

ACLARACIÓN DE VOTO DEL H. MAGISTRADO DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS.

EXPEDIENTE: 14 2019 00181 01

DEMANDANTE: MARTHA JEANETH PATIÑO BARRAGAN

DEMANDADA: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

APELACIÓN SENTENCIA

Con el respeto que profeso por el pensamiento de los dignatarios de la Sala y sus decisiones, comedidamente manifiesto que **aclaro mi voto**, pues pese a que comparto la decisión final, considero que resulta pertinente precisar que si bien en el presente asunto se advierte que la última cotización de la demandante en el RPMPD lo fue el 30 de junio de 1986, y por ende, no presentó aportes en ese régimen con posterioridad al 1° de abril de 1994, ello no implica la pérdida de la calidad de afiliada al mismo, la cual adquirió desde el 3 de mayo de 1985, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., un traslado.

Lo anterior teniendo en cuenta que, si bien de conformidad con el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se establece que a partir del 1° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones “deberán” seleccionar uno de los dos regímenes pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al Sistema General de Pensiones que entró a regir al 1° de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multiafiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo Sistema General de Pensiones requirieran vincularse a este, debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 1° de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el

mismo Decreto en su artículo 4° previó que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros *«los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están»*, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el *sub examine*, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 1° de abril de 1994, venía afiliada a dicha entidad, *se itera*, desde el 3 de mayo de 1985, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los siguientes términos:

*«La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**»* (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Igualmente del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 1° de abril de 1994 venían afiliados al ISS, no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:

*«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**»*. (Negrilla fuera del texto)

De lo referido en precedencia, de manera diáfana se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1° de abril de 1994 no implica que el afiliado al RPM pierda tal calidad a ese régimen, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo

formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el *sub examine*, venía afiliada al ISS desde el 3 de mayo de 1985, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 25 de agosto de 1997 a la AFP COLFONDOS S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

*«Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.***

(...)

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida.***

Ahora, ciertamente esta Sala de Decisión en anteriores pronunciamientos como en sentencia del 30 de noviembre de 2020, expediente 15-2016-00757-02 y sentencia de 25 de abril de 2021, expediente 37-2018-00039, afincó en el criterio de exigir que el afiliado debe tener cotizaciones en el régimen de prima media con prestación definida con posterioridad al 1 de abril de 1994, de lo contrario se debía entender que la vinculación al RAIS constituye la afiliación inicial al régimen pensional, y por esa vía no estudiaba la ineficacia del traslado por no constituir un traslado de régimen en estricto sentido, sino una afiliación inicial al mismo; sea esta la oportunidad para rectificar el criterio y asumir que la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 vengán afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen de prima media, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de

régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

En los anteriores términos aclaro mi voto.

A handwritten signature in dark ink, featuring a large, stylized loop at the top and a horizontal line extending to the right. The signature is written over a faint, light-colored background.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado.-