de que se haya suscrito el contrato o seleccionado efectivamente la modalidad de retiro programado, pues le bastó con haber comprobado dentro del acervo probatorio el otorgamiento de la prestación en la señalada modalidad, por lo que en este punto, resulta vital resaltar, que en la sentencia SL1309 de 2021, la Corte vulneró los principios de congruencia y consonancia, por cuanto nunca fue objeto de reproche por parte del demandante que esa no fuera la modalidad por él escogida. Por el contrario, desde la génesis del proceso cuyo objeto se delimita con *causa petendi* de la demanda, la fijación del litigio se restringió a que el demandante podía trasladarse por haber reunido 750 semanas y no haber disfrutado de las mesadas en el valor reconocido por la AFP al no aceptar su pago, pero en ningún estadio del proceso, ni siquiera en sede extraordinario de casación se puso en discusión que esa no fuera la modalidad escogida por el actor, o que se haya transgredido su derecho de libre escogencia de la modalidad pensional.

Con todo, y aun en gracia de discusión, cumple anotar que, como se ha dicho en el derrotero de esta acción, ello no denota la condición de pensionado, y en orden de seguir enrostrando los puntos sobre los cuales la Corte desconoció su propio precedente sin haber anunciado un cambio de postura que la conminara a justificar tal rectificación, a contrario sensu de lo adocinado en sentencia SL 373/21 donde enfatiza en que no es factible retrotraer o revertir un bono pensional pagado, se limitó a señalar que como quiera que el retorno del demandante “*es un hecho sobreviniente*” que se da con la decisión judicial, entonces, simplemente se debe

trasladar el valor del bono pagado en la CAI, argumento a todas luces inadmisible, pues no es viable aducir que el traslado es sobreviniente, pues lo mismo ocurriría con una ineficacia de traslado, esto es, en todo caso el retorno es posterior a la consumación del bono.

Pero lo grave de la decisión confutada, es que incurre en serias contradicciones y dislates jurídicos insuperables, pues de un lado, indica que como la redención no se puede retrotraer lo que procede es el traslado del valor del bono que ya hace parte de la CAI, pero finalmente, ordena a Colpensiones a surtir trámites ante la OBP *“con el fin de establecer las fuentes de financiación de la respectiva pensión y si es del caso, devolverle a ésta, la OBP, el valor que corresponda.”*

En suma, contrariando lo dilucidado en sentencia SL373/2021, donde se advirtió la inviabilidad de ordenar un traslado cuando ya se ha pagado un bono pensional, sin ninguna motivación plausible y justificativa, y sin importar que acepta que *“de no haberse redimido y entregado los dineros del bono... hoy podría significar un mayor valor”*, consideró que los argumentos expuestos eran suficientes para ordenar el traslado.

Incidencia del desconocimiento del precedente en el caso concreto:

Consultado el sistema de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, único sistema válido para la liquidación de Bonos Pensionales, y se observa que, la Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCION, registra trámite de bono pensional tipo A modalidad 2, del día 12/12/2011, en el cual participan:

- La NACION en calidad de Emisor, por los tiempos cotizados al ISS liquidado con anterioridad al 01/04/1994.
- COLPENSIONES por los tiempos cotizados al ISS liquidado con posterioridad al 01 de abril de 1994 hasta la fecha de selección de régimen, esto es 01/01/2000.

El estado actual del bono pensional tipo A modalidad 2 es CNF EMI RED, lo que significa que **el bono pensional se encuentra emitido y pagado en su totalidad**, con acto administrativo No. 9136 del 12/12/2011.

Es de precisar, que la Nación a través de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, reconoció y pagó tanto el cupón a cargo de la Nación como el de COLPENSIONES a la Administradora de Pensiones PROTECCIÓN, en virtud de lo señalado en el Artículo 2 del Decreto 3798 de 2003.

Cuando existe cambio de régimen y el bono pensional Tipo A modalidad 2 se encuentra Redimido (pagado), la Administradora de Fondos de Pensiones Privada, debe realizar el reintegro de los recursos girados, a cada uno de los participantes del bono pensional, realizando la actualización del valor, utilizando el IPC desde la fecha de pago del bono pensional, hasta la

fecha de consignación del reintegro. El bono pensional se actualiza de estado CONFIRMADA REDENCIÓN al estado REINTEGRADO TOTAL o CAMBIO DE RÉGIMEN.

En consecuencia, como el bono pensional tipo A modalidad 2 ya se encuentra compensado con la Nación, en ese orden de ideas, debería reintegrarse a COLPENSIONES el valor del pago del bono pensional de su participación y la prestación que ahora se va a otorgar en el RPM debería contar con esos recursos para la financiación de la prestación. Por su parte la AFP debería girar a la Nación, a través de la OBP la parte que le corresponde a la Nación, de acuerdo con su participación en el bono.

En todo caso, se advierte que la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público - OBP, es la autoridad técnica en materia de bonos pensionales, de conformidad con lo establecido en el Art. 19 Del Decreto 1513 de 1998 y en el Art. 3 del Decreto 192 de 2015, y para el caso particular, la Nación, a través de la OBP fue quien efectuó el pago del bono pensional tipo A modalidad 2 a la Administradora de Pensiones Protección, por los tiempos cotizados al Instituto de Seguros Sociales Liquidado y a Colpensiones, de conformidad con lo establecido en el en el Artículo 2 del Decreto 3798 de 2003.

2.2. DESCONOCIMIENTO DE PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Conforme lo ha dilucidado la Corte Constitucional, las sentencias de constitucionalidad se posicionan como el precedente que en primera medida deben observar y atender las autoridades judiciales en sus decisiones, cuyo desconocimiento puede ocurrir en tres dimensiones diferentes, una de ellas, cuando se presenta “*la resolución de casos concretos, en contravía de la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad que expide la Corte*”¹⁵, o cuando en la *ratio decidendi* se halla inmersa una regla que puede ser aplicable al caso sometido a su consideración.

Pues bien, como se explicó en líneas precedentes, la Corte Suprema de Justicia, desconoció “*pautas plausibles de orientación*” contenidas en las sentencias C-841-2003 y C-086-2002, que debían ser aplicables al caso *sub judice*, por cuanto de estas decisiones, se desprende con meridiana claridad las siguientes reglas:

- El régimen prestacional del Sistema Pensional, es legal o reglado, y no es contractual como el de los seguros privados, por lo tanto, dado su carácter público, cumplidos los requisitos y condiciones para el reconocimiento de una prestación económica, la situación jurídica que de ello se origina, no se sujeta a un acuerdo de voluntades, pues

15 Sentencia SU-149-2021

surte plenos efectos jurídicos por mandato legal, de tal manera que no se sujeta a la liberalidad o arbitrio de un afiliado, aceptar o no su estatus de pensionado en un régimen pensional, menos aún, cuando de manera libre y voluntaria ha implorado el reconocimiento de una pensión. (sentencia C-086-2002)

- Permitir el traslado de quienes ya ostenten la condición de pensionados, por haberse consumado los actos y operaciones jurídicas conducentes al reconocimiento de su derecho pensional, conlleva a “*desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones a mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado*”, por lo tanto, se afecta la sostenibilidad financiera y la operación eficiente del Sistema Pensional, visto en su conjunto y sistémicamente. (sentencia C-841-2003)

Concadonado a lo anterior, de los raciocinios insertados en las referidas sentencias de constitucionalidad es plausible concluir frente al caso concreto, lo siguiente:

- Los requisitos que exige el legislador para obtener una pensión de vejez en el RAIS, se encuentran establecidos en el art. 64 de la Ley 100 de 1993, por lo que no es factible acudir a otras disposiciones para introducir condiciones o exigencias que hacen restrictivo el acceso al derecho¹⁶. (sentencia C-086-02)
- Conforme al art. 64 de la Ley 100 de 1993, “**los afiliados tendrán derecho a retirarse a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta les permita obtener una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.**” (Sentencia C-841-2003)
- Las modalidades pensionales, revisten particular incidencia en el valor de la mesada pensional, pero no configuración del derecho¹⁷. (Sentencia C-841-2003)

De estas acotaciones, resulta forzoso concluir, que también se desconoció el precedente constitucional, en materia de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, habida consideración que de acuerdo con la doctrina constitucional, un derecho se adquiere cuando se cumplen los presupuestos legales para su acceso sin que sea necesario un reconocimiento expreso por parte de la respectiva autoridad judicial o administrativa, de manera que la Corte Suprema de Justicia se abstuvo de dirimir la controversia a la luz de la teoría de los derechos adquiridos que de manera pacífica y reiterada ha consolidado la línea jurisprudencial constitucional en sentencia C-314-2004, y concretamente en materia de pensiones en sentencia C-789-2002, en la que reiteró, que “*Recogiendo criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre la materia, ha estimado que derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las*

¹⁶ Así, para la pensión de vejez sus requisitos se hallan regulados en los artículos 33 y 64 de la Ley 100 de 1993

¹⁷ El valor de la pensión es variable y depende entre otros factores, del monto acumulado en la cuenta, de la edad a la cual decida pensionarse el afiliado, de las semanas de cotización, de la rentabilidad y de la modalidad de la pensión.

expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico.”

Bajo ese haz de consideraciones, no tuvo en cuenta la Corte Suprema de Justicia, que con el solo cumplimiento del capital exigido por la Ley, nace un derecho adquirido, que otorga a su titular la legitimidad para exigir el reconocimiento de un derecho, valga decir, le otorga el estatus jurídico de pensionado.

2.3. VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

En relación con la caracterización de este defecto específico¹⁸, la Corte Constitucional en sentencia SU – 566 de 2019 señaló lo siguiente:

“El desconocimiento de la Constitución puede producirse por diferentes hipótesis¹⁹.

- I. *No aplica una norma fundamental al caso en estudio, ya sea porque (i) en la solución del caso dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional; (ii) no tuvo en cuenta un derecho fundamental de aplicación inmediata; o (iii) vulneró derechos fundamentales al no tener en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución*
- II. *Porque aplicó la ley al margen de los preceptos consagrados en la Constitución”.*

En la sentencia SU 217 de 2019, la Corte Constitucional indicó: *“Esta vulneración directa se configuró, adicionalmente, porque se desatendió la interpretación que de su alcance se hizo en la Sentencia C-792 de 2014, por lo que la causal de violación directa de la constitución se encuentra íntimamente ligada con la del desconocimiento del precedente constitucional”.*

De acuerdo con lo anterior, en el caso *sub lite* se materializó este vicio por la violación de los siguientes derechos constitucionales, como pasa a explicarse:

2.2.2. Debido proceso – artículo 29 Constitución Nacional

¹⁸ Sentencia T 022 de 2019: “El defecto por incurrir en **violación directa de la Constitución**, parte del enunciado dispuesto en el artículo 4° superior que expresamente señala: “La Constitución es Norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

¹⁹ Sentencia T-888 de 2010.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 29 Superior²⁰, el debido proceso se predica tanto de las actuaciones judiciales como administrativas. El debido proceso implica que el Juez debe velar por el respeto del principio de legalidad desde el inicio del proceso hasta su terminación, es decir, que las actuaciones y decisiones se deben ceñir al marco legal, de suerte que la inobservancia de los postulados legales deviene en una actuación arbitraria y caprichosa.

En consecuencia, el debido proceso se encuentra inescindiblemente asociado al principio de justicia material, puesto que en todo caso se debe garantizar el acceso a procesos justos y adecuados, el derecho de contradicción y de defensa y el respeto por los derechos fundamentales. El debido proceso, por lo tanto, garantiza que no se forjen actuaciones abusivas o arbitrarias por parte de la Administración a través de decisiones que lesionen derechos y atenten contra los principios del Estado de Derecho.

El debido proceso como principio, configura una garantía al administrado de asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y como pilar fundamental del derecho procesal, exige que la actuación respete un marco normativo mínimo que propenda por la impartición de justicia y garantice la igualdad ante la ley y el equilibrio de las partes intervinientes en el proceso.

Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado en la sentencia C 034 de 2014 lo siguiente:

“la jurisprudencia constitucional ha definido el debido proceso como el conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo. Entre estas se cuentan el principio de legalidad, el derecho al acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, el principio del juez natural, la garantía de los derechos de defensa y contradicción, el principio de doble instancia, el derecho de la persona a ser escuchada y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en esos procedimientos”.

En ese sentido, para la Corte Constitucional resultan contrarias al debido proceso, entre otras situaciones: **(i) el incumplimiento de una carga mínima de argumentación que, a partir del principio de razón suficiente, justifique apartarse del precedente constitucional²¹** y **(ii)** la simple omisión o negativa del juez en la aplicación del precedente existente, a partir de un erróneo entendimiento de la autonomía judicial o en un ejercicio abusivo de ella.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T 916 de 2014: “El derecho al debido proceso, como desarrollo del principio de legalidad y como pilar primordial del ejercicio de las funciones públicas, es un derecho fundamental que tiene por objeto la preservación y efectiva realización de la justicia material. Este derecho, ha sido ampliamente reconocido como un límite al ejercicio, in genere, de los poderes públicos; esto, pues tal y como lo preceptúa la Constitución Política, debe ser respetado indistintamente, tanto en las actuaciones administrativas, como en las de carácter jurisdiccional”.

²¹ Corte Constitucional Sentencia T-677 de 2015

Descendiendo al caso concreto, se advierte que la decisión proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia vulnera el derecho fundamental al debido proceso, en primera medida, porque adolece de los defectos enrostrados en este escrito; y, en segunda medida, porque no justificó de manera suficiente y motivada por qué se apartó de su propio precedente.

PETICIONES

Me permito solicitar muy respetuosamente a su Honorable Corporación despachar favorablemente las siguientes pretensiones:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia e igualdad ante la ley, orientados a la defensa del patrimonio público y a la protección del principio constitucional de sostenibilidad financiera, en consideración a que se acusa las sentencias SL3676 de 2020 y SL1309 de 2021, proferidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, de haber incurrido en defecto sustantivo y violación directa de la Constitución.

SEGUNDO: DÉJESE SIN EFECTOS las sentencias SL3676 de 2020 y SL1309 de 2021, proferidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, y en su lugar, ordénese al despacho accionado proferir una sentencia sustitutiva, subsanando los yerros jurídicos enrostrados en el presente escrito.

V. JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento, que se entiende prestado con la presentación de este documento, manifiesto, que Colpensiones no ha interpuesto acción de tutela ante otra autoridad por los mismos hechos.

VII. ANEXOS

- Copia de las sentencias SL3676 de 2020 y SL1309 de 2021
- Edicto de notificación de la sentencia SL1309 de 2021
- Demanda dentro del proceso ordinario laboral
- Extractos de Acuerdo 131 de 26 de abril de 2019
- Certificación Laboral del suscrito
- Certificado de existencia y Representación de la Superintendencia Financiera de Colombia

VIII. NOTIFICACIONES

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral
notificacioneslaboracortesuprema.ramajudicial.gov.co

Demandante: Carrera 92 # 47 A-12, teléfono 2640492, Medellín

Apoderada demandante: Carrera 49 #49-73, Edificio Seguros Bolivar, oficina 11605, Medellín, celular: 312 257 6714, correos: nalaones@gmail.com y lina.rendon@une.net.co

A su turno, se podrá consultar en el registro único de abogados, el correo electrónico reportado por la profesional del derecho para recibir notificaciones. Datos: LINA MARCELA RENDON BUILES, cédula: 32353668, T.P: 136.444, datos suministrados a la entidad para solicitar cumplimiento de sentencia.

De igual forma se indica que en consonancia con el artículo 197 de la Ley 1437 de 2011, Colpensiones dispone como único correo electrónico oficial para recibir notificaciones judiciales en materia de tutelas notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

Cordialmente,



DIEGO ALEJANDRO URREGO ESCOBAR

Gerente de Defensa Judicial

Vicepresidencia de Operaciones del Régimen de Prima Media

Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

“Los aquí firmantes declaramos que para la elaboración del presente documento: 1. se consultaron los aplicativos, bases de datos y aquellos sistemas disponibles requeridos para establecer la veracidad de la información que en el mismo se consigna. 2. se consultó la normatividad vigente y las disposiciones internas de Colpensiones. 3. se utilizó información verificable”.

Elaboró: Jenire Carolina Salas Figueroa – Profesional Master –Gerencia de Defensa Judicial