Radicación: 66001-31-05-001-2017-00411-01

Proceso: Ordinario

Demandante: Luis Alberto Carvajal Castaño

Demandado: Colpensiones y otros

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

MAGISTRADO: **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, once [11] de febrero de dos mil veintidós [2022].

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO:**

Tal como lo propuse en la ponencia que presenté inicialmente, coincido con la adición que se hizo a la sentencia de primera instancia, pero igualmente, en mi criterio se debió modificar su ordinal sexto y revocar el séptimo por las razones que pasan a explicarse:

Si bien no existe duda en cuanto al derecho que tiene el demandante al reconocimiento de su pensión, correspondía definir quién o quiénes y desde que momento están en la obligación de cubrir las mesadas pensionales. Al respecto y para dar desarrollo a los motivos de apelación propuestos por Colpensiones, en mi proyecto realicé el siguiente análisis jurídico, que no fue acogido por los demás integrantes de la sala.

“Ahora bien, en torno al reclamo hecho por la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones, consistente en que esa entidad solo puede responder por el pago de la prestación económica a partir de la fecha en que la AFP Protección S.A. cumpla con el deber de remitir la totalidad de los emolumentos que debe restituir como consecuencia de la anulación de la afiliación fraudulenta del señor Luis Alberto Carvajal Castaño al RAIS, considera esta colegiatura que razón le asiste en ese argumento, pues nótese que la obligación de Colpensiones frente a su afiliado solo nace a partir del momento en que le sea posible cargar las 703,86 semanas de cotización (que corresponden al capital proveniente de las cotizaciones efectuadas ante la AFP Protección S.A. por su afiliación fraudulenta a esa entidad), que sumadas a las 938,29 semanas efectivamente acreditadas en el régimen de prima media con prestación definida, permiten sobrepasar las 1300 semanas exigidas en ese régimen pensional; por lo que, se itera, solo hasta el momento en que se produzca el reintegro de los emolumentos que representan esa densidad de cotizaciones que resultan definitivas para el reconocimiento pensional, entrará la Administradora Colombiana de Pensiones a cancelar la prestación económica a favor del actor.

Lo expuesto no quiere decir que el disfrute de la pensión de vejez a favor del señor Luis Alberto Carvajal Castaño, coincida con el momento en el que nace la obligación de cancelar la prestación económica por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones, pues para definir ese ítem, necesario resulta proceder con el análisis correspondiente, de acuerdo con lo sostenido en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aplicación de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, como se explicó precedentemente; estudio que pasará a realizar la Sala y, en caso de que el actor tenga derecho a disfrutar la pensión de vejez en fecha anterior al momento en que nace la obligación por parte de Colpensiones, deberá definirse cuál es la entidad responsable del pago de ese retroactivo pensional.

Aclarado lo anterior y conforme con la explicación realizada líneas atrás, por regla general la fecha a partir de la cual se debe empezar a disfrutar la prestación es aquella en la que el afiliado se haya desafiliado formalmente del sistema general de pensiones, sin embargo, en este caso puntual, al revisar el expediente administrativo del demandante y su historia laboral, no se observa que el último empleador del señor Carvajal Castaño, esto es, la sociedad Movicon S.A.S. haya remitido la correspondiente novedad que desafiliara efectivamente del sistema a su trabajador.

Pero, como se explicó también anteriormente, no solamente el hecho de la desafiliación formal del sistema permite definir cuál es la fecha de disfrute de la pensión, sino que a partir de la concurrencia de otros eventos se puede establecer cuál fue el momento en el que inequívocamente el afiliado tuvo la intención de retirarse definitivamente, como lo son por ejemplo la cesación en las cotizaciones y la solicitud de reconocimiento y pago de la prestación económica.

En ese aspecto, como se ve en las historias laborales del demandante, él realizó la última cotización al sistema general de pensiones el 30 de junio de 2015 y a pesar de que aún no había cumplido los 62 años de edad, pensando que era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y que podía acceder a la pensión de vejez al acreditar 60 años de edad cumplidos el 14 de noviembre de 2014, elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez el 24 de julio de 2015, como se ve en la resolución GNR65810 de 29 de febrero de 2016 -págs.18 a 22 archivo 01 carpeta primera instancia-, lo que denota su intención definitiva de desafiliarse del sistema general de pensiones; por lo que siendo así las cosas, la fecha a partir de la cual tiene derecho a disfrutar la pensión de vejez, es aquella en que llenó la totalidad de los requisitos exigidos en la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003, esto es, a partir del 14 de noviembre de 2016, cuando arribó a los 62 años y como atinadamente lo determinó la sentenciadora de primera instancia.

Existiendo certeza frente a la fecha de disfrute de la prestación económica, que resulta anterior a la calenda en la que debe asumir la responsabilidad de pagar la pensión de vejez la Administradora Colombiana de Pensiones, necesario resulta definir cuál es la entidad que debe responder por el reconocimiento y pago del retroactivo pensional que se viene causando desde el 14 de noviembre de 2016.

En ese sentido, pertinente es recordar que el señor Luis Alberto Carvajal Castaño, estando afiliado válidamente al régimen de prima media con prestación definida, resultó afiliado fraudulentamente a la AFP Protección S.A., tal y como lo concluyó la Fiscalía 46 Local de Pereira.

La constitución de ese acto jurídico fraudulento ha generado, con el paso del tiempo, una serie de perjuicios que han afectado los derechos pensionales del señor Luis Alberto Carvajal Castaño, pues nótese que de no haberse presentado esa conducta punible, la totalidad de las semanas cotizadas por el actor aparecerían reportadas en la historia laboral de la Administradora Colombiana de Pensiones, esto es, las 1642,15 semanas que acredita el demandante en toda su vida laboral, y que le hubiese permitido a esa administradora pensional, reconocer en sede administrativa la prestación económica; pero como ello no fue posible realizarlo adecuadamente, debido a la materialización del acto jurídico contrario a derecho que permitió la vinculación del actor a la AFP Santander S.A. hoy Protección S.A., es dicha entidad quien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 del decreto 720 de 1994, debe responder por la infracción que generó la afiliación fraudulenta del accionante, pues al no contar Colpensiones con los emolumentos que representan la densidad de semanas de cotización que completan y sobrepasan las 1300 semanas exigidas en la ley 797 de 2003, su obligación, como ya se explicó, solo nace en el momento en que se restituyan los dineros que representan las 703,86 semanas cotizadas en el RAIS; lo que genera un perjuicio al señor Carvajal Castaño, ya que en este caso, la fecha de disfrute de la pensión de vejez no coincide con aquella en la que se erige la responsabilidad por parte de Colpensiones; siendo entonces el fondo privado de pensiones accionado el llamado a resarcir el perjuicio que ocasionó al demandante con la infracción que generó su afiliación y que se ve representado en el retroactivo pensional que se ha venido causando desde el 14 de noviembre de 2016.

No obstante, como ninguna de las pretensiones de la acción venía encaminada en ese sentido, esto es, el de condenar a la AFP Protección S.A. a reconocer y pagar el retroactivo pensional o en su defecto que se le condenara a pagar los perjuicios generados con la afiliación fraudulenta del demandante a esa sociedad administradora del sistema general de pensiones, no resulta procesalmente procedente emitir condena en ese sentido en su contra, ni siquiera bajo las facultades extra y ultra petita, pues como bien es sabido, esa posibilidad no le fue conferida a los jueces de segunda instancia, entre otras cosas porque de hacerse así, se vulneraría el legítimo derecho de defensa de quienes integran la parte pasiva de la acción, quienes no tendrían la posibilidad de controvertir esa decisión por medio del uso del recurso de apelación; correspondiéndole al señor Luis Alberto Carvajal Castaño iniciar todas las acciones tendientes a obtener el resarcimiento de los perjuicios que se generó con la infracción que ocasionó su afiliación fraudulenta al fondo privado de pensiones Santander S.A. hoy Protección S.A.”

Es por lo anterior que, con base en tales premisas jurídicas y fácticas mi proyecto disponía que la Sala:

**“RESUELVE**

**PRIMERO. ADICIONAR** la sentencia proferida el 1° de marzo de 2021, en el sentido de **ORDENAR** al fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A. a restituir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, como producto de la afiliación fraudulenta del señor LUIS ALBERTO CARVAJAL CASTAÑO, los dineros que fueron cobrados durante su permanencia en esa entidad y que estuvieron dirigidos a cancelar las cuotas o gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como las que se destinaron a financiar la garantía de pensión mínima, emolumentos que deben ser reintegrados con cargo a sus recursos y debidamente indexados.

**SEGUNDO. MODIFICAR** el ordinal SEXTO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, en el sentido de **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a reconocer y pagar a favor del señor LUIS ALBERTO CARVAJAL CASTAÑO la pensión de vejez en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente y por 13 mesadas anuales, a partir de la fecha en que la AFP PROTECCIÓN S.A. restituya los dineros que recibió por la afiliación fraudulenta del actor a esa entidad y que provenían de los aportes al sistema general de pensiones, representativos de 703,86 semanas de cotización, así como los dispuestos en el ordinal anterior.

**TERCERO. REVOCAR** el ordinal SÉPTIMO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, para en su lugar **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES del reconocimiento y pago del retroactivo pensional que se viene causando desde el 14 de noviembre de 2016 y hasta la fecha en que se produzca el reintegro de los dineros provenientes de los aportes al sistema general de pensiones por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. y que representan 703,86 semanas de cotización.

**CUARTO. CONFIRMAR** la sentencia recurrida y consultada en todo lo demás.”

Decisiones como la que acá se tomó y se vienen tomando en general, so pretexto de una integral protección del derecho a la seguridad social, en mi entender, van en contravía de nuestro sistema jurídico, desconocen el origen, evolución, principios y actualidad de la seguridad social colombiana y olvidan las reglas básicas de sostenibilidad financiera del sistema.

Es que, como puede ser que, Colpensiones -entidad que parece entenderse como la Caja Menor del sistema- deba asumir prestaciones retroactivas con dineros que no le fueron puestos a su disposición en los momentos que correspondía; mientras que por el contrario, la AFP privada que, por medio de uno de sus agentes, actuó indebidamente para lograr una afiliación fraudulenta, a pesar de la existencia clara del artículo 10 del decreto 720 de 1994, le baste con transferir los aportes recibidos indebidamente?

Para mi es evidente que la AFP privada generó un perjuicio y debe resarcirlo sin que sea excusa para imponer el pago del mismo a Colpensiones el hecho de que el abogado de la parte demandante no haya pedido en ese sentido.

Como puede verse mi posición en este aspecto difiere de lo considerado por la mayoría y es por eso que salvó mi voto parcialmente, como acá queda hecho.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado