

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
BOGOTÁ D. C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO DR. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.**

**ACTA DE SALVAMENTO DE VOTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO DE DARIO LINARES LOPEZ  
CONTRA COLPENSIONES**

**Con** el debido respeto con los demás miembros de la Sala de decisión, salvo voto, EN FORMA PARCIAL, en este caso.

Se ha condenado a los intereses moratorios a partir de los 4 meses de hecha la solicitud pensional

En cuanto a la fecha a partir de la cual se deben **contabilizar** los intereses moratorios, ha sido posición del suscrito, en señalar que de conformidad con la ley 700 de 2001, la entidad demandada cuenta con un término de 6 meses para pago de la prestación

"ARTÍCULO 43. <Ver Notas del Editor> A partir de la vigencia de la presente ley, los **operadores públicos y privados del sistema general de pensiones** y cesantías, que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional, tendrán un plazo no mayor de seis (6) meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de reconocimiento por parte del interesado para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes."

Si bien la ley 797 de 2003, se establece 4 meses para el reconocimiento, no lo es para el pago correspondiente, en efecto hay que distinguir los dos fenómenos, veamos porque

"Los fondos encargados **reconocerán la pensión** en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte."

Lo anterior conduce a concluir de la interpretación sistemática de la ley 700 de 2001 y la ley 797 de 2003, que esta última **no deroga el término de 6 meses para el pago**, pues esta última ley **solo señala el término para reconocer la pensión**, y *no dice nada respecto del pago de dichas mesadas* y la ley 700 si establece los 6 meses para el pago, por ende la ley 797 no revoca el término de 6 meses para la inclusión en nómina y por ende para el pago correspondiente de la primera mesada pensional.

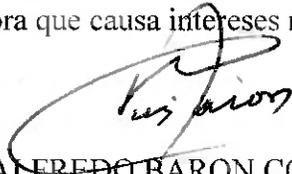
**No es lo mismo el término para el reconocimiento de la pensión que el término que establece la misma ley en otra norma para el pago.**

Pues en la mayoría de los casos se reconoce la pensión pero esta no se hace exigible inmediatamente, pues solo lo será a partir de la desafiliación al sistema, si la persona esta o sigue cotizando, por lo tanto, no puede afirmarse que se hace exigible a partir de la fecha del reconocimiento y mucho menos que cae en mora a partir de esta fecha para efectos de los

intereses moratorios, pues hay muchos casos en que se reconoce la pensión pero la persona sigue vinculada aportando o trabajando, por ello no puede ser los 4 meses la fecha de la exigibilidad de la obligación pensional..

Si la ley establece seis meses para el pago, significa que si ya se dejó de cotizar se debe reconocer antes de los 4 meses y se debe incorporar en nómina de pensionados dentro de los dos meses siguientes es decir, en total antes de los 6 meses, para no caer en mora pues de acuerdo con la interpretación sistemática tendría 4 meses para el reconocimiento y 2 meses más para incorporar en nómina de pensionados y a partir del vencimiento de los 6 meses que tiene para efectuar el pago, se torna exigibles las obligaciones pensionales y solo a partir de esta fecha comenzaría la entidad a entrar en mora en la medida que se han vencido los términos que establece la ley para el correspondiente pago.

Por lo anterior la entidad solo entra en mora al vencimiento de los 6 meses que tienen para efectuar el pago, y es a partir de ese término que se hace exigible la obligación pensional que establece la ley y por ende la mora que causa intereses moratorios.



LUIS ALFREDO BARON CORREDOR

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACTA DE SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RAMIRO MOLINA SOTO CONTRA SEGURIDAD EL FUTURO LTDA Expediente No. 2016 00441 01

Al considerar por la mayoría de la Sala que se le resta valor probatorio al testimonio que ratificaba la relación laboral, los extremos temporales y el salario del actor aduciendo que por lo preciso contrastaba con las reglas de la experiencia dado el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación laboral. Igualmente que no se podía dar por confeso a la parte demandada por estar representada por curador ad litem

Al respecto considero que no se le podía restar valor probatorio al testimonio porque no existían otros medios de prueba que permitieran precisamente restarle valor probatorio a dicho testimonio, que contrastara con lo dicho por el

En segundo lugar, no se tuvo en cuenta que la no concurrencia al proceso por la parte demandada se denota una reticencia a colaborar con la justicia y además no se puede dejar de aplicar las presunciones que establece la ley por la no comparecencia a la audiencia de conciliación o a rendir el interrogatorio de parte, por el hecho de que esté representada por curador ad litem.

Lo anterior teniendo en cuenta el nombramiento de curador ad litem tiene que estar comprobada o que es preciso determinar que este comprobadas las opciones que establece el artículo 29 del CPL, para el nombramiento de curador ad litem como es que se impida su notificación o que no es hallada la parte demandada, o que se ignora su domicilio, y en segundo lugar por lo siguiente:

La jurisprudencia ha señalado respecto de esta institución lo siguiente:

“La institución del curador ad litem tiene como finalidad esencial proteger los derechos del ausente, que no por estarlo puede recibir un tratamiento procesal desventajoso, pues éste redundaría en menoscabo de algunos de los derechos sustantivos que en el proceso se controvierten. Constituye, pues, un instrumento protector del derecho fundamental de defensa. ...”

“La figura del curador ad litem tiene por fin brindar representación al que no concurre al proceso – de manera inadvertida o intencionalmente – con el objeto de garantizarle su derecho a la defensa. De acuerdo con el artículo 46 del C.P.C., el curador “está facultado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, así como para constituir apoderado judicial bajo su responsabilidad, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio.” Ello indica que el curador ad litem está autorizado para realizar todas las actuaciones tendientes a proteger los intereses de su representado, ...” Proponer la excepción de prescripción de la acción cambiaria en favor de su representado no implica que el curador ad litem entregue, enajene, renuncie o limite un derecho de aquél, sino más bien que asume a fondo la defensa de los intereses de la parte que debe proteger. El Tribunal menciona algunas acciones que no puede realizar el curador ad litem – transigir, conciliar, confesar - para de allí deducir que éste no puede proponer la excepción indicada. Empero estos ejemplos no se aplican a este caso, pues todos ellos se refieren a decisiones que limitan el derecho del representado sobre el bien en disputa, situación diferente a la de este proceso, donde lo que el curador ad litem pretende es que se declare que la acción ya prescribió. Afirma el Tribunal que del art. 2153 se infiere que el curador ad litem no puede proponer la excepción de prescripción de la acción. Sin embargo, la prohibición contemplada en el artículo se refiere a que ella sea declarada de oficio, no a que el curador ad litem la proponga. En un caso como el presente, el curador ad litem está llamado a representar los intereses del demandado y dentro de esa tarea cabe presentar las excepciones que favorezcan a la parte que él apodera, de acuerdo con su estrategia de defensa”.

Sin embargo, esta institución no puede contrarrestar los efectos de los institutos procesales del CPL, que se establecen a favor de la parte contraria, como son las presunciones por la inasistencia a las

ACTA DE SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR DENTRO DEL PROCESO RAMIRO MOLINA SOTO CONTRA SEGURIDAD EL FUTURO LTDA Expediente No. 2016 00441 01

diligencias procesales que consagran efectos en contra de la parte que no asiste a las mismas, y mucho menos inaplicar los efectos de las mismas que están establecidas a favor del trabajador, beneficiándose la parte contraria como por ejemplo que no permite que se efectúe la notificación personal.

Igualmente, no admitir el procedimiento supletorio de la notificación personal que establece tanto el CPC como el CGP, es establecer una diferenciación entre dos estatutos procesales con el CPL, que no regula la forma como se debe practicar la notificación personal, por lo menos respecto de personas del sector privado.

Así, el artículo 29 del CPL, señala la designación del curador ad litem para garantizar el derecho debido proceso y el derecho de defensa aun de las personas que no comparecen al proceso, por tres hipótesis que resultan beneficiando al parte empleadora y en perjuicio de la parte débil de la relación laboral, pues se termina inaplicando las presunciones que establece la ley por la inasistencia al proceso, confundiendo el carácter que ostenta el curador ad litem con la parte demandada.

Sobre el particular, el problema jurídico que se observa en el presente caso, se finca en estudiar si resulta procedente aplicar la presunción que establece el artículo 77 del CPL., por la inasistencia de la parte demandada a la audiencia de conciliación y al interrogatorio de parte.

Para el suscrito por el hecho de que la parte demandada esté representada por curador ad litem, no es óbice para la aplicación de la presunción de declaración de confesión ficta a la que puede hacerse acreedor por su falta de asistencia a la audiencia de conciliación conforme al art. 77 del CPL, pues esta norma no hace excepción alguna

Es decir, de hecho es viable concluir que es procedente la confesión ficta de quien está ausente en el proceso, pues no existe norma legal en que se establece expresamente la prohibición de su inaplicación en los casos en que se ha nombrado curador ad litem.

El nombramiento de curador ad litem se hace para que represente procesalmente a la parte que no se hace presente al proceso, pero no existe fundamento legal que establezca la exoneración como tal, de los efectos que consagra la ley a favor de la otra parte.. Es decir, de la normatividad que establece la institución de la curaduría y de las facultades concedidas a los curadores, no se desprende tal previsión de que por ello resulta inaplicable las mencionadas presunciones.

En efecto, en casos como el presente, cabe hacer una claridad y diferencia conceptual para distinguir que la figura del curador para la Litis, es diferente respecto de la misma parte demandada que ha sido llamada al proceso.

Así: el curador solo ostenta la calidad de representante judicial, mas no ostenta la calidad de la parte misma como tal, ni de representante legal, sino de su apoderado judicial de oficio..

La parte demandada, aun en casos de estar representada, por curador ad litem, debe cumplir las obligaciones procesales tales como comparecer al proceso, a la audiencia de conciliación y a absolver el interrogatorio de parte, y si se configura su inasistencia al proceso, implica las consecuencias procesales que la ley establece para la parte remisa y mal podría pensarse que la sola presencia de un curador en el proceso equivale a la presencia de la parte misma, porque este solo envuelve una representación procesal, para garantizar el derecho de defensa más no es la parte como tal sustancialmente hablando.

En efecto, se reitera, no se puede confundir al curador ad litem con la misma parte demandada, en sí misma considerada, toda vez que esta no se exonera de su obligación legal de concurrir a las diligencias.

Por ello, bien podría sostenerse que el curador es un representante judicial de la parte, solo desde el punto de vista procesal y no sustancial, es decir, no tiene funciones de representante legal de la persona demandada, sino que es un representante judicial, similar al apoderado judicial, sin poder, pero con las facultades de éste, por ministerio de la ley.

Si fuera representante legal de una persona jurídica o de una persona natural ausente, la ley no tendría por qué restringirle las facultades de recibir o disponer del derecho.

De hecho, bien dice la norma que el curador ad litem no tiene facultades para confesar, recibir o disponer del derecho, razón por la cual se deduce, precisamente, que no tiene la representación de la parte misma, en forma sustancial.

Así se desprende de lo dicho por la misma Corte Suprema de justicia:

“... Ahora bien, la curaduría para el pleito o ad litem, a que se refiere el artículo 583 del Código Civil, es especial y dativa acorde con lo dispuesto en los artículos 435 y 443 *ibidem*, y en asuntos del trabajo tiene como finalidad el dar representación a una persona que no concurre al proceso por cuanto se ignora su domicilio, o no es hallado o se impide la notificación, según lo establece el artículo 17 de la Ley 712 de 2001, que modificó el 29 del C.P.L. y de la S.S., para garantizarle que sus intereses serán defendidos; por lo tanto la persona designada, que según el citado artículo 46 del C.P.C. debe ser un abogado inscrito, está facultado para realizar todos los actos procesales no reservados a la parte misma, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio; lo cual quiere decir que sí puede efectuar todo aquello tendiente a proteger los intereses de su representado...” (Radicación NO. 34454)

Pero lo que no se puede prohijar, es dejar de aplicar las presunciones que establece la ley, por el solo hecho de que una de las partes esté representada por curador ad litem. Cuando se deban aplicar las presunciones mencionadas se aplican no en razón a que el curador ad litem asista o no a las diligencias, sino porque la parte que representa judicialmente, no comparece a dichas diligencias.

Ahora bien, se puede partir del presupuesto de que la parte demandada no compareció a dichas diligencias porque no estuvo enterada del proceso, cuestión que habrá que apreciar en cada caso, pues no se compadece que se aplique el mismo rasero, en los casos, en que se impide la notificación o no es hallado, puesto que se supone que en estos casos la demandada tiene o puede tener conocimiento del proceso, al dejársele la citación para que comparezca a notificarse personalmente, pero que no concurre por rebeldía o y se adopta un comportamiento renuente, por ejemplo cuando se impide su notificación, o no es hallado.

Nótese como el actual CGP solo establece el emplazamiento cuando la dirección no existe o la persona no reside o no trabaja en el lugar y adopta una posición diferente cuando en el lugar de destino rehusaren recibir las comunicaciones, para efectos de comunicarle la existencia del proceso, en las cuales si la empresa de servicio postal deja la constancia en esos casos se presume la entrega de dicha comunicación (numeral 4 artículo 291 del CGP)

En el presente caso, la citación para notificación del mismo se llevó a cabo en el domicilio que para efectos de notificaciones judiciales estaba registrado en la Cámara de Comercio, sin que se hubiere registrado una nueva, razón por la cual es viable concluir que actuó, ocultándose y evadiendo así las obligaciones laborales contraídas.

De prohijarse la tesis de que no pueden aplicarse las presunciones que establece la ley por la inasistencia a la audiencia de conciliación y al interrogatorio de parte de los demandados, cuando quiera que los demandados se encuentren ausentes y representados procesalmente por curadores ad litem, se tornarían inaplicables las ventajas probatorias que establece, tanto la ley procesal, como sustancial, en materia laboral, configurando un beneficio para los empleadores que asumen conductas evasivas de las obligaciones laborales, pues basta que no comparezcan al proceso para hacer nugatorias dichas presunciones, perjudicando a parte más débil, que por regla general son los trabajadores, por lo tanto, en contravía de los principios y derechos laborales.

De manera pues que resulta un contrasentido que sea más beneficioso para un empleador no asistir al proceso, que hacerlo y lo anterior en perjuicio de la parte más débil que es el trabajador quien no tiene la prueba, pues por regla general, el empleador es el que las puede facilitar.

En efecto al no comparecer a las diligencias mencionadas, habiendo sido citado o notificado en la forma subsidiaria a la notificación personalmente, en este último evento se haría acreedor de la

ACTA DE SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. LUIS ALFREDO BARON CORREDOR  
DENTRO DEL PROCESO RAMIRO MOLINA SOTO CONTRA SEGURIDAD EL FUTURO  
LTDA Expediente No. 2016 00441 01

aplicación de las antedichas presunciones, mientras que si simplemente no comparece al proceso, y se le nombra curador ad litem, se exonera de su aplicación en virtud de la tesis acogida en algunas jurisprudencias, que solo serían aplicables a ciertos casos, pero no de manera general para todos los eventos que establece el artículo 29 del CPL, pero que no comparto, toda vez que ello vulnera los principios de buena fe, lealtad procesal y deber constitucional de colaboración con la administración de justicia, sobretodo, constituyen unas conductas ilegítimas amparadas por la interpretación contraria a los principios constitucionales y legales, en dicho sentido, favoreciendo al empleador y no al trabajador, como lo manda la Constitución Nacional y la ley laboral, que establece una protección especial al trabajador que es la parte débil de la relación laboral

En el presente caso la parte demandada no compareció a la audiencia de conciliación y no justificó su inasistencia, lo que se debe declarar ciertos los hechos de la demanda, tal como lo establece el numeral 2 del inciso 6 del artículo 39 de la ley 712 de 2001.

Tampoco asistió al interrogatorio de parte lo cual de conformidad con el artículo 210 del CPC y actualmente el artículo 205 del CGP., existe confesión ficta o presunta sobre los hechos también de la demanda.

Si bien existe una sentencia de la Corte Suprema, la del 12 de septiembre de 2001 que fue dictada respecto de hechos sucedidos y valorados antes de la vigencia de la ley 712 de 2001, es decir, resulta impertinente traerla a este caso, ya que ésta en ningún momento se refiere al artículo 77 del CPL, (modificada por la ley antes mencionada) que estableció la nueva presunción de ser ciertos de los hechos, en este caso serían los hechos de la demanda, por la no comparecencia de la parte demandada a la audiencia obligatoria de conciliación, y que se establece dicha presunción sin ningún condicionamiento.

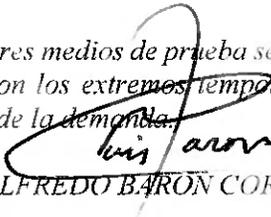
Por ello aplicando las presunciones de certeza de los hechos de la demanda, con base en las presunciones que resultaban aplicables a este caso, y establecidas en el Código procesal del trabajo y CPC, se tenían elementos probatorios para acceder a las pretensiones de la demanda, y el indicio grave por la inasistencia al interrogatorio de parte y los demás medios de prueba se tenían elementos probatorios para acceder a las pretensiones de la demanda

En síntesis en este proceso, la parte demandada no contestó la demanda, directamente, lo cual constituye un indicio grave en su contra, de conformidad con el parágrafo segundo del artículo 18 de la ley 712 de 2001, que modificó el artículo 31 del CPL. Igualmente no compareció a la audiencia de conciliación y no justificó su inasistencia, lo que se debe declarar ciertos los hechos de la demanda, tal como lo establece el numeral 2 del inciso 6 del artículo 39 de la ley 712 de 2001, que modificó el artículo 77 del CPL se presumirán ciertos los hechos de la demanda,

Tampoco asistió al interrogatorio de parte lo cual de conformidad con el el CGP., existe confesión ficta o presunta sobre los hechos también de la demanda.

*La parte demandada, aun en casos de estar representada judicialmente, por curador ad litem, debe cumplir las obligaciones procesales tales como comparecer al proceso, a la audiencia de conciliación y a absolver el interrogatorio de parte, y si se configura su inasistencia al proceso, implica las consecuencias procesales que la ley establece para la parte remisa y mal podría pensarse que la sola presencia de un curador en el proceso equivale a la presencia de la parte misma, porque este solo envuelve una representación procesal, más no sustancial.*

*Por ello considero que con los anteriores medios de prueba se debió declarar la relación laboral que se mencionó en la demanda, junto con los extremos temporales y el salario, supuestos sobre los cuales se edificaban las pretensiones de la demanda.*

  
LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA

SALA LABORAL

ACTA DE SALVAMENTO DE VOTO DENTRO DEL PROCESO DE FUERO SINDICAL DE BOGOTA D. C. - CONSEJO DE BOGOTA CONTRA JUAN JOSE VERGARA ALVAREZ

Considero en primer lugar que la regulación legal del fuero sindical tanto para el sector público como para el sector privado está regido por las normas constitucionales que regulan la materia y por el CST y CPL., por lo tanto, no existe otra regulación al respecto.

De otro lado la argumentación de la mayoría de la Sala se basó fundamentalmente en que por ser el demandado un empleado de libre nombramiento y remoción no requiere permiso para despedir y por ende no opera la prescripción de la acción.

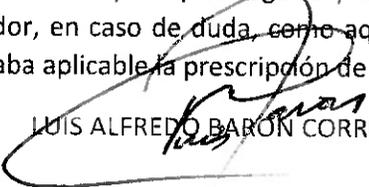
Al respecto considero que las únicas excepciones que contempla la ley para no requerir permiso para despedir son las causales que contempla el artículo 411 del CST, entre los cuales no se hallan los empleados de libre nombramiento y remoción.

Considero que en los vínculos laborales de libre nombramiento y remoción si rige la protección foral, y por ende las prerrogativas que tanto la constitución y ley establece para ellos, y solo en los casos en que exista una justa causa de las señaladas en el artículo 410 del CST, puede darse por terminado el vínculo laboral, pero previamente debe ser calificada por el juez laboral, es decir, que se requiere el trámite del proceso de fuero sindical de permiso para despedir, pues la norma establece la protección, sin miramiento a la clase de vínculo laboral pues las únicas excepciones están establecidas también en la ley. En efecto, desde el CST, original, siempre se ha regulado quienes gozan del fuero sindical, en el artículo 406, sin excluir por razón de la naturaleza del vínculo laboral

Igualmente desde antaño, se señaló claramente, quienes no gozan del fuero, en el artículo 409 y el artículo 411 ibídem, a quienes se les puede terminar el vínculo laboral, sin previa calificación judicial, y se señaló originalmente en el mencionado estatuto que no requería autorización judicial previa los contratos a) por la realización de la obra contratada, b) por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio, c) por mutuo consentimiento, por sentencia de autoridad competente, e) por retiro voluntario del trabajador

La reforma que hizo el decreto 204 de 1957, al código original, en su artículo 8, modificó las causales de no necesidad de permiso para despedir y excluyó la expiración del plazo determinado, tal como si lo traía la norma original. Entonces se concluye que tanto la normativa original del CST, como la actual, es decir, el artículo 411 señala los casos en los casos en que es procedente terminar el contrato sin previa calificación judicial y en esta no se señala la expiración del plazo pactado, en los contratos de trabajo a término determinado o fijo, como tampoco se señala a los vínculos laborales de libre nombramiento y remoción, por consiguiente la Mayoría de la Sala no podía excluir del amparo foral al actor, en estos casos, porque la voluntad del legislador ha sido diferente y varió parcialmente, ya que precisamente por una parte no incluyó a dichos vínculos dentro de los que se podían dar por terminados sin previa calificación judicial.

Tampoco el artículo 406 del CST, actual, excluye a los trabajadores con esta clase de vínculos de la protección foral y tampoco el artículo 411 los incluye como excepción al previo permiso judicial, por lo que la Sala mutuo propio tampoco podía dejar de aplicar la norma general y por ende entró a desproteger a esta clase de trabajadores con libre nombramiento y remoción, de la protección foral, contrastando con el principio que cuando la ley no distingue tampoco le es permitido hacerlo al interprete y por ello adicionalmente si se aceptara que se permite la interpretación que hizo la mayoría, debía aplicarse, conforme a principios legales y constitucionales la interpretación más favorable a favor del trabajador, en caso de duda, como aquí se presenta y aplicar la protección foral. Por ello también resultaba aplicable la prescripción de la acción en estos casos

  
LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

**Tribunal Superior Del Distrito Judicial**  
**Bogotá D. C.**

**SALA LABORAL**

**Magistrado Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**

1

**PROCESO ORDINARIO:**

**DE: GERARDO TATAR RODRIGUEZ ONTRA: COLPENSIONES**

Me permito presentar las razones por las cuales salvo mi voto en este proceso.

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.

Por ende se hace necesario establecer si en efecto, existió un traslado de régimen.

Al respecto, se tiene que según la historia laboral del demandante se encuentra demostrado que la parte demandante cotizo al ISS desde el 25 de marzo de 1974 hasta el 30 de junio de 1985 y que el 28 de febrero 1995 se afilió a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S A Fl 22, sociedad que actualmente administra los aportes a pensión de la parte actora. Deduciéndose que para el 1 de abril de 1994, no era afiliado activo al ISS, ni cotizo al ISS desde 1985 por lo tanto se deduce que en vigencia de la ley 100 de 1993 su primera escogencia de régimen lo fue a un fondo privado.

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 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.***

Conforme a ello, **es claro que cuando empezó a regir el sistema general de pensiones el 1° de abril de 1994 con sus dos regímenes**, no puede decirse que la parte actora había seleccionado uno de ellos, habida cuenta que, 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 **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**, 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 1° 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 1° 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 1° 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 sí 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.*

*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 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

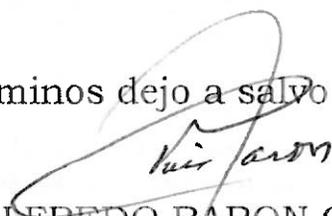
retiro. En esa medida, su voluntad de elegir entre uno u otro régimen, se produjo y materializó posteriormente en enero de 1995, cuando se vinculó nuevamente al ISS, después de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

Dicho de otra manera, la selección de régimen pensional, a que se refiere el artículo 13 Ley 100 de 1993, no puede tenerse efectuada en julio de 1977 cuando el demandante registra la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, esto es, cuando ingresó por primera vez al sistema, pues tal actuación se realizó con 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.”

Argumentación que acoge el suscrito para este caso, por ser un caso similar.

En los anteriores términos dejo a salvo mi voto



LUIS ALFREDO BARON CORREDOR  
Magistrado