El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia del 12 de agosto de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-005-2016-00160-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Carlos Abiecer Vélez Bedoya

Demandado: Protección S.A. y otra

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

 Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda

**TEMAS: NULIDAD DE TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL / CONSULTA / PROCEDE A FAVOR DE COLPENSIONES AUNQUE LA SENTENCIA NO LE IMPONGA CONDENAS ECONÓMICAS / COSTAS PROCESALES / DEBEN IMPONERSE A LA PARTE VENCIDA EN EL JUICIO / CRITERIO OBJETIVO / NO INCIDE EN LA CONDENA SI EL VENCIDO SE OPUSO O NO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / NULIDAD DE LA FIRMA EN EL FORMULARIO DE TRASLADO.**

Ha sido criterio de la Sala Mayoritaria, en cuanto a las sentencias adversas a Colpensiones en las que tan solo se impone la obligación de facilitar o autorizar el traslado del afiliado desde el Régimen de Ahorro Individual, sin condena alguna de carácter patrimonial, que la consulta ordenada por el inciso 3º ibídem se tornaba improcedente, concordante con lo expuesto en la sentencia de tutela STL 4126-2013 del 26 de noviembre de 2013 de la Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia…

No obstante lo anterior, efectuado un análisis armónico entre el asunto y la sentencia en cita, en la que se precisó: “De lo expuesto es evidente que las diversas normas plantean que en el marco del régimen de prima media la Nación si garantiza el pago de las pensiones, de forma que es admisible considerar que se surta la consulta, en la medida en que, en últimas lo que se protege con dicho grado jurisdiccional, es el interés público, que está implícito en las eventuales condenas por las que el Estado respondería”, puede aludirse sin lugar a mayores disquisiciones que en este evento debe surtirse el grado jurisdiccional señalado. (…)

Las costas procesales constituyen el conjunto de gastos en que incurren las partes extremas de una relación procesal para obtener la declaración judicial de un derecho. (…)

A propósito del tema, se tiene previsto en el artículo 365 del C.G.P., en lo que interesa al recurso impetrado, que “en los procesos y en las actuaciones posteriores a aquéllos en que haya controversia (…) se condenará en costas procesales a la parte vencida en el proceso”. (…)

… se desprende de dicha norma, que la sanción procesal está condicionada a la existencia de controversia entre las partes, es decir, solo es viable cuando las partes enfrentadas hubieren asumido posiciones antagónicas o dialécticas frente a los hechos y derechos planteados por su contraparte. (…)

Finalmente, cabe recordar que nuestra legislación procesal adopta un criterio objetivo en lo relativo a la condena en costas, tal como lo ha advertido en múltiples sentencias la Corte Constitucional. En una de tantas, la C-480 de 1995, manifestó la Corte: “se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso independientemente de las causas del vencimiento. No entra el juez, por consiguiente, a examinar si hubo o no culpa en quien promovió el proceso, recurso o incidente, o se opuso a él, y resultó vencido”. (…)

… obra el dictamen pericial en el que se concluyó que las grafías impuestas en el formulario de traslado no corresponden a las que efectivamente realiza el señor Carlos Abiecer Vélez Bedoya en sus actos públicos y privados, sino a una suplantación en la firma del documento… experticia que es sólida, clara, detallada en cuanto a los métodos utilizados y precisa conforme lo dispone el artículo 232 del C.G.P., además de ser el perito idóneo para emitir el concepto mencionado y del que se desprende que nunca existió una voluntad del demandante en trasladarse al RAIS, pues nótese que al no estar su firma plasmada en el documento en mención el acto jurídico “traslado de régimen” nunca surgió a la vida jurídica, por ende ningún efecto puede producir entre las partes.

Así las cosas, al no darse los elementos de existencia del acto jurídico, el traslado acaecido no produce efectos para el demandante debiéndose tener como única fecha de afiliación al sistema el 13-06-1985 ante el régimen de prima media con prestación definida, como se dispuso en primer nivel.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTORA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

El artículo 69 del estatuto procesal laboral que impone el deber de tramitar la consulta de “las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante”.

No es necesario profundizar mucho en el análisis del punto para concluir que la garantía que brinda a las mencionadas entidades el grado jurisdiccional de consulta está reservada para cuando la sentencia adversa a las mismas implique una obligación de carácter económico.

Basta repasar algunas de las consideraciones expuestas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la providencia mediante la cual revaluó el precedente que tenía acerca de la improcedencia de la consulta en tales casos (sentencia de tutela de fecha 26 de noviembre de 2013, Magistrada Ponente Elsy del Pilar Cuello Calderón), para advertir con claridad la certeza de lo sostenido en el párrafo precedente…

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Con fundamento exclusivo en que el dictamen grafológico concluyó que la firma puesta en el formulario de afiliación no corresponde a la que el actor utiliza en todos sus actos, se decretó la nulidad del traslado de régimen realizado por el actor en el año 2003.

Tal decisión a mi juicio olvidó que el formulario de traslado no es una prueba solemne, y que el cumplimiento de las obligaciones de tracto sucesivo que la afiliación conlleva (pago de aportes), sirven para determinar la existencia de consentimiento por parte del afiliado.

En este asunto bastaba revisar la historia de cotizaciones aportada por Protección S.A. (folios 72 a 76) para darse cuenta de que, si bien la firma que obra en el formulario, según grafología no es la del actor, lo cierto es que ello no permite concluir que él tuvo la voluntad de afiliarse a ese régimen y a través de diferentes empleadores realizar los aportes al sistema.

#### **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

#### **SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Agosto 12 de 2019)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 9:00 a.m. de hoy, lunes, 12 de agosto de 2019, la Sala de Decisión Laboral No. 1º del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia instaurado por **CARLOS ABIECER VÉLEZ BEDOYA** en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** **PROTECCIÓN S.A.** (en adelante **PROTECCIÓN S.A.**)y de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** (en adelante **COLPENSIONES**).

Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda**

**IV- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Revisadas nuevamente las presentes actuaciones, se encuentra necesario analizar la procedencia del grado jurisdiccional de consulta contemplado por el inciso 3º del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, respecto de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme con lo dispuesto en el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y previo a celebrar la audiencia prevista en la precitada norma, visto que la sentencia emitida en este proceso del 27 de junio de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de la ciudad fue desfavorable a los intereses de esa entidad.

Ha sido criterio de la Sala Mayoritaria, en cuanto a las sentencias adversas a Colpensiones en las que tan solo se impone la obligación de facilitar o autorizar el traslado del afiliado desde el Régimen de Ahorro Individual, sin condena alguna de carácter patrimonial, que la consulta ordenada por el inciso 3º ibídem se tornaba improcedente, concordante con lo expuesto en la sentencia de tutela STL 4126-2013 del 26 de noviembre de 2013 de la Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Magistrada Ponente Elsy del Pilar Cuello Calderón, Radicación N° 34552, en la que ese órgano revaluó el precedente frente a tales casos.

No obstante lo anterior, efectuado un análisis armónico entre el asunto y la sentencia en cita, en la que se precisó: “De lo expuesto es evidente que las diversas normas plantean que en el marco del régimen de prima media la Nación si garantiza el pago de las pensiones, de forma que es admisible considerar que se surta la consulta, en la medida en que, en últimas lo que se protege con dicho grado jurisdiccional, es el interés público, que está implícito en las eventuales condenas por las que el Estado respondería”, puede aludirse sin lugar a mayores disquisiciones que en este evento debe surtirse el grado jurisdiccional señalado.

Lo anterior, visto que la “eventual” condena por la que habría de responder el estado como garante de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, no se circunscribe a las obligaciones dinerarias inmediatas del fallo proferido. Contrario sensu, la sentencia que declara la ineficacia del traslado del Régimen de Ahorro Individual eventualmente acarrearía el reconocimiento de un derecho pensional o indemnizatorio y por ende de carácter patrimonial, contexto en el que debe salvaguardarse el “interés público” como el fin último de la consulta.

Así las cosas, además del recurso de apelación admitido mediante proveído del 30 de julio de 2018 (f. 4), se procederá a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

**Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la s.s., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**SENTENCIA**

Escuchados los alegatos, procede la Sala a resolver el recurso de apelación promovido por la codemandada PROTECCIÓN S.A.en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el pasado 27 de junio de 2018, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad.

**PROBLEMA JURIDICO**

El problema jurídico en este asunto se contrae a determinar las consecuencias jurídicas de la nulidad declarada, con miras a verificar si COLPENSIONES estaría obligada a recibir como afiliado al demandante, y en lo que atañe al recurso de apelación, la Sala verificará si hay lugar a imponer condena en costas procesales a la codemandada PROTECCIÓN S.A., pese a que no se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra.

**I – ANTECEDENTES**

Pretende el demandante, básicamente,que se declare nula su afiliación al Fondo de Pensiones **PROTECCIÓN S.A.**, por cuanto nunca firmó autorización ni formulario con tal propósito, pide, en consecuencia, que igualmente se declare que, para efectos pensionales, continua válidamente afiliado INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – hoy COLPENSIONES, en el régimen de prima media con prestación definida, al que pertenecía antes de la viciada afiliación al RAIS.

Aduce, para el efecto, que cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (antiguo ISS, hoy **COLPENSIONES**), del 13 de junio de 1985 al 30 de junio de 2003, un total de 642,71 semanas.

Agrega que, según certificación de PROTECCIÓN S.A., se encuentra afiliado a dicho fondo de pensiones desde el 31 de marzo de 2003, pese a que la firma que aparece en el formulario de afiliación, cuyo original se conserva en archivos de la AFP, no corresponde a la suya.

En respuesta a la demanda, la AFP demandada, PROTECCIÓN S.A., aceptó que le entregó al demandante copia simple del formulario a través del cual este se vinculó al Fondo de Pensiones y Cesantías Santander S.A. –hoy PROTECCIÓN S.A.- y que no le consta que la firma contenida en dicho formulario sea la del demandante, aspecto que deberá ser definido por el juez de la causa, de acuerdo con el resultado del respectivo dictamen pericial.

Aparte de lo anterior, no acepta que se le haya negado al demandante su retorno al ISS, aclarando que la AFP simplemente le advirtió la imposibilidad de anular de forma unilateral su afiliación al RAIS, pues para ello era necesario que radicara la correspondiente denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que fuera la justicia penal quien declarara si existió o no delito de falsedad en documento privado, y ahí sí, de acuerdo con dicha decisión, proceder a anular el traslado.

Seguidamente manifiesta que no se opone a la prosperidad de las pretensiones principales de la demanda, en la medida en que se demuestre que efectivamente la firma que reposa en el formulario de afiliación a la AFP SANTANDER PENSIONES Y CESANTÍAS no es la del demandante, en razón de lo cual se opone a una eventual condena en costas, teniendo en cuenta que la AFP no puede anular de manera unilateral una afiliación al RAIS, toda vez que para ello debe contar con una declaración judicial.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, por su parte, manifiesta que no le consta ninguno de los hechos alegados en la demanda y se opone a las pretensiones incoadas en su contra, puesto que la selección de uno cualquiera de los regímenes existentes es única y exclusiva del afiliado y se presume libre y voluntaria hasta que se demuestre lo contrario.

**II - SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con apoyo en los resultados del dictamen pericial grafológico solicitado por la parte actora, la *a-quo* accedió a la nulidad del traslado requerida y en consecuencia declaró que el señor CARLOS ABIECER VÉLEZ BEDOYA seguía afiliado sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en razón de lo cual le ordenó a COLPENSIONES “recibirlo” sin dilaciones como su afiliado. Asimismo, condenó en costas procesales a la AFP PROTECCIÓN, las cuales se tasaron en un 80%, y ordenó compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para que se investigue la posible comisión del delito de falsedad en documento privado, en los términos del artículo 289 del C.P.

**III – RECURSO DE ALZADA**

Contra la anterior decisión promueve recurso de apelación la codemandada **PROTECCIÓN S.A.**, solicitando, en síntesis, que se revoque la condena en costas procesales, como quiera la AFP condenada jamás se opuso a la prosperidad de las pretensiones, a las cuales no podría haber accedido directamente, pues primero se requería que una autoridad judicial estableciera la falsedad material del documento de afiliación del actor al RAIS, como en este caso se hizo.

**IV – CONSIDERACIONES**

**4.1. CARÁCTER CONDICIONAL DE LAS COSTAS PROCESALES**

Las costas procesales constituyen el conjunto de gastos en que incurren las partes extremas de una relación procesal para obtener la declaración judicial de un derecho, esto es, los costos que aquellas deben sufragar en el curso de un proceso judicial, y que se conforman por las expensas y las agencias en derecho, según lo previsto en el artículo 361 del C.G.P. Siguiendo esa línea, conviene precisar que por expensas se reconocen las erogaciones a que una parte se ve avocada en aras de adelantar determinada gestión judicial, como son, entre otras, el valor de las notificaciones, los honorarios de los auxiliares de la justicia, los impuestos de timbre, el valor de las copias, registros, pólizas, etc.; mientras que las agencias en derecho corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce a favor de la parte vencedora y a cargo de la parte vencida, atendiendo los criterios sentados en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P. y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado[[1]](#footnote-1).

A propósito del tema, se tiene previsto en el artículo 365 del C.G.P., en lo que interesa al recurso impetrado, que “*en los procesos y en las actuaciones posteriores a aquéllos en que haya controversia (…) se condenará en costas procesales a la parte vencida en el proceso”.* De ello resulta lógico predicar, como regla general, que al finalizar el proceso el juez de la causa debe fulminar condena en costas a la parte vencida, no sólo porque su imposición nace del ejercicio propio del derecho, sino porque negar su reconocimiento implicaría que se gravara a la parte vencedora con los costos del trámite procesal, cuando la lógica indica que ese resarcimiento debe estar a cargo del vencido.

Aparte de lo anterior, se desprende de dicha norma, que la sanción procesal está condicionada a la existencia de controversia entre las partes, es decir, solo es viable cuando las partes enfrentadas hubieren asumido posiciones antagónicas o dialécticas frente a los hechos y derechos planteados por su contraparte. Dicho de otra forma, la sanción solo tiene lugar en litigios de naturaleza contenciosa o adversarial, esto es, en procesos cuyo propósito sea la obtención de un pronunciamiento que dirima un conflicto suscitado entre dos personas que revisten la calidad de partes.

Es del caso subrayar, igualmente, que mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, el demandado tiene la posibilidad de eliminar la controversia frente a puntos jurídicos o factuales plantados por su contraparte, para lo cual debe allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda reconociendo sus fundamentos de hecho, caso en el cual se procederá a dictar sentencia de conformidad con lo pedido, sin que haya lugar a costas procesales, por cuanto estas solo proceden en procesos en que haya controversia, conforme a lo previsto en el artículo 98 del C.G.P., en armonía con lo dispuesto en el ya mencionado 365 de la misma obra legal.

Finalmente, cabe recordar que nuestra legislación procesal adopta un criterio objetivo en lo relativo a la condena en costas, tal como lo ha advertido en múltiples sentencias la Corte Constitucional. En una de tantas, la C-480 de 1995, manifestó la Corte: *“se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso independientemente de las causas del vencimiento. No entra el juez, por consiguiente, a examinar si hubo o no culpa en quien promovió el proceso, recurso o incidente, o se opuso a él, y resultó vencido”.*

La condena en costas, en consecuencia, no implica necesariamente que la parte vencida haya incurrido en una conducta contraria al derecho, temeraria o de mala fe. Para entender la diferencia, basta recordar que el artículo 80 del C.G.P. (Ley 1565 2012), establece que cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes. Y agrega que la condena, cuando aparezca probada tal conducta, se impondrá sin perjuicio de las costas a que haya lugar.

En síntesis: quien pierde el proceso, incidente o recurso, debe ser condenado en costas. Pero sólo quien ha obrado en forma contraria al derecho, de manera temeraria o con mala fe, debe ser condenado al pago de los perjuicios que haya causado, como atrás se explicó. Ello así, puede afirmarse, finalmente, que la condena en costas al vencido, es la sanción al abuso del derecho de litigar, que se presume en el vencido.

**4.2. CASO CONCRETO**

 Es del caso subrayar que antes del inicio del presente proceso, el demandante cuestionó ante la AFP demandada la autoría de la firma que aparece en el formulario de su afiliación al RAIS, y recibió respuesta en el siguiente sentido: *“(…) le comunicamos que PROTECCIÓN ni ninguna otra administradora tiene competencia para anular su vinculación, pues este procedimiento supone una declaración de la justicia penal para que deje sin efectos un documento amparado por la presunción de legalidad, razón por la cual no le es dable a esta administradora anticiparse en ningún sentido a dicha definición legal* (Fl. 68, comunicado del 17 de febrero de 2016)*”*

 Al respecto encuentra esta Sala que le cabe parcialmente la razón a la entidad demandada, pues ciertamente la AFP no tiene competencia para anular unilateralmente la vinculación del actor al RAIS, toda vez que ello supone, como es obvio, restituir las cosas a su estado anterior, es decir, a como estaban antes de que hubiera existido el acto o contrato declarado nulo. En otras palabras, en virtud de tal nulidad, recobraría vigencia la última vinculación efectuada dentro de los parámetros legales por el actor. Una decisión en tal sentido, como puede verse, hubiese tenido implicaciones directas para COLPENSIONES, que es el último fondo al que estuvo afiliado el actor antes de su fallido traslado a PROTECCIÓN S.A., y es bien sabido que los actos unilaterales de los particulares y los contratos celebrados entre estos no tienen la virtualidad de producir efectos jurídicos frente a terceros que no los hubieren consentido expresamente.

Pese a lo anterior, la AFP tenía la obligación de activar el sistema de control de multiafiliación previsto en el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, sin perjuicio de la facultad de la Superintendencia Bancaria para dirimir, en casos especiales, los conflictos que se originen por causa de irregularidades en la vinculación, para que fueran ambas administradora quienes definieran de manera conjunta a qué régimen pensional se encontraba válidamente vinculado el actor.

A propósito de lo anterior, se tiene previsto en el Decreto 3995 de 2008, bajo el título de “situaciones especiales de múltiple vinculación”, que en el *“evento en que resultaren casos de múltiple vinculación que no puedan resolverse conforme a las reglas del artículo 2° del presente Decreto, las respectivas entidades, darán aplicación a los criterios contenidos en las instrucciones generales impartidas por la Superintendencia Financiera y de no resolverse dichas situaciones por esta vía, las entidades las pondrán en conocimiento de la Superintendencia, para que establezca criterios de carácter general para su definición, y pueda proceder de conformidad con el artículo 17 del Decreto 692 de 1994”.*

Ahora bien, se podría anteponer al anterior argumento que la situación del actor no configura, en estricto rigor, un caso de múltiple vinculación, pues su afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** se debía considerar válida bajo los postulados de la buena fe, dado que, a la luz del artículo 36 de la Ley 19 de 2012, se presume que las firmas son de las persona a quienes se les atribuye; sin embargo, ante tal argumento, no puede perderse de vista que en el mismo artículo se prevé que tal presunción se desestimará si la persona de la cual se dice pertenece la firma la tacha de falsa o si mediante métodos tecnológicos debidamente probados se determina la falsedad de la misma. Ello así, al negar la autoría de la firma impuesta en el formulario de afiliación, el actor le propuso un conflicto de multivinculación a la AFP PROTECCIÓN, pues la vinculación al RAIS requiere, como es obvio, el consentimiento del afiliado, y en este caso el afiliado asegura que lo no lo dio.

Todo lo anterior para denotar que el proceso judicial no era estrictamente necesario en este caso, como equivocadamente lo asegura la parte apelante, pues la AFP bien pudo darle trámite directo a la solicitud, involucrando en una decisión conjunta a COLPENSIONES o remitiendo el caso a la Superintendencia Bancaria para que estableciera el procedimiento a través del cual se estableciera administrativamente a qué régimen pensional se encontraba válidamente vinculado el actor, como se acaba de explicar.

Consecuencia de lo anterior, se confirmará la decisión de imponer las costas procesales de primera instancia a la codemandada PROTECCIÓN S.A. y se impondrá el pago de las costas de esta instancia a la misma codemandada. Liquídense por el juzgado de origen.

**4.3. Grado jurisdiccional de consulta**

En atención al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se hace las siguientes precisiones:

Conforme el artículo 1502 del C.C. dado que para que una persona se obligue con otra debe concurrir la capacidad, declaración de voluntad exenta de vicios, causa y objeto licito. Cualquier irregularidad respecto de esos elementos característicos de la existencia del acto jurídico genera una nulidad absoluta o relativa según el caso, pero cuando la falta se predica respecto de la voluntad para contraer el tipo de acto se estaría hablando de una inexistencia, es decir, el negocio nunca nace a la vida jurídica, lo que conduciría a volver las cosas al estado en que se encontraban antes del acto*[[2]](#footnote-2)*.

Bien. Del material probatorio arrimado al expediente se observa que el demandante estuvo afiliado al RPM a partir del 13-06-1985 (fls. 97 y ss, cdno 1) y que el 31-03-2003 fue trasladado al Fondo Obligatorio de Pensiones y Cesantías de Santander hoy Protección S.A. (fl. 23, cdno 1), que elevó petición ante la demandada para la nulidad del traslado del RPM al RAIS, por no corresponder su firma a la impuesta en el formulario de afiliación al RAIS, la cual fue negada (fls. 14 y ss, cdno 1).

Asimismo, obra el dictamen pericial en el que se concluyó que las grafías impuestas en el formulario de traslado no corresponden a las que efectivamente realiza el señor Carlos Abiecer Vélez Bedoya en sus actos públicos y privados, sino a una suplantación en la firma del documento (fls. 151 y ss, cdno 1); experticia que es sólida, clara, detallada en cuanto a los métodos utilizados y precisa conforme lo dispone el artículo 232 del C.G.P., además de ser el perito idóneo para emitir el concepto mencionado y del que se desprende que nunca existió una voluntad del demandante en trasladarse al RAIS, pues nótese que al no estar su firma plasmada en el documento en mención el acto jurídico “traslado de régimen” nunca surgió a la vida jurídica, por ende ningún efecto puede producir entre las partes.

Así las cosas, al no darse los elementos de existencia del acto jurídico, el traslado acaecido no produce efectos para el demandante debiéndose tener como única fecha de afiliación al sistema el 13-06-1985 ante el régimen de prima media con prestación definida, como se dispuso en primer nivel.

Ahora bien, se advierte en grado jurisdiccional de consulta, que la jueza de primera instancia omitió pronunciarse respecto al traslado de la cuota de administración a COLPENSIONES, razón por la cual se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de advertir a la AFP PROTECCIÓN le corresponderá trasladar a **COLPENSIONES**los valores correspondientes a las cotizaciones y rendimientos financieros pertenecientes a la cuenta de ahorro individual del demandante, además de los gastos de administración debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el periodo en el que la parte actora permaneció afiliada a esa administradora, tal como en otros casos similares lo ha ordenado la Sala de Decisión Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Consecuencia de lo anterior, se confirmará la decisión de imponer las costas procesales de primera instancia a la codemandada PROTECCIÓN S.A. y se impondrá el pago de las costas de esta instancia a la misma codemandada, como atrás se indicó, y se adicionará el fallo en los anteriores términos. Liquídense las costas por el juzgado de origen.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA (RISARALDA)**, **SALA LABORAL**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: ADICIONAR** la condena impuesta en primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, que traslade a **COLPENSIONES**los valores correspondientes a las cotizaciones y rendimientos financieros pertenecientes a la cuenta de ahorro individual del demandante, además de los gastos de administración debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el periodo en el que la parte actora permaneció afiliada a esa administradora.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia de la referencia.

**TERCERO: CONDENAR** en costas procesales de segunda instancia a la codemandada **PROTECCIÓN S.A.** y a favor de la parte actora.

**NOTIFICACIÓN SURTIDA EN ESTRADOS**

La Magistrada ponente,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Salva voto respecto al auto que se profirió en audiencia

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPULVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

 Salva voto

Providencia: Sentencia del 12 de agosto de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-005-2016-00160-01

Proceso: Acción de tutela

Accionante: Carlos Abiecer Vélez Bedoya

Accionado: Protección S.A. y Colpensiones

Magistrada ponente: Ana Lucía Caicedo Calderón

Magistrada que salva: Ana Lucía Caicedo Calderón

**SALVAMENTO DE VOTO**

Frente a la determinación tomada por las mayorías en curso de la audiencia de segunda instancia, por medio de la cual se ordenó que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, me permito salvar el voto con base en los siguientes argumentos:

El artículo 69 del estatuto procesal laboral que impone el deber de tramitar la consulta de *“las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a* ***aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante****”.*

No es necesario profundizar mucho en el análisis del punto para concluir que la garantía que brinda a las mencionadas entidades el grado jurisdiccional de consulta está reservada para cuando la sentencia adversa a las mismas implique una obligación de carácter económico.

Basta repasar algunas de las consideraciones expuestas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la providencia mediante la cual revaluó el precedente que tenía acerca de la improcedencia de la consulta en tales casos (sentencia de tutela de fecha 26 de noviembre de 2013, Magistrada Ponente Elsy del Pilar Cuello Calderón), para advertir con claridad la certeza de lo sostenido en el párrafo precedente:

*“La Ley 100 de 1993 instituyó en materia pensional, dos regímenes coexistentes pero excluyentes, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad; frente al primero que es el que aquí interesa, en la medida en que se encuentra administrado por una entidad descentralizada del orden nacional,* ***el artículo 32 ibídem contempló en el literal c) que “El Estado garantiza el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados”; por su parte el 138 siguiente es como sigue: “Garantía estatal en el régimen de prima media con prestación definida. El Estado responderá por obligaciones del ISS para con sus afiliados al régimen de prima media con prestación definida cuando los ingresos y las reservas de dicha entidad se agotasen, siempre que se hubieren cobrado las cotizaciones en los términos de esta ley”****, aspecto que está desarrollado en el texto íntegro del* ***Decreto 1071 de 1995****, en el que se explica la trascendencia de la garantía estatal y se acota que* ***“se entenderá que la Nación asume tales obligaciones, cuando la sumatoria de las reservas registradas en los estados financieros de pensiones para vejez, invalidez y sobrevivencia no permitan atender en condiciones normales el pago de una cualquiera de dichas obligaciones pensionales…”****, estas disposiciones fueron estudiadas por el Consejo de Estado, en providencia de 11 de julio de 1996, expediente 3904 en la que se consideró que:*

*“****Del texto de los artículos 1 y 2 del Dcto. 1071 /95 se infiere que el Estado se compromete a responder por las obligaciones a cargo del Instituto de Seguros Sociales a favor de los afiliados al régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando dicho Instituto no disponga de medios suficientes para ello, es decir, cuando la sumatoria de las reservas registradas en los estados financieros de pensiones no permitan atender en condiciones normales el pago de una cualquiera de dichas obligaciones****…”.*

*“Con lo anterior surge inequívoco que, en efecto,* ***el Estado es el convocado a garantizar dichas obligaciones, e incluso el 137 del mismo Estatuto de la Seguridad Social refiere que asume el pago de las prestaciones del ISS*** *y de la Caja Nacional de Previsión y de otras cajas o fondos del sector público, sustituidos por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional,* ***con la salvedad de que se “agotasen las reservas constituidas para el efecto y solo por el monto de dicho faltante”****.*

*“Por su parte el* ***artículo 7º del Decreto 692 de 1994*** *indica que “en el régimen solidario de prima media con prestación definida,* ***el Estado garantiza el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados****, en el evento en que los ingresos y las reservas del Instituto de Seguros Sociales se agoten y ésta entidad haya cobrado las cotizaciones en los términos de la Ley 100 de 1993”, y lo propio debe decirse de los artículos del 5 y 6 del Decreto 832 de 1996. (…)*

*“De lo expuesto es evidente que* ***las diversas normas plantean que en el marco del régimen de prima media la Nación si garantiza el pago de las pensiones****, de forma que es admisible considerar que se surta la consulta, en la medida en que, en últimas lo que se protege con dicho grado jurisdiccional, es el interés público, que está implícito en las eventuales condenas por las que el Estado respondería”.*

Lo transcrito me releva de entrar en disquisiciones adicionales para sustentar que, en verdad, no todas las sentencias adversas a Colpensiones deben someterse a la consulta ordenada por el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, pues sólo han de ser aquellas que impliquen eventualmente para el Estado la obligación de asumir el pago de una prestación derivada del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

En el presente caso es evidente que la obligación impuesta a la entidad administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida es eminentemente ‘de hacer’ y no se traduce en la imposición de ninguna carga de carácter patrimonial, pues como quedó referido consiste esencialmente en activar la afiliación de la señor Vélez Bedoya y corregir su historia laboral, una vez haya recibido los saldos que reposaban en su cuenta de ahorro individual.

 En estos términos sustento mi salvamento de voto.

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada

Radicación Nro: 66001-31-05-005-2016-00160-01

Demandante: Carlos Abiecer Vélez Bedoya

Demandado: Colpensiones y la AFP Protección S.A.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**Agosto 12 de 2019**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con el respeto que corresponde, me aparto de la decisión acogida por los demás integrantes de Sala, por las siguientes razones:

Con fundamento exclusivo en que el dictamen grafológico concluyó que la firma puesta en el formulario de afiliación no corresponde a la que el actor utiliza en todos sus actos, se decretó la nulidad del traslado de régimen realizado por el actor en el año 2003.

Tal decisión a mi juicio olvidó que el formulario de traslado no es una prueba solemne, y que el cumplimiento de las obligaciones de tracto sucesivo que la afiliación conlleva (pago de aportes), sirven para determinar la existencia de consentimiento por parte del afiliado.

En este asunto bastaba revisar la historia de cotizaciones aportada por Protección S.A. (folios 72 a 76) para darse cuenta de que, si bien la firma que obra en el formulario, según grafología no es la del actor, lo cierto es que ello no permite concluir que él tuvo la voluntad de afiliarse a ese régimen y a través de diferentes empleadores realizar los aportes al sistema.

En efecto, ¿cómo explicar que, sin voluntad, con total engaño, ¡a sus espaldas! –porque la firma del formulario de traslado no es la del actor– éste, luego de finalizada la relación laboral en la que se surtió el traslado, al volverse a vincular laboralmente en febrero de 2008, por medio de su nuevo empleador (Buitrago Taborda) empieza a hacer las cotizaciones en Protección S.A., y al concluir esta relación laboral, la próxima –en enero de 2009-, con Serna Uribe como empleador, continúa haciendo aportes a esa AFP?; pero más contundente aun, ¿cómo puede ser, que sin haber querido nunca pertenecer al RAIS, el actor a partir de mayo de 2007 cotice como independiente para la AFP Protección, con la que supuestamente nunca celebró afiliación?

La conclusión, me parece clara, el demandante si se trasladó voluntariamente al RAIS, solo que, en su momento no suscribió por sí mismo el formulario, pero su voluntad de permanencia y el cumplimiento de las cotizaciones, demuestran su consentimiento.

Y no obstante lo anterior y que en materia laboral opera el principio de la realidad sobre las formalidades, acá se optó por sostener que la falta de coincidencia de la firma obrante en el formulario con la que el actor utiliza en sus negocios, era razón definitiva para acceder a la declaración de la nulidad, sin analizar las demás pruebas obrantes en el expediente.

Por este camino se obvió el estudio de los siguientes puntos que de haberse tenido en cuenta habrían dado al traste con las pretensiones de la demanda.

1. **RAZÓN DE SER DE LA LIMITACIÓN DE TRASLADO CUANDO FALTEN MENOS DE 10 AÑOS. SENTENCIA C-1024 DE 2004**

Para garantizar la abierta competencia entre regímenes, la ley estableció la posibilidad de trasladarse libremente entre ellos, limitándola en la etapa final de la adquisición del derecho –inicialmente 5 años y posteriormente 10-.

Al analizar esa limitación la Corte Constitucional fue clara en explicar que **para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de prima media** es necesario que los aportes de los afiliados estén a su disposición, de manera tal que se permita que la administradora haga las inversiones necesarias para obtener altas tasas de rentabilidad. En efecto se dijo en la sentencia C-1024 de 2004 que:

“Desde esta perspectiva, el *objetivo*perseguido con el señalamiento del  período de carencia en la norma acusada, **consiste en evitar la *descapitalización* del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida**, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al *fondo común* y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, **a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes**. No sobra mencionar en este punto, que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema y que, en ese orden de ideas, su falta de ajuste con la realidad económica del país, simplemente **podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados**.

Así las cosas, el período de carencia o de permanencia obligatoria, permite, en general, una menor tasa de cotización o restringe la urgencia de su incremento, al compensar esta necesidad por el mayor tiempo que la persona permanecerá afiliado a un régimen, sin generar los desgastes administrativos derivados de un traslado frecuente y garantizando una mayor utilidad financiera de las inversiones, puesto que éstas pueden realizarse a un largo plazo y, por ello, hacer presumir una creciente rentabilidad del portafolio conformado por la mutualidad del fondo común que financia las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. **Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional**, cuyo propósito consiste en: *´obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar ‘el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior´*.”

Por otra parte, el período de permanencia previsto en la ley, de igual manera permite defender la *equidad* en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues como previamente se expuso, se aparta del valor material de la justicia que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad a partir de los rendimientos producidos por la administración de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiados del riesgo asumido por otros (C.P. preámbulo y art. 1°), o eventualmente, subsidiados a costa de los recursos ahorrados con fundamento en el aporte obligatorio que deben realizar los afiliados al Régimen de Ahorro Individual[[7]](http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-1024-04.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn7%22%20%5Co%20%22), para garantizar el pago de la garantía de la pensión mínima de vejez cuando no alcanzan el monto de capitalización requerida[[8]](http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-1024-04.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn8%22%20%5Co%20%22), poniendo en riesgo la cobertura universal del sistema para los ahorradores de cuentas individuales.

La *validez* de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48).

Permitir entonces, la declaración de ineficacia de traslados de personas que, sin pertenecer al régimen de transición, han estado largos años en el RAIS y a última hora perciben que, gracias a los subsidios del Régimen de Prima Media, su pensión podría ser superior en este a la que obtendrían en aquel, no solo es desconocer que la coexistencia de regímenes implica que ninguno de los dos es mejor o peor que el otro, sino también cohonestar con que algunas personas obtengan beneficios que no les corresponden y que se derivan de esfuerzos en los que no participaron, y cuyo otorgamiento –dada esa circunstancia- **puede llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados que si lo hicieron.**

**No resulta aceptable, bajo ninguna circunstancia que a pesar de existir esta limitación temporal expresa en la ley, que encuentra la explicación que atrás se acaba de dar, la jurisdicción, por el dudoso camino de insistir en una supuesta ineficacia del acto jurídico de la afiliación, vuelva ilimitado en el tiempo la posibilidad de retorno al régimen que a última hora mejor resulte a los intereses actuales del solicitante**. Y se afirma lo anterior porque la ineficacia a diferencia de la nulidad no tiene un tiempo que otorgue firmeza jurídica al acto, entonces bajo su amparo, el interesado, cuando ya potencialmente ha estado cobijado durante largos años por los beneficios del RAIS, a última hora, con pleno conocimiento de que su pensión en el RPM resulta de mayor cuantía, busca su retorno a este sistema en el que poco colaboró con sus aportes oportunos.

La claridad de este crucial punto deja en evidencia la inadmisible carga que representaría para Colpensiones la autorización de traslados de personas que ya para pensionarse buscan beneficiarse de los subsidios que otorga el régimen de prima media, de allí que resulte preciso asegurar lo siguiente:

**- IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE IMPONER RESPONSABILIDAD A COLPENSIONES**

Se pide en estos asuntos que se declare ineficaz el traslado al RAIS por engaño o falta de información en que incurrió la Administradora de Pensiones Privada. Se argumenta para el efecto que el monto de la pensión que se puede otorgar con el dinero que existe en cuenta de ahorro individual es inferior al que reconocería Colpensiones en el RPM y por ello se pide que sea esta última entidad quien asuma el reconocimiento y pago de la pensión.

La ley 100 de 1993 creó una dualidad de sistemas pensionales y permitió el traslado de los afiliados entre ellos, de allí que COLPENSIONES no tenía dentro de sus posibilidades retener a los afiliados que desearan cambiarse al nuevo régimen creado.

La pregunta que deben hacerse los administradores de justicia frente a esta situación es:

**¿Contempla nuestro sistema legal que se pueda imponer a una persona una carga económica por un daño antijurídico o un perjuicio que otro causó y frente al cual no tuvo ninguna posibilidad de evitarlo?**

Creo que la respuesta es obvia: No es posible. No hay ninguna disposición que imponga tal carga. De allí que, no puede pretenderse que COLPENSIONES, sin haber tenido responsabilidad ni incidencia alguna en el traslado, asuma el pago de una pensión superior a la que puede otorgarse con el dinero existente en la cuenta de ahorro individual. Obligar a este Fondo a asumir tal carga es defraudar los intereses de las personas que legítimamente lo han conformado con sus aportes.

De allí que, desde el principio esa pretensión esté llamada al fracaso porque se está imponiendo una carga económica a Colpensiones que no debe asumir.

Otra cosa sería, si se prueba en el proceso el engaño o la responsabilidad de la AFP privada en el traslado del afiliado y, como consecuencia de ello, la causación de un perjuicio a este, él pueda pedir la indemnización de ese perjuicio, **pero a cargo de quien se lo causó**, esto es la AFP, más no de COLPENSIONES.

La anterior conclusión no es una simple inferencia sino que se encuentra prevista en nuestra legislación en el artículo 10 del decreto 720 de 1994, norma que de manera evidente viene siendo inaplicada, con claro perjuicio para Colpensiones. Dice la norma citada:

Artículo 10**.** RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. **Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación** sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”

Pero esta solución contiene un debate que debe darse desde la primera instancia, toda vez que de percibirse en este segundo grado, no resulta posible abordarlo dado que se configuraría una violación de los principios de congruencia y consonancia al abordar asuntos diferentes a los propuestos por las partes.

1. **LOS ACTOS JURÍDICOS Y SU VALIDEZ**

Los actos jurídicos, esto es, las manifestaciones de voluntad dirigidas a producir efectos en derecho, no se encuentran regulados por la legislación del trabajo y la seguridad social. En realidad, ellos siguen las añosas directrices del ordenamiento civil.

No se ha cambiado en nuestro sistema jurídico que para que un acto jurídico sea válido haya de reunir los requisitos de capacidad, consentimiento libre y objeto y causas lícitas, ni que, si falta alguno de estos presupuestos o se deja de cumplir con un formalismo previsto en la ley, el acto puede resultar nulo de manera absoluta o relativa. Tampoco puede mover a discusión que los vicios del consentimiento producen nulidad relativa, saneable de conformidad con la ley.

Por ello, a pesar de lo afirmado por la Sala de Casación Laboral en las sentencias inicialmente citadas, me es imposible variar mi criterio consistente en que la afiliación y traslado entre regímenes son actos jurídicos, sujetos para su validez a las reglamentaciones del derecho civil.

En este sentido resultan pertinentes los siguientes comentarios:

**- NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y OPORTUNIDAD PARA ALEGARLA**

Una lectura juiciosa de la sentencia SL12136-2014, que sentó las bases de la anterior posición de la Sala de Casación Laboral sobre el tema de la nulidad o la ineficacia del traslado, permite notar que la Corporación inicialmente consideró que dados los **beneficios del régimen de transición que se perdían con el traslado de régimen**, no recibir información al respecto, conllevaba falta de libertad en la decisión del afiliado que lo hacía beneficiario de la protección brindada en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en cuanto el acto así realizado se entendería sin efectos. Vale recordar que en la sentencia en cita se dijo:

“***que aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional***”.

En otras palabras, “***las reglas jurídicas generales”*** a que allí se hace alusión, no son otras que las que regulan entre nosotros la nulidad de los actos jurídicos y que, como lo dice el texto citado, para que pueda proceder la anulación exigen la demostración por parte del interesado de la ***“afectación de la voluntad”***, mientras que la ineficacia en los eventos de pérdida del régimen de transición encuentra un plus de protección en el entendido que se parte de la base de la existencia de una afectación que genera un indicio de haberse dado una inadecuada información al afiliado por parte de la AFP, quien por lo tanto tendrá que hacer un mayor esfuerzo probatorio respecto a haber suministrado la información relativa a la pérdida de beneficios que el traslado conllevaba.

En el primer evento, esto es cuando no está en juego el régimen de transición y corresponde aplicar las “reglas generales”, de conformidad con el artículo 1741 del Código Civil, la nulidad de los actos jurídicos o de los contratos es absoluta cuando se produce por un objeto o causa ilícita o por falta de las formalidades; mientras que cuando tiene un origen diverso como por ejemplo un vicio del consentimiento, sólo se genera nulidad relativa, que da lugar a la rescisión del acto o contrato.

A su vez, el artículo 1750 del Código Civil prevé que para solicitar la rescisión en los eventos en que se alegue la ocurrencia de error o dolo, se cuenta con un plazo de cuatro años contados desde el día de la celebración del acto o contrato.

De otro lado el artículo 1743 *ibídem* dispone que la nulidad relativa se sanea por el paso del tiempo o por ratificación de las partes.

Respecto a este último aspecto debe resaltarse que se conoce pero no se comparte la posición de la Sala de Casación Laboral en una de sus salas de descongestión de fecha 13 de febrero de 2019, magistrado ponente Dr. Jorge Prada Sánchez -y también en su sala principal en sentencia SL1689-2019- en la que respecto a la utilización de las normas precitadas, señaló que no era posible su utilización en los asuntos laborales porque existían disposiciones propias en esta rama sobre el tema y porque que en cualquier caso el derecho pensional es irrenunciable e imprescriptible. Posición que, con todo respeto, en mi criterio incurre en una doble equivocación como pasa a verse:

1. En ningún momento la sentencia del Tribunal, que allí se analizó, dispone un término de prescripción de derechos laborales como lo entendió la Sala de Descongestión. Lo que se explicó es que el acto jurídico de afiliación adquirió firmeza por el transcurso del tiempo según lo dispuesto en el artículo 1750, firmeza que sencillamente valida la afiliación que en principio pudo haber estado revestida de alguna irregularidad, pero no significa la **extinción de ningún derecho por el transcurso del tiempo (Prescripción).** Porque, entre otras cosas, no existe un supuesto derecho a la indefinición de pertenencia a un determinado régimen, por el contrario existe la limitación legal a no poder proceder al traslado de régimen cuando falten menos de 10 años para concretar el derecho. Y
2. No se puede pregonar, como parece indicarlo la sentencia de casación, que en realidad en este asunto esté en juego la pérdida de un derecho pensional. Nada más alejado de la realidad. Sencillamente, entre dos opciones válidas (RAIS y RPM) para pensionarse, se concretó la primera, sin que ello implique el desconocimiento del irrenunciable derecho a la seguridad social ni, mucho menos, la prescripción del derecho a adquirir una pensión. Es que, si la ley ofrece dos opciones para acceder a las pensiones de invalidez, vejez y muerte, el hecho de que un afiliado opte por una u otra, no significa que al final de la maduración de su derecho, la perspectiva consistente en que en la actualidad le sea más favorable pertenecer al otro régimen, signifique que él ha perdido su derecho pensional, sino que simplemente, dada su elección inicial, su derecho se concreta bajo las reglas del régimen escogido.

Es que un sistema jurídico no puede patrocinar la existencia de obligaciones irredimibles, pues es de significativa importancia para el estado de derecho la certeza jurídica de las diferentes relaciones que realicen los habitantes en su territorio.

**Permitir que la determinación del régimen al que se pertenece se pueda alegar hasta el último momento es patrocinar, no solo el desorden jurídico, sino la inoperancia de los sistemas creados por la ley 100 de 1993 y la restricción de traslado prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, pues, obviamente, al momento de pensionarse, cada cual, hará sus cuentas, y de acuerdo al resultado, querrá que se lo reconozca como afiliado al régimen que mejores dividendos le arroje en ese momento.**

Tratándose de un tema económico tan delicado, en los eventos de estarse frente a un verdadero vicio del consentimiento en el momento de realizar el traslado, si no se acepta la tesis civilista del saneamiento por el silencio del interesado en los cuatro años siguientes al acto jurídico, como mínimo debe tenerse en cuenta, para buscar el regreso al régimen inicial, la restricción legal prevista en el artículo 2º de la ley 797 de 2003, consistente a la imposibilidad de realizar traslados durante los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para acceder al derecho.

Así las cosas, por las razones acá explicadas correspondía revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar absolver a las demandadas de todas las pretensiones de la demanda.

Dejo así salvado mi voto,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

1. Sentencia C-043 del 27 de enero de 2004, Magistrado Ponente, Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ. Sala de Casación Civil y Agraria. Radicación No. 5410 de 11-04-2000. M. P. Manuel Ardila Velásquez. [↑](#footnote-ref-2)