

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA

ACTA DE SALVAMENTO DE VOTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ELIZABETH VASQUEZ MORALES CONTRA COLPENSIONES Radicación No. 2021 00058 01. M. P. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

1

Presento las razones de mi salvamento de voto.

Lo primero que afirmo es que en este caso se demostró que no existió un traslado de régimen sino una selección inicial de régimen en vigencia de la ley 100 de 1993, por lo tanto no se podía dar el tratamiento de un traslado de régimen.

Al respecto, se tiene que según la historia laboral de la demandante se encuentra demostrado que la parte demandante cotizó al ISS hasta el 1 DE FEBRERO de 1982 HASTA el 28 de NOVIEMBRE de 1991 Y QUE SE AFILIO a la AFP PORVENIR S A EL 5 DE FEBRERO DE 2004, sociedad que actualmente administra los aportes a pensión de la parte actora.

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 39772 del 5 de octubre de 2010, señaló:

*“De acuerdo a lo anterior, confunde el Tribunal lo que es **la afiliación** al sistema de seguridad social, que ha sostenido la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como la de esta Sala, tiene un carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción y no se pierde o suspende porque se dejen de causar cotizaciones en un determinado interregno de tiempo, con **la vinculación** a uno de los dos regímenes de pensiones que contempla dicho sistema, y que delimita muy claramente el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, en los siguientes términos:*

*“**Permanencia de la afiliación.** La afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tengan más de seis meses de no pago de cotizaciones.” (Subrayas fuera de texto)*

Del hecho que la afiliación al Sistema General de Pensiones sea única y permanente, no se desprende, entonces, como lo dedujo el Tribunal, que para efectos de la selección de régimen de pensiones a que se refiere el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el trabajador ya estuviere matriculado en el correspondiente al de prima media con prestación definida, desde el año 1985, cuando se afilió por primera vez al ISS, porque esa vinculación anterior apenas se dio hasta el año de 1990, de modo que cuando entró a regir el nuevo sistema se encontraba inactivo, y el afiliado vino a manifestar su voluntad de matricularse en uno u otro de los regímenes contemplados en la nueva legislación apenas en el año de 1995, cuando se afilió al ISS, estando vigente la Ley 100 de 1993.

La selección prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, solo vino a operar a partir del 1 de abril de 1994, tal como se establece en el artículo 3 del Decreto 692 de 1994, al disponer:

“Selección de régimen pensional. A partir del 1 de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen. En consecuencia, deberán seleccionar uno de los siguientes regímenes:

“a) Régimen Solidario de Prima Media de Prestación Definida;

“b) Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, ninguna persona podrá estar simultáneamente afiliada a los dos regímenes del sistema.”

Ahora bien, caso diferente es el de aquellos que venían vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994 y continuaron afiliados a dicha entidad en vigencia de la nueva legislación, frente a los cuales dispuso el inciso final del artículo 11 ibidem:

*“Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS pueden continuar en dicho Instituto, **sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación.** Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En*

Además, debe decirse que no cabe entender que el trabajador hubiere seleccionado régimen de pensiones desde el 8 de abril de 1985, como lo entendió el Tribunal, cuando aún no había entrado en vigencia el nuevo sistema general de pensiones y, por lo tanto, ni siquiera existía opción de régimen pensional a escoger, ya que el único existente era el administrado por los Seguros Sociales en el sector privado.”

Conforme a ello, es claro que cuando empezó a regir el sistema general de pensiones el 1º de abril de 1994 con sus dos regímenes, no puede decirse que la parte actora había seleccionado uno de ellos, habida cuenta que en ese momento no se encontraba activo en el sistema en la medida que desde 28 de SEPTIEMBRE de 1992, no efectuaba cotizaciones al ISS, de ahí que cuando surgió la oportunidad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de seleccionar entre uno u otro régimen, la actora optó por el RAIS, pues así se desprende del formulario de afiliación, por lo que al ser esta su primera y única vinculación al sistema a la vigencia del mismo, no resulta dable hablar de traslado de régimen, en tanto hasta ese momento (30 de SEPTIEMBRE de 2003, expresó su voluntad de selección de régimen.

De suerte, que en el presente asunto no había lugar a analizar las implicaciones que conllevaba el traslado de régimen, pues si bien esta Sala no se desconoce que las AFP están obligadas a brindar una asesoría e informar de manera clara y eficaz las consecuencias que trae consigo la decisión de trasladarse, lo que conlleva a que en esos procesos se juzgue y reproche tal situación en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial que a la fecha ha trazado sobre el tema, lo cierto es que en el caso puntual de la demandante al no existir un traslado en tanto como se dijo, lo que devino fue una selección inicial de régimen, no procede el estudio de nulidad o ineficacia planteada.

Así lo reitero la Corte Suprema al señalar “

“En ese orden de ideas, de las aludidas probanzas emerge que si bien el actor se afilió al ISS con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que no tenía la condición de cotizante activo para el 1º de abril de 1994, toda vez que se había presentado la novedad de retiro desde agosto de

1989. Se colige igualmente, que el demandante se «vinculó» de nuevo como cotizante a esa entidad de seguridad social a partir de enero de 1995, por medio del empleador Programar Televisión S.A, momento en el cual empezó a realizar aportes al régimen de primera media con prestación definida hasta el 31 de agosto de 1995, pues a partir del 1º de septiembre de ese mismo año se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, situación ésta última que reconoció desde los albores del proceso y que nunca ha sido objeto de discusión.

De la situación fáctica evidenciada con las pruebas denunciadas, se advierte el yerro del Colegiado al apreciar la historia laboral, pues no tuvo en cuenta que el actor, una vez entró en vigencia en materia pensional la Ley 100 de 1993, seleccionó el régimen de prima media en enero de 1995, a lo que se suma que contrario a lo sostenido por el *ad quem* no estaba *vinculado* para el 1º de abril de 1994.

Y es que en este punto debe tenerse en cuenta que la *afiliación* y la *vinculación* son figuras jurídicas que presentan unas características diferentes que impide equipararlas entre si y, por consiguiente, darles el mismo tratamiento. Así lo definió la Sala en sentencia CSJ SL, 5 oct. 2010, rad. 39722, en la que se indicó lo siguiente:

No obstante, estimó el Tribunal que la última afiliación era válida, porque, en su sentir, el traslado de régimen del afiliado del sistema de prima media con prestación definida, administrado por el ISS, al de ahorro individual, administrado por COLFONDOS, se había efectuado respetando el término de los tres años previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, porque si, como lo había previsto la Corte Constitución en la sentencia T 235 de 2005, "...la afiliación es un acto que se produce una vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente la afiliación no es repetible, es vitalicia.", el ingreso del trabajador había operado, para estos efectos, desde su primera vinculación el 8 de abril de 1985 y, para cuando operó su traslado a COLFONDOS, había transcurrido un lapso muy superior

vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción y no se pierde o suspende porque se dejen de causar cotizaciones en un determinado interregno de tiempo, con la vinculación a uno de los dos regímenes de pensiones que contempla dicho sistema, y que delimita muy claramente el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, en los siguientes términos:

“Permanencia de la afiliación. La afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tengan más de seis meses de no pago de cotizaciones.” (Subrayas fuera de texto)

Del hecho que la afiliación al Sistema General de Pensiones sea única y permanente, no se desprende, entonces, como lo dedujo el Tribunal, que para efectos de la selección de régimen de pensiones a que se refiere el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el trabajador ya estuviere matriculado en el correspondiente al de prima media con prestación definida, desde el año 1985, cuando se afilió por primera vez al ISS, porque esa vinculación anterior apenas se dio hasta el año de 1990, de modo que cuando entró a regir el nuevo sistema se encontraba inactivo, y el afiliado vino a manifestar su voluntad de matricularse en uno u otro de los regímenes contemplados en la nueva legislación apenas en el año de 1995, cuando se afilió al ISS, estando vigente la Ley 100 de 1993.

La selección prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, solo vino a operar a partir del 1 de abril de 1994, tal como se establece en el artículo 3 del Decreto 692 de 1994, al disponer:

“Selección de régimen pensional. A partir del 1 de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen. En consecuencia deberán seleccionar un de los siguientes regímenes:

“a) Régimen Solidario de Prima Media de Prestación Definida;

“b) Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, ninguna persona podrá estar simultáneamente afiliada a los dos regímenes del sistema.”

Ahora bien, caso diferente es el de aquellos que venían vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994 y continuaron afiliados a dicha entidad en vigencia de la nueva legislación, frente a los cuales dispuso el inciso final del artículo 11 *ibídem*:

“Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS pueden continuar en dicho Instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.” (Subrayas fuera de texto).

Además, debe decirse que no cabe entender que el trabajador hubiere seleccionado régimen de pensiones desde el 8 de abril de 1985, como lo entendió el Tribunal, cuando aún no había entrado en vigencia el nuevo sistema general de pensiones y, por lo tanto, ni siquiera existía opción de régimen pensional a escoger, ya que el único existente era el administrado por los Seguros Sociales en el sector privado. (Subraya la Sala).

En ese orden de ideas, si bien la afiliación, como mecanismo jurídico de ingreso al sistema de seguridad social integral, es permanente, vitalicia e independiente del régimen que seleccione el afiliado (CSJ SL 2 feb. 2010, rad. 35012 y CSJ SL5533-2019), ello no implica, para los efectos de la selección de régimen prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que el demandante estuviera activo en el régimen de prima media desde julio 1977, cuando se afilió al ISS, pues solamente permaneció cotizando hasta agosto de 1989, cuando se reportó la novedad de retiro. En esa medida, su voluntad de elegir entre uno u otro régimen, se produjo y materializó posteriormente en enero de 1995, cuando se vinculó nuevamente al ISS, después de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

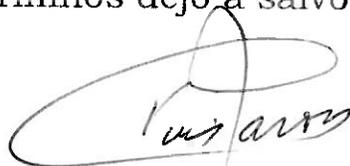
Dicho de otra manera, la selección de régimen pensional a

anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema Integral de Seguridad Social, que fue el que contempló la posibilidad de selección traslado de regímenes, por lo que, con antelación a la vigencia de esa ley no era dable considerar que hubo una escogencia o cambio de régimen, pues el único existente antes del 1° de abril de 1994, era el administrado por el Instituto de Seguros Sociales.

En suma, se concluye que el demandante efectuó la selección inicial de régimen pensional, en enero de 1995 cuando se vinculó al ISS; y como quiera que solicitó el traslado al RAIS a través de la AFP Colpatria a partir del 1° de septiembre de ese mismo año, ese cambio de régimen pensional no resulta válido, por la potísima razón de que desconoció el término de permanencia de tres años contemplado en el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993, en su versión original.”

Como en el presente caso no aparece que hubiese cotizado o hubiere estado cotizando para el ISS, cuando entro a regir la ley 100 de 1993, para que no hubiese tenido necesidad de seleccionar régimen, se entiende que ya en vigencia de esta ley tenía que seleccionar el régimen, lo cual lo hizo hasta el 25 de abril de 1994, por lo que se entiende que no fue un traslado sino una selección inicial de régimen.

En los anteriores términos dejo a salvo mi voto



LUIS ALFREDO BARON COREDOR

SECRETARÍA DE EMPLEO Y SALUD
Secretaría de Trabajo

000004

22 JUN -2 AM 11:30

SECRETARÍA DE EMPLEO Y SALUD
SECRETARÍA DE TRABAJO

C

C