Radicación Nro.: 66001-31-05-004-2019-00435-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: María Esperanza Ríos Mape

Demandado: Colpensiones y otro

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO: **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, veinticuatro [24] de febrero de dos mil veintitrés [2023].

**SALVAMENTO DE VOTO**

Respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria pues, tal como lo propuse en la ponencia que presenté inicialmente, considero que se debió **REVOCAR** en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira el 10 de agosto de 2021, para en su lugar **NEGAR** la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Para llegar a tal conclusión, previa precisión de que:

“Pese a que este Ponente no comparte la justificación ni la interpretación que realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993 y por ello en providencias anteriores como la proferida el 22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, entre otras, bajo la autorización emitida por las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 se había apartado del criterio expuesto por el alto tribunal al amparo de la autonomía judicial, para anunciar que cuando un trabajador alega engaño por una AFP para obtener un traslado de régimen pensional, debe presentar una acción de resarcimiento de perjuicios tal como obliga el artículo 10º del Decreto 720 de 1994, lo cierto es que ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por ese alto tribunal con número de expediente STL4759-2020, a través de la cual se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado por esa corporación en los asuntos de ineficacia de afiliación, bajo el debido respeto por el superior, se obedecerá en este caso y en los sucesivos la posición mayoritaria que ostenta la mencionada Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Propuse en mi proyecto los siguientes: Problema jurídico a resolver, temas aplicables y análisis del caso concreto que a continuación dejo entre comillas:

“**PROBLEMA JURÍDICO**

**¿Se encuentra legitimada la señora María Esperanza Ríos Mape para buscar la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual, en calidad de afiliada del sistema general de pensiones, se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad?**

Con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, la Sala considera necesario precisar, los siguientes aspectos:

**1. EL TRASLADO ENTRE REGÍMENES PENSIONALES**

El literal a) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 establece que la afiliación al sistema general de pensiones es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes; previendo posteriormente en el literal b) de la norma en comento que, la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales coexistentes en el sistema general de pensiones, es libre y voluntaria por parte del afiliado; permitiendo a continuación el literal e), el traslado de los afiliadosentre ambos regímenes pensionales, por una sola vez cada cinco años, contados a partir de la selección inicial; prohibiéndoles ese movimiento cuando les faltaren menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Bajo esa normativa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encaminado su análisis con el objeto de verificar el cumplimiento de los requisitos legales que materializan el traslado entre los regímenes pensionales de los **afiliados** al sistema general de pensiones desde la perspectiva de la eficacia del acto jurídico que perfecciona el cambio de régimen pensional, de conformidad con las reglas jurisprudenciales que se explicaron con anterioridad. En ese orden, se observa que en todos esos procesos los demandantes actuaban en calidad de **afiliados** (ya fueran beneficiarios del régimen de transición, o próximos a cumplir la totalidad de requisitos exigidos para pensionarse, o tuvieren requisitos cumplidos, pero sin habérseles reconocido el derecho, en general cualquier tipo de reclamante como afiliado activo o inactivo del sistema pensional). Mientras que, históricamente, solo se conoce una providencia por parte del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral en la que se ordenó el retornó al RPM de un demandante que se encontraba disfrutando la pensión de vejez en el RAIS (sentencia 31989 de septiembre 9 de 2008), sin embargo, vale la pena resaltar que en aquella única oportunidad, la orden emitida se fundamentó en la postura vigente para ese momento que trataba sobre la nulidad del acto jurídico del traslado entre regímenes pensionales, misma que fue recogida desde hace algunos años por esa Corporación para sentar la tesis vigente a la fecha, amén que, ese caso contenía una particularidad que no puede pasarse por alto, consistente en que en el momento en que se produjo la afiliación del accionante al RAIS, él ya contaba con el status de pensionado al cumplir con los requisitos exigidos en la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, en sentencia SL2820 de 4 de agosto de 2020, la Sala de Descongestión N°1 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el que negó las pretensiones elevadas por un demandante que ostentaba la calidad de pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad desde hace aproximadamente 20 años, expresando sucintamente que “la situación jurídica individual del demandante ha quedado definida y consolidada bajo el imperio del régimen jurídico de la pensión del régimen de ahorro individual y que, en tal virtud, se entiende incorporada a su patrimonio. De ahí que, tampoco le asista razón cuando afirma que, materialmente, no ostenta el estatus de pensionado, por considerar que tiene la opción de recuperar el régimen de transición.”

Conforme con lo expuesto, para que una persona aspire a la declaratoria de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, siguiendo las reglas establecidas de tiempo atrás por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indispensable resulta que se encuentre legitimado para ejercer esa acción, esto es, acreditando dentro del proceso que ostenta la calidad de **afiliado** activo o inactivo al sistema general de pensiones, pues al alcanzar la gracia pensional, su calidad de afiliado muta a la de pensionado, y queda consolidada y definida su situación jurídica pensional.

Se indicó además por parte de la alta magistratura que, de aceptarse la aplicación de la tesis de la ineficacia de los traslados para aquellas personas que han adquirido el derecho pensional e incorporado esos recursos a su patrimonio, ocurriría lo siguiente: i) se transgrediría la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, norma que fue declarada exequible en la sentencia C-1024 de 2004 en la que se arguyó que no es posible permitir el traslado de afiliados al sistema que están próximos a concretar el derecho a la pensión de vejez, pues dicha prohibición contiene en sí la protección de la sostenibilidad financiera del sistema pensional; ii) se quebrantaría el cambio de plan de capitalización o de pensiones y de entidades administradoras dispuesto en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, en el que se faculta a todos los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad y que no haya adquirido la calidad de pensionado, a transferir voluntariamente el valor de su cuenta de ahorro individual a otro plan de capitalización o de pensiones autorizados, o trasladarse a otra entidad administradora, pues con ello lo que se busca es garantizar el servicio administrativo y financiero de las pensiones en el RAIS, asegurar la estabilidad financiera y rentabilidad de las inversiones, lo que permite garantizar el cumplimiento de los principios previstos en el artículo 2° de la Ley 100 de 1993, tal y como lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-841 de 2003, en la que declaró exequible la expresión “**y que no haya adquirido la calidad de pensionado”**contenida en el referido artículo 107 de la ley 100 de 1993, concluyendo al respecto que “**la limitación del traslado de la cuenta de ahorro pensional cuando se ha adquirido la calidad de pensionado, resulta efectivamente conducente para el logro de los fines de eficiencia administrativa y financiera de las entidades administradoras y de sostenibilidad y rentabilidad del sistema**.”.

Esta tesis, considera esta Colegiatura resulta aplicable sin distinción tanto para los pensionados que consolidaron su derecho pensional con base en las normas del RAIS como para los que lo hicieron en el RPMPD, puesto que, en uno u otro caso, la calidad de pensionado se traduce en una situación jurídica consolidada y un hecho consumado que no se puede revertir. De manera que, se acoge íntegramente la línea jurisprudencial que frente al tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual sólo están legitimados para adelantar la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional, los afiliados del sistema de pensiones y no los pensionados.

**Lo anterior no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho pensional por el incumplimiento al deber de información no pueda obtener su reparación, ante el perjuicio que sufrió en la cuantía de su pensión, puesto que le es dable intentar una acción de indemnización de perjuicios a cargo de la entidad administradora que obtuvo su traslado sin darle la información necesaria para su eficacia, tal como lo ha considerado el órgano de cierre de la especialidad, entre otras, en sentencia SL 373 de 2021.**

En este punto, cabe agregar que si bien la Sala de Descongestión Laboral No.3 de la Sala de Casación Laboral, en providencia SL 934 de 2021, avaló la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de un pensionado que había logrado retornar al RPMPD pero que pretendía recuperar el régimen de transición, para lo cual arguyó que se trataba de una situación esencialmente distinta a la fijada recientemente por la Corporación; ese pronunciamiento, además de ser aislado, no resulta vinculante o de obligatoria aplicabilidad, por cuanto en los términos del artículo 4° de la Ley 169 de 1886, no se trata de un precedente judicial o doctrina probable que implica que deba ser necesariamente considerada por las autoridades judiciales al momento de resolver un asunto, pues recuérdese que, a las Salas de Descongestión Laboral, no les es dado crear o unificar jurisprudencia, pues dicha facultad está otorgada únicamente a la Sala permanente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de modo que, cuando aquellas consideren procedente cambiar o emitir una nueva jurisprudencia sobre un determinado tema, deben devolver el expediente a la Sala de Casación Laboral para que esta decida, pues así lo dispone el artículo 2° de la Ley 1781 de 2016 que adicionó un parágrafo al artículo 16 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, en concordancia con lo establecido en sentencia C-154 de 2016, en la que la Corte Constitucional sustentó de manera amplia que los objetivos de la descongestión distan de la búsqueda o participación permanente en la unificación de jurisprudencia, pues con ello se desnaturalizaría el objetivo para el cual esos cargos fueron creados.

Por tales razones, y en vista de que la Sala de Descongestión No. 2 en la sentencia referida, desconoció el precedente fijado por la sala permanente de la Sala de Casación Laboral, según el cual no es factible declarar sin efectos el traslado de régimen pensional de quien adquirió el estatus jurídico de pensionado, esta Colegiatura, no la considerará por estimar que el pensionado no está legitimado para solicitar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

**CASO CONCRETO**

No es motivo de controversia en este asunto, que la señora María Esperanza Ríos Mape se encuentra disfrutando la pensión de vejez en el régimen de prima media, pues así lo confesó al iniciar la presente acción, y además lo aceptó la Administradora Colombiana de Pensiones al dar respuesta a la acción.

Tal situación demuestra que en este caso **se consolidó un hecho que extinguió el derecho que la accionante tenía como afiliada al sistema general de pensiones a solicitar la declaratoria de ineficacia del traslado** que en su momento efectuó al régimen de ahorro individual a través de Colfondos S.A., el 23 de febrero de 1995; ya que al adquirir la calidad de pensionada, su situación jurídica quedó definida y consolidada bajo el imperio del régimen jurídico de la pensión de vejez en el RPMPD, la cual se ha incorporado efectivamente a su patrimonio y ha generado una serie de actos jurídicos que no es posible revertir.

En ese orden de ideas, como consecuencia de haber perdido la actora la calidad de afiliada al sistema general de pensiones, no queda otro camino que revocar la decisión emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, para en su lugar, negar la pretensión encaminada a obtener la declaratoria de ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, así como la recuperación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y la consecuente reliquidación a cargo de Colpensiones; al no encontrase legitimada en la causa por activa para exigir de la judicatura la ineficacia de los actos jurídicos que ejecutó en su entonces condición de afiliada, resultando jurídicamente inviable, analizar las pretensiones que se derivan de las resultas de dicha declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Ahora bien, tal como se explicó en las consideraciones vertidas en precedencia, el pensionado que se considere lesionado en su derecho pensional por el incumplimiento del deber de información de una entidad administradora de pensiones puede pretender la reparación del perjuicio que considere haber sufrido, para lo cual puede demandar la indemnización del mismo a cargo de la entidad de seguridad social, tal como lo consideró la Sala de Casación Laboral entre otras, en sentencia SL 373 de 2021.

Sin embargo, observa la Sala que en este asunto no es posible abordar el análisis respecto a ese tema, pues la parte actora solicitó, concomitantemente, con evidente indebida acumulación de pretensiones, la ineficacia del traslado –con reconocimiento y pago de reliquidación a cargo de Colpensiones- y condena en perjuicios por lucro cesante de la AFP, por considerar haber sido inducida en error para el traslado de régimen. **De allí que, habiéndose pronunciado el juez en el sentido de que el perjuicio económico a cargo de la AFP no se acreditó**, pues la demandante nunca dejó de recibir la pensión de vejez, y, habiendo sido presentada esa pretensión como principal y concomitante con la declaración de ineficacia, sin que la solución adversa que en el punto dio el juzgado haya sido impugnada por ella, en virtud del principio de consonancia, no le es dable a la Sala ahora abordar ese tema de la decisión.”

Como puede verse mi posición jurídica difiere totalmente de la conclusión a la que con la misma información llegaron mis compañeros de Sala y es por eso que dejo salvado mi voto, como acá queda hecho.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado