



DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

Magistrada ponente

SL5205-2018

Radicación n.º 66650

Acta 42

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por **EDELMIRA DE FÁTIMA VERA MARTÍNEZ**, contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 13 de diciembre de 2013, en el proceso ordinario laboral que instauró contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** en liquidación, hoy **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

Edelmira de Fátima Vera Martínez promovió demanda ordinaria laboral para que se declare que es beneficiaria del régimen de transición y, como consecuencia de ello, se ordene a la demandada a reconocerle y pagarle la pensión de vejez; las mesadas adicionales; los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación de tales condenas.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que nació el 3 de marzo de 1954; que solicitó al ISS el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual le fue negada mediante la Resolución 012480 de 2010, bajo el argumento de que no cumplía con la densidad mínima de cotizaciones al sistema prevista en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003; que dicha determinación desconoce el régimen de transición del que es beneficiaria pues, a 1º de abril de 1994, tenía más de 35 años y se encontraba afiliada al ISS, por lo que su prestación debió analizarse a la luz de lo previsto en el Decreto 758 de 1990.

Precisó que en dicho acto administrativo, el instituto demandando le informó que tenía 458 semanas cotizadas al sistema y le explicó que, si bien, se encontraba en una situación de múltiple vinculación, en comité realizado con la AFP Colfondos se determinó que aquél era el competente para estudiar su prestación.

Agregó que su historia laboral demuestra que cuenta con el mínimo de cotizaciones exigidas en el Acuerdo 049 de

1990; que tiene más de 55 años de edad y que, en atención al suceso de múltiple afiliación –definido mediante escrito del 26 de octubre de 2010- nunca perdió el beneficio transicional previsto en la Ley 100 de 1993. Reprochó que la entidad accionada no contabilizara las semanas en mora de algunos de sus empleadores, las cuales, si se hubieran tenido en cuenta en los términos previstos por la Sala de Casación Laboral, permitirían concluir que tiene más de 20 años de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad exigida por dicha normativa para pensionarse.

El Instituto de Seguros Sociales se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Frente a los hechos, dijo no constarle o no tener esa calidad. Indicó que a la parte demandante le asiste el deber de acreditar que cumple con el tiempo de cotización exigido por la ley para obtener su derecho pensional ya que, en virtud del principio de carga de la prueba, quien afirma una cosa está obligado a demostrarla.

Agregó que, como la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, una vez regresó al de prima media, no acreditó los requisitos previstos en la ley para recuperar la transición, su pensión debe definirse a la luz de lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, tal como se hizo en este caso.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; inexistencia de la obligación de pagar

intereses moratorios; buena fe del seguro social; imposibilidad de condena en costas, prescripción y la genérica (fº. 72 a 76).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero adjunto del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo del 30 de noviembre de 2011, resolvió:

PRIMERO: *Se CONDENA al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES representado legalmente por el Doctor WILLIAM ALEXANDER ZAPATA, o por quien haga sus veces, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en cabeza la señora EDELMIRA DE FÁTIMA VERA MARTÍNEZ, identificada con cédula de ciudadanía número 21.397.402, derecho adquirido por ser beneficiaria del régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con la parte motiva del fallo.*

SEGUNDO: *Se CONDENA al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES representado legalmente por el Doctor WILLIAM ALEXANDER ZAPATA, o por quien haga sus veces, pagar a la señora EDELMIRA DE FÁTIMA VERA MARTÍNEZ, identificada con cédula de ciudadanía número 21.397.402, la suma de VEINTE MILLONES NOVENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS PESOS (\$20.096.900,00), correspondientes a las mesadas pensionales ordinarias y adicionales entre el 1 de febrero de 2009 y el 30 de noviembre de 2011.*

TERCERO: *Se CONDENA al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES representado legalmente por el Doctor WILLIAM ALEXANDER ZAPATA, o por quien haga sus veces, seguir pagando a partir de la mesada en diciembre de 2011 inclusive a la señora EDELMIRA DE FÁTIMA VERA MARTÍNEZ, identificada con cédula de ciudadanía número 21.397.402, la pensión de vejez, la cual no podrá ser inferior al salario mínimo para cada anualidad.*

CUARTO: *Se CONDENA al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES representado legalmente por el Doctor WILLIAM ALEXANDER ZAPATA, o por quien haga sus veces, pagar a la señora EDELMIRA DE FÁTIMA VERA MARTÍNEZ, identificada con cédula de ciudadanía número 21.397.402, los intereses moratorios*

contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pero ello deberá ser realizado por la entidad accionada a la tasa máxima al momento del pago y desde el 24 de julio de 2009.

QUINTO: *SE ABSUELVE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES representado legalmente por el Doctor WILLIAM ALEXANDER HERRERA ZAPATA, o por quien haga sus veces, de los demás cargos que en su contra se impetraron.*

SEXTO: *Las excepciones propuestas por el Instituto demandado quedan resueltas explícita e implícitamente en la sentencia, se declaran no probadas.*

SEPTIMO: *Se CONDENA en costas a la parte demandada, como quedó señalado en la parte motiva.*

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la parte demandada, la Sala primera de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante sentencia del 13 de diciembre de 2013, revocó el fallo de primer grado y, en su lugar, absolvió al ISS de las pretensiones incoadas en su contra. Impuso costas a la parte actora en ambas instancias.

Como hechos no discutidos, el Tribunal determinó los siguientes: (i) Edelmira de Fátima Vera Martínez nació el 3 de marzo de 1954, por lo que cumplió 55 años el mismo día y mes del año 2009; (ii) mediante Resolución 012480 de 2010, el ISS le negó el reconocimiento pensional ante el no cumplimiento de la densidad de semanas exigidas por la Ley 797 de 2003; y (iii) se agotó el requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 6º del CPTSS.

Luego de ello, precisó que si bien el comité de múltiple vinculación realizado entre el ISS y Colfondos determinó que

la entidad encargada de tramitar la solicitud pensional de la actora era el referido instituto, no era posible entender, en los términos en los que lo había hecho el juez de primer grado, que el cambio de régimen nunca había surtido efectos, en la medida en que nunca se alegó al interior de este proceso una presunta nulidad de dicho traslado lo que, en todo caso, exigía la vinculación de la AFP al presente trámite, al menos no sin desconocer los derechos de defensa, contradicción y debido proceso de las entidades no convocadas, por lo que no era posible estudiar este asunto.

Para soportar lo anterior, hizo énfasis en que las facultades *ultra y extra petita* no otorgan un poder onnipotente al juez, de manera que pueda condenar sin límite alguno *«porque de ser así, se estaría incurriendo en flagrante violación, no sólo al debido proceso [...] sino además al derecho de defensa, sometiendo a la parte pasiva a tratamientos inequitativos»* (f.º 180).

Agregó que también era fundamento de la legalidad del traslado efectuada por la afiliada, lo previsto en los artículos 11 a 17 del Decreto 692 de 1992, que permiten el cambio de régimen luego de superar los tres años de la primera afiliación y que, en el caso concreto, ese periodo mínimo se cumplía, pues la actora venía cotizando al ISS desde 1987 y se trasladó sólo en julio de 1994. Explicó que no podía decirse lo mismo frente a su retorno al régimen de prima media, ya que, si bien esta persona efectuó cotizaciones interrumpidas a Colfondos en julio de 1994, diciembre de 1995 y marzo de 1996, lo cierto es que se trasladó al ISS

antes de vencerse ese límite temporal referido *«no cumpliendo así con el término establecido, por lo que en principio dicho traslado al ISS no tendría efectos»* (f.º 190). Pese a ello, admitió que no era objeto de discusión que el comité de múltiple afiliación entendió que era el ISS el encargado de definir la solicitud pensional, lo que resultaba comprensible, dado que esta persona *«continuó realizando cotizaciones al instituto demandado, desde el 03/1996 hasta el 03/2009, tal como se desprende de las historias laborales allegadas al plenario»* (f.º 190) (sic).

Así las cosas, explicó que si bien, en principio, la demandante era beneficiaria del régimen de transición pues, para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, como quiera que se trasladó al régimen de ahorro individual y retornó al de prima media el 1º de marzo de 1996, debía verificarse si había perdido dicho beneficio, por lo que era necesario acreditar que para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, contaba con 15 años de servicios prestados o cotizados.

Sobre este punto, aclaró que, revisadas las diferentes historias laborales de la afiliada; las autoliquidaciones de aportes pensionales y el reporte de convalidación de ciclos para pensión, era posible deducir que aquella tenía 164,5714 semanas, esto es, 3 años, 2 meses y 12 días *«densidad que no alcanza a colmar la exigencia mínima que le permita beneficiarse del régimen de transición y por ende del Decreto 758 de 1990, como normativa aplicable para el reconocimiento de la pensión de vejez [...]»* (f.º 194), por lo que

su situación pensional debía resolverse a la luz de lo previsto en la Ley 100 de 1993, modificada por la 797 de 2003, exigencias éstas que la actora no acreditó.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso fue interpuesto por la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, por lo que se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

La recurrente pretende que la Corte case la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, confirme el fallo de primer grado.

Con tal propósito, formula cuatro cargos por la causal primera de casación, replicados oportunamente, los cuales, por razones de metodología, se estudiarán conjuntamente, en la medida en que, en esencia, estudian un único asunto, relativo a la validez del traslado que efectuó la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, aduciendo argumentos similares para acreditar sus alegatos.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia impugnada por infracción directa del artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que introdujo el artículo 66A del CPTSS, violación medio que condujo a

aplicar indebidamente el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003; los artículos 16 y 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17 del Decreto 692 de 1994 y, por dejar de aplicar los artículos 12 y 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que era la normativa aplicable en virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Para demostrar el cargo, aduce que el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que implementó el 66A del CPTSS, establece que la sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto de apelación. En ese sentido, explica que el Tribunal no puede ocuparse de estudiar asuntos distintos de los planteados en el recurso de alzada.

En ese orden de ideas, indica que, aunque el recurso del ISS se limitó a precisar que, por haberse trasladado al RAIS, la demandante perdió el régimen de transición y no cumplía los presupuestos legales para recuperarlo, el Tribunal edificó la sentencia en un supuesto distinto y *«fue esa la única razón por la cual revocó la sentencia condenatoria, toda vez que para el Tribunal, fue el traslado de régimen que en realidad nunca ocurrió, según lo decidió el a quo y no discutió el apelante, la razón para negar la pensión, debido a que consideró que con la inexistente mutación de régimen se perdió el régimen de transición [...]»* (f.º 10).

Estima que si el Tribunal se hubiera limitado a resolver los puntos objeto de apelación, no hubiese revocado el fallo de primer grado fundado, esencialmente, en el hecho que la demandante siempre estuvo afiliada al ISS y que, por ende, el traslado que efectuó al RAIS no surtió efecto alguno, aspecto que no podía alterarse al tratarse de un tema clausurado en primera instancia.

VII. SEGUNDO CARGO

Denuncia la sentencia impugnada de incurrir en violación indirecta de la ley sustancial, en la modalidad de aplicación indebida del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, los artículos 16 y 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 del Decreto 692 de 1994, en relación con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, 35 de la Ley 712 de 2001, 305 del CPC, aplicable por disposición del 145 del CPTSS, lo que condujo a dejar de aplicar los artículos 12 y 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que era la normativa aplicable en virtud del régimen de transición consagrada por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Estima que el Tribunal incurrió en los siguientes yerros fácticos:

No dar por demostrado, a pesar de starlo, que el conflicto jurídico se circunscribía a determinar si la actora pertenecía al régimen de transición en virtud de la decisión del comité de múltiple vinculación que determinó que el ISS hoy Colpensiones es la entidad que debe asumir el pago de la pensión de vejez.

Dar por demostrado, sin estarlo, que la inconformidad de la parte demandada y manifestada en el escrito de apelación, consistió en que la juez al momento de conceder la pensión declaró la nulidad de la afiliación realizada por la demandante al RAIS.

Dar por acreditado, sin estarlo, que al impugnar el ISS la decisión del a quo, incluyó en su ataque, lo relativo a la decisión del comité de multiafiliación, que determinó que la demandante siempre estuvo vinculada al ISS.

Dar por demostrado, sin estarlo, que la parte demandada cumplió con el requisito legal exigido para que el ad quem pudiera pronunciarse frente a la sentencia de primer grado en lo concerniente a los efectos del traslado de régimen por la actora.

Dar por establecido, sin estarlo, que la accionada atacó al sustentar su apelación, la conclusión del a quo de que nunca hubo traslado por la actora al RAIS y que siempre estuvo afiliada al ISS

Señala que los anteriores dislates fácticos tuvieron como origen la indebida apreciación de las siguientes piezas procesales: (i) el escrito de demanda inicial (f.º 2 a 5), donde consta que no solicitó la nulidad de su afiliación al régimen de ahorro individual sino que, en virtud de la decisión emitida por el comité de múltiple vinculación, se entendió que el ISS era el ente que debía resolver su solicitud pensional; (ii) el escrito de contestación de la demanda (f.º 72 a 76) en el que se advierte que el ente accionado no controversió la decisión emitida por el comité de múltiple vinculación y; (iii) el recurso de apelación, en el que se corrobora que la discusión en segunda instancia se limitó a referir que la demandante no reunía los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debido a que se trasladó al RAIS y luego retornó al régimen de prima media con prestación definida.

Explica que una lectura de tales elementos de prueba permite inferir que en el proceso no fue objeto de discusión ni tampoco materia de apelación, el tema relativo a la nulidad de la afiliación al RAIS sino que, desde un comienzo, se entendió que, en virtud de la decisión del comité de múltiple afiliación, el ISS era el encargado de tramitar y decidir la solicitud pensional elevada por ella. Por lo tanto, *«es claro que la litis recaía sobre los efectos de la decisión tomada por el comité de múltiple afiliación, concretamente a determinar, si tras el fallido intento de traslado de régimen, se conservó el derecho al régimen de transición»* y, con ello, si la pensión podía reconocerse a la luz de lo previsto en el Acuerdo 049 de 1990.

Estima que los anteriores yerros resultaron determinantes para que el Tribunal adoptara la decisión cuestionada, toda vez que desconoció que siempre estuvo afiliada al sistema de prima media con prestación definida y, por ende, tiene derecho a que su pensión se reconozca en virtud del régimen de transición que la cobija.

VIII. RÉPLICA CONJUNTA

El Instituto de Seguros Sociales en Liquidación- hoy Colpensiones precisa que aunque ambos cargos están dirigidos por vías distintas, en esencia, acusan el mismo elenco normativo y se fundan en similares argumentos. Explica que basta con observar el escrito de sustentación del recurso de apelación obrante a folios 168 a 171 del expediente, para inferir que en él se alegó que la demandante

no reunía los requisitos de ley para recuperar el régimen de transición, lo que explica que el *ad quem* hubiera analizado si se daban los presupuestos para recuperarlo, actuando dentro de las materias objeto del recurso, sin desconocer el principio de congruencia.

IX. TERCER CARGO

Acusa la sentencia impugnada de violar directamente, en la modalidad de aplicación indebida, el literal e) del artículo 13, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, 16 y 366 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 del Decreto 692 de 1994 y la circular externa 058 de 1998 de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera; lo que a su vez condujo a la infracción directa de los artículos 12 y 13 del Acuerdo 049 de 1990, en relación con los artículos 48, 53 y 93 de la Constitución Política, que junto al artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, aprobado por la Ley 74 de 1968, conforman el bloque de constitucionalidad sobre la garantía del derecho fundamental a la seguridad social.

Aclara que no cuestiona los fundamentos fácticos en que se soportó el fallo de segundo grado. Su reproche lo centra, esencialmente, en que se hubiera desconocido la decisión que emitió el comité de múltiple afiliación, aspecto que ya había sido decidido por la autoridad competente y mediante el cual se determinó que la única entidad

encargada de resolver su solicitud pensional, era el Instituto de Seguros Sociales.

Indica que tal determinación no podía ser desatendida por ninguna autoridad judicial, tal como lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, esto es, que la definición de los conflictos relativos a afiliaciones plurales tiene fundamento en un imperativo legal y, por ende, no les está permitido a los jueces apartarse de las soluciones a que lleguen las administradoras de pensiones. Bajo ese supuesto, resaltó que no era posible que el Tribunal se ocupara de la supuesta nulidad de la afiliación, toda vez que existía una decisión en firme y aceptada por las partes, en la que se determinó que el ISS era el competente para resolver su solicitud, adelantando con ello *«un análisis innecesario y equivocado [...] revisando su competencia funcional como juez de segundo grado, con lo cual injustificadamente revocó la pensión de vejez»* (f.º 15).

Insiste en que al haber decidido el comité de afiliación, que la entidad encargada de tramitar y decidir la solicitud prestacional y, una vez efectuada la devolución de los aportes hechos a la AFP privada *«implícitamente las partes reconocieron la nulidad de la afiliación al RAIS, lo cual conlleva que la única afiliación válida sea la realizada al ISS»* (f.º 15). Estima que una vez retornó al ISS, recuperó el régimen de transición pues al no haberse vinculado válidamente al RAIS, nunca operó la exclusión prevista en el inciso 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por ello, su

pensión debe reconocerse bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990.

X. CUARTO CARGO

Denuncia la sentencia impugnada de incurrir en violación indirecta, por aplicación indebida del literal e) del artículo 13 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 del Decreto 692 de 1994 y la circular externa 058 de 1998 de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera; en relación de los artículos 36 de la Ley 100 de 1993, que llevaron al desconocimiento del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en relación con los artículos 48, 53 y 93 de la Constitución Política, que junto al artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, aprobado por la Ley 74 de 1968, conforman el bloque de constitucionalidad sobre la garantía del derecho fundamental a la seguridad social.

Estima que el Tribunal incurrió en los siguientes yerros fácticos:

No dar por demostrado, a pesar de estarlo, que el traslado al RAIS adelantado por la actora es inválido.

Dar por acreditado, sin estarlo, que el traslado de la actora al RAIS se adelantó válidamente.

No dar por demostrado, a pesar de estarlo, que la actora siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Dar por acreditado, sin estarlo, que la accionante se retiró del régimen de prima media con prestación definida por voluntad propia y luego regresó al mismo.

Estima que los anteriores errores de hecho se cometieron por la indebida apreciación de los siguientes elementos de prueba: (i) la Resolución 012480 del 25 de junio de 2010, mediante la cual se acredita que el comité de múltiple vinculación determinó que la entidad encargada de tramitar y decidir sobre la prestación económica solicitada era el ISS (f.º 11, 12, 13, 92 y 93); (ii) el memorial 11834.10 de Colfondos donde se informa a la demandante que la situación de múltiple vinculación fue solucionada determinándose que se encontraba válidamente vinculado al ISS (f.º 40) y (iii) el memorial 09-12648 donde se estableció que entidad encargada de solucionar y reconocer la prestación económica solicitada por la demandante es el mencionado instituto (f.º 121 a 143).

En la demostración del cargo señala que los documentos atrás referidos fueron aportados por la propia entidad demandada y, por consiguiente, deben considerarse auténticos, al provenir de una entidad pública, por lo tanto, se trata de una prueba calificada, idónea para estructurar un error de hecho en casación.

Especifica que en los folios 122 y 123 del expediente, el comité de múltiple vinculación, luego de efectuar el procedimiento previsto en el Decreto 3800 de 2003, determinó que la recurrente «se encuentra válidamente vinculada al ISS», lo que demuestra que nunca se desvinculó

del régimen de prima media con prestación definida y, por ende, el Tribunal debió concluir que la afiliación al RAIS fue inválida, máxime si el fondo privado de pensiones procedió a la devolución de los aportes existentes en su cuenta de ahorro individual.

Explica que lo anterior se corrobora con la documentación obrante a folio 40 del expediente y con la Resolución 012480 del 25 de junio de 2010, mediante las cuales, tanto el ISS como Colfondos aceptaron la decisión adoptada por el comité de múltiple vinculación, en la que, insiste, se determinó que *«la entidad a la cual siempre estuvo válidamente afiliada era el ISS»* (f.º 18).

Manifiesta que el juez de segundo grado apreció indebidamente dichos elementos de juicio, lo que lo llevó a concluir, erradamente, que la demandante se trasladó de régimen válidamente, que luego retornó a prima media y que, con dicho cambio perdió el beneficio de transición, a pesar de su retorno al Instituto de Seguro Social. Es decir, indica que si bien se presentó multifiliación, la vinculación al sistema de ahorro individual no surtió efecto alguno, en consideración a la determinación adoptada por el comité de múltiple vinculación.

XI. RÉPLICA CONJUNTA

El Instituto de Seguros Sociales en Liquidación- hoy Colpensiones, considera que ninguna de las documentales denunciadas permite deducir que el traslado que efectuó la

afiliada a Colfondos, no es válido, pues, lo que de ellas se infiere es que ese cambio de régimen surtió plenos efectos, al margen de que se determinara que el ISS era el competente para resolver su prestación.

Agrega que el proceder del juez de segundo grado fue acertado, en la medida en que la demandante al trasladarse al régimen de ahorro individual perdió el beneficio de la transición, el cual no pudo recuperar al retornar a prima media, al no cumplir los presupuestos previstos para ello, por lo que su pensión no podía reconocerse en virtud de lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990.

XII. CONSIDERACIONES

Pues bien, aunque los cargos se plantearon por sendas distintas y en ellos se cuestionan diversos aspectos, la Corte encuentra que todos convergen en un único punto: demostrar que, en virtud de la determinación adoptada por el comité de múltiple vinculación, el traslado de la actora a la administradora Colfondos no produjo efecto alguno, lo que significa, de una parte, que el Tribunal excedió sus facultades al estudiar una presunta nulidad del traslado de régimen que resultaba innecesario analizar -en la medida en que esa circunstancia, a juicio de la censura, se encontraba suficientemente acreditada en el proceso-; de la otra, que nunca perdió el beneficio de transición y, por ende, tiene derecho al reconocimiento de su pensión a la luz del Acuerdo

049 de 1990.

Ante ese panorama, la Sala por razones de metodología, analizará los cuatro cargos a partir de tres temas concretos: (i) la presunta nulidad del traslado que, según la censura, desbordó la competencia del Tribunal en sede de apelación; (ii) la decisión que sobre dicho traslado adoptó el comité de múltiple vinculación y; (iii) si, pese a ese cambio de régimen, la demandante cumplió con los requisitos para recuperar la transición.

(i) De la nulidad del traslado de régimen pensional

Según la censura, el Tribunal vulneró el principio de congruencia, al pronunciarse sobre asuntos ajenos a los planteados en la demanda inicial y en el escrito de apelación, lo que lo llevó a tener que establecer la veracidad de un hecho que estaba suficientemente demostrado, a saber, que siempre estuvo afiliada al régimen de prima media y que su traslado a Colfondos no surtió efectos. En ese esfuerzo de demostrar tales yerros, la demandante plantea los cargos primero y segundo. Debe aclararse que, aunque en el primer cargo no se indicó la senda de ataque y tampoco se formularon errores de hecho concretos, el mismo se soporta en una pieza procesal; el escrito de apelación del ISS- y se apoya en similares argumentos a los formulados en el segundo, por lo que es posible que su estudio se haga de manera conjunta.

Sobre el particular la Sala observa que, en la demanda

inicial, la accionante solicitó que se declarara que era beneficiaria del régimen de transición y, en consecuencia, se ordenara al ISS reconocerle la pensión de vejez. Para soportar sus pretensiones, resaltó que mediante decisión del comité de múltiple afiliación se determinó que dicho instituto era el competente para resolver su solicitud pensional, lo que, en su criterio, significaba que nunca perdió ese beneficio, máxime si el fondo de pensiones efectuó el traslado de sus aportes al fondo común (f.º 2 a 5). Como respuesta a la demanda inaugural, el Instituto de Seguros Sociales explicó que la actora, al haberse trasladado del régimen de prima media al de ahorro individual y haber retornado al ISS sin tener 15 años o más de servicios, a 1º de abril de 1994, no le fue posible recuperar ese beneficio, por lo que su prestación debía analizarse a la luz de las previsiones contenidas en la Ley 797 de 2003 (f.º 72 a 76).

El juez de primera instancia estimó que el documento del comité de múltiple vinculación, a través del cual se designó al ISS como responsable del estudio de la solicitud pensional de la demandante, permitía afirmar que las demás afiliaciones efectuadas por esta persona no eran válidas; que nunca hubo traslado de régimen y que, por ende, era beneficiaria del régimen de transición contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, normativa con base en la cual estudió y reconoció la prestación reclamada (f.º 156 a 167).

En sede de apelación, el Instituto de Seguros Sociales alegó que no era posible aplicar el régimen de transición pues, tal como lo dispone el literal e) del artículo 13 de la Ley

100 de 1993, si una persona se ha trasladado del sistema de ahorro individual al de prima media, deberá acreditar que, a 1º de abril de 1994, tenía 15 o más años de cotización, tiempo que no se cumplió en este caso. Resaltó que existe prueba de que la actora sí se trasladó al fondo de pensiones privado, sin que hubiera reunido los requisitos para recuperar tal beneficio. Agregó que no es posible imponer condena sin prueba que lo sustente (f.º 168 a 171).

Por su parte, debe recordarse que el Tribunal consideró que, sin perjuicio de lo decidido por el comité de múltiple vinculación, no era posible concluir que la permanencia de la accionante en Colfondos no fue válida, máxime si en el proceso nunca se alegó nada relacionado con una presunta nulidad en el cambio de régimen y no existía prueba que lo demostrara.

Pues bien, lo primero que advierte la Sala es que, la conclusión del juez de primer grado, acerca de que la demandante siempre estuvo afiliada al ISS y, por ende, debía entenderse que cualquier cambio de régimen no surtió algún efecto, sí fue un asunto debatido puntualmente por el Instituto de Seguros Sociales, por lo que el Tribunal era competente para estudiarlo: ello se evidencia de los cuestionamientos del instituto sobre el no cumplimiento de los presupuestos legales para recuperar el régimen de transición; la alusión a la existencia de una prueba clara que demostraba el traslado de la actora al régimen de prima media con prestación definida y al hecho de que no cumplía los 15 años para hacerse nuevamente a ese beneficio;

alegatos todos estos que parten del supuesto de que efectivamente hubo un traslado y que, por ello, le asistía al juez de alzada el deber de establecer la validez o no de ese cambio de régimen pensional.

Bajo ese entendido, resultaba totalmente admisible que el *ad quem* se ocupara de determinar cuáles habían sido las condiciones en que se efectuó el traslado de régimen y si el mismo podía considerarse válido ya que, si el ISS precisamente refirió que existía prueba de ese traslado, no hay duda de que estaba contravirtiendo la conclusión del *a quo* quien afirmó que el mismo nunca había existido y que cualquier afiliación distinta a la hecha en el ISS, no debía considerarse válida.

Por lo demás, las apreciaciones del Tribunal acerca de que la actora nunca solicitó la nulidad del traslado y por ello no era posible pronunciarse sobre ese aspecto, se dieron en un contexto específico, relacionado con el alcance que el juez de primer grado le dio al documento expedido por el comité de multiafiliación pues, aunque para el *a quo* el mismo era suficiente para considerar que la demandante nunca se había trasladado del ISS, el juez de alzada estimó que no era posible concluir esa circunstancia, lo que justificó que analizara aquellos asuntos que, eventualmente, permitirían dar claridad sobre la validez o no de ese traslado.

En consecuencia, al descartarse que el *ad quem* hubiera desbordado los límites de su competencia en sede de apelación y, con ello, que hubiera desconocido el principio

de consonancia entre el fallo y el recurso de alzada, no resultan de recibo los argumentos fundados en ese reproche.

(ii) Determinación adoptada por el comité de múltiple vinculación

Bajo esta denominación, la Sala se ocupa de analizar los argumentos expuestos en los cargos tercero y cuarto, mediante los cuales se cuestiona que no se hubiera tenido por demostrado, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, que la demandante siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida y que, por ende, su traslado al RAIS nunca ocurrió, omisión que, aduce, desconoció la postura jurisprudencial sobre el deber de los jueces de acatar las determinaciones adoptadas por las administradoras de pensiones en aquellos asuntos relativos a la multiafiliación, con lo que se cometieron yerros fácticos y jurídicos. Así las cosas, la Sala procede a analizar los elementos de juicio denunciados en este caso.

Pruebas indebidamente apreciadas

a. La Resolución 012480 del 25 de junio de 2010 (f.º 11 a 13 y 92 a 93)

Se trata de la resolución mediante la cual el ISS le negó a la demandante la pensión de vejez, al considerar, de un lado, que aquella no había recuperado el régimen de transición, ya que a 1º de abril de 1994, no tenía acreditados 15 años de servicios y, del otro, que no cumplía con la

densidad de semanas previstas en la ley aplicable a su caso, esto es, el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Para lo que interesa a la decisión emitida por el comité de múltiple vinculación, el ISS refirió lo siguiente:

Que consultado el archivo de solicitantes de Bono Tipo A, se estableció que efectivamente el señor (a) EDELMIRA DE FÁTIMA VERA MARTINEZ se trasladó al Fondo Privado de Pensiones COLFONDOS, verificándose con ello la selección del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que de acuerdo con el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el régimen de transición no se aplicará a quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Por lo tanto, se ordenó el estudio de la solicitud elevada al ISS por el comité de múltiple vinculación, con representación de la AFP privada, para que se estableciera cuál entidad era la encargada de tramitar y decidir la prestación económica de vejez del señor (a) EDELMIRA DE FÁTIMA VERA MARTINEZ.

Que a través de la comunicación enviada por la Oficina de Devolución de Aportes al Departamento de Atención al Pensionado, con el radicado [...] se le notificó al Departamento de Atención al Pensionado que en comité realizado en la ciudad de Bogotá, con asistencia de fondos privados, se estableció que la entidad encargada de tramitar y decidir sobre la prestación económica es el ISS.

Así mismo, mediante oficio [...] dicha oficina certificó que le habían sido devueltos a éste instituto los aportes efectuados por el asegurado, a la AFP COLFONDOS desde 01/07/1994 hasta 30/10/1994 y 01/10/1995 hasta 30/12/1995.

Que la aplicabilidad del Régimen de Transición bajo las circunstancias establecidas en el inciso quinto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en aquellos casos en que el afiliado originalmente se trasladó a una AFP y con posterioridad decide regresar al Seguro Social, está supeditado al cumplimiento de los requisitos previstos en dicho artículo tal y como lo indica el memorando [...]

Que atendiendo lo expuesto se procedió a verificar los requisitos conforme a la norma citada anteriormente encontrando que: a 01 de Abril de 1994, el asegurado tenía cotizadas (164) no

cumpliendo los quince años exigidos en el Acto Legislativo 01 de 2005 citados anteriormente por el 13100-3302 del 29 de marzo de 2010. –se resalta por la Sala.

Pues bien, sin que resulte necesario hacer mayores consideraciones, no es cierto que de este elemento de prueba pueda inferirse que la actora siempre estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales y que, por ende, su traslado al sistema de ahorro individual nunca fue válido. De hecho, en dicha resolución el ISS comenzó por advertir que la actora efectivamente se había trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en esa medida, no es posible deducir de esa prueba una circunstancia totalmente opuesta a la que allí se acredita, máxime si es a partir de ese hecho que el ISS analiza la solicitud pensional, planteando como cuestionamiento si la afiliada había o no recuperado el beneficio de transición que había perdido, precisamente, cuando se cambió al sistema de ahorro individual.

Ahora, el hecho de que el comité de múltiple afiliación hubiera decidido que el ISS era la entidad encargada de resolver la solicitud pensional de la demandante, no significa que hubiera concluido, igualmente, que su traslado al régimen de ahorro individual nunca surtió efectos, pues esta circunstancia puede explicarse simplemente por el hecho de que al ser aquella la última entidad en la que se encontraba afiliada, era la que debía resolver su petición, sin perjuicio de los traslados realizados previamente y, mucho menos, de su validez. Debe recordarse que la demandante se afilió al ISS en 1987; se trasladó a Colfondos en julio de 1994 y retornó al régimen de prima media en marzo de 1996,

momento a partir del cual efectuó cotizaciones a dicho instituto y hasta marzo de 2009, por lo que era lógico que se entendiera que era éste el competente para resolver sobre su solicitud prestacional.

Aparte de lo anterior, ninguna información contenida en la resolución de reconocimiento pensional sugiere siquiera la invalidez del traslado al régimen de ahorro individual realizado en el año 1994 pues, se insiste, lo único que dice es que, en comité realizado en la ciudad de Bogotá, se estableció que la entidad encargada de decidir sobre la prestación económica era el ISS, sin advertir el motivo de esa determinación ni mucho menos, que se hubiera decidido en esa reunión que la afiliación al régimen de ahorro individual no surtió efectos en el caso de la accionante, circunstancia ésta que sería la relevante a efectos de entender que nunca se trasladó el Instituto de Seguros Sociales.

Por ende, no se advierte un yerro fáctico en la valoración de este elemento de prueba.

b. Memoriales DAC-AT 11834.10 y ODA 0912648 emitidos por Colfondos y el Instituto de Seguros Sociales (f.º 40 y 121 a 134)

En el primero de los mencionados memoriales, la analista de afiliaciones y traslados de Colfondos le informa a la actora que su situación de múltiple vinculación fue solucionada según cruce de datos entre esa entidad y el ISS, coordinado por Asofondos, determinando que se encuentra

válidamente vinculada a ese instituto, razón por la cual, la cuenta de ahorro individual fue trasladada y, desde el 15 de octubre de 2007, se encuentra inactiva en dicho fondo.

Por su parte, mediante documento del 22 de julio de 2009, el asesor II de devolución de aportes del Instituto de Seguros Sociales manifestó que, en proceso masivo efectuado mediante un cruce de información con Asofondos se había determinado que las personas allí mencionadas, se encontraban válidamente vinculadas al Seguro Social, dentro de las que se incluye a Edelmira de Fátima Vera Martínez.

La anterior información, sin embargo, tampoco permite deducir que el traslado que, en el año 1994, hizo la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad no hubiera producido efecto alguno. En realidad, aunque en el primer elemento de prueba se hace alusión a una situación de múltiple vinculación, ello no permite saber cuál fue el momento en que presentó esa situación, esto es, si fue con ocasión de su traslado al RAIS en el año 1994 o si, por el contrario, lo fue en virtud de su retorno al régimen de prima media con prestación definida, lo que resulta relevante para establecer si, en realidad, ese primer traslado tuvo o no efecto alguno, máxime si en el expediente no se cuenta con el acta de la reunión celebrada por el comité de múltiple vinculación que permita determinar los motivos que condujeron a esa situación; a partir de qué fecha se declaró y, sobre todo, los efectos que en su momento tuvo su

permanencia en el régimen privado.

Es decir, no existe ningún elemento de prueba que permita inferir, con suficiencia, el hecho que pretende probar la actora en esta oportunidad, esto es, que su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado en el año 1994 (f.º 11) no produjo efecto. Se insiste, se desconoce si esa situación de multivinculación a la que aluden los documentos denunciados se presentó con ocasión del traslado de régimen –julio de 1994- o al momento de su regreso al ISS –marzo de 1996-, por lo que, en estricto sentido, no existen medios de convicción que demuestren que, tal como lo sugiere la censura, siempre estuvo afiliada a prima media y cualquier otra afiliación debe entenderse como no válida.

Con todo, al analizarse la historia laboral expedida por el Instituto de Seguros Sociales, visible a folios 14 a 23, se advierte que entre junio de 1994 y marzo de 1996, la demandante no reporta ninguna semana de cotización al sistema de prima media, periodo que coincide con el tiempo que, según la resolución denunciada, la demandante estuvo afiliada a Colfondos y con base en el cual se efectuó la devolución de aportes existentes en su cuenta de ahorro individual –julio de 1994 y diciembre de 1995- (f.º 11), lo que, contrario a lo afirmado por la censura, permitiría inferir que, en realidad, ese traslado sí se materializó y produjo efectos.

De manera que lo que demuestran tales elementos de juicio es que la accionante estuvo afiliada en distintas épocas

al régimen de prima media con prestación definida y al sistema de ahorro individual, respetando el término de permanencia mínima, al menos en el tiempo en que se produjo el primer traslado. Tampoco se evidencia simultaneidad en la fecha de traslado al régimen de ahorro individual y, por lo mismo, no podría concluirse que ese cambio no produjo ningún efecto.

Por lo anterior, la Sala descarta la existencia de los yerros fácticos y jurídicos denunciados en lo que a este asunto se refiere.

(iii) De la recuperación del régimen de transición

En estas circunstancias, la discusión queda reducida a dirimir si la demandante, al retornar al régimen de prima media con prestación definida, recuperó el beneficio de transición y, por ende, si su pensión debe analizarse con fundamento en las previsiones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990.

Al respecto debe recordarse que el legislador previó que quienes se trasladan al RAIS y luego regresan al régimen de prima media con prestación definida, conservan los beneficios de transición si cumplen estas dos condiciones: *i)* que se devuelvan al régimen de prima media con prestación definida con sus saldos de cuenta individual y, *ii)* que al 1º de abril de 1994, tuvieran 15 o más años de servicios o cotizaciones en el régimen de reparto simple al que estaba

afiliado, sin consideración a la edad.

Es doctrina de la Corte que para efectos de recuperar la transición sólo hay lugar a ella por razón del tiempo de servicios y no por la edad. Por ejemplo, en sentencia CSJ SL del 10 de ago. 2010, rad. 37174, expuso:

[...] El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció dos formas de acceder al régimen de transición consagrado en esa disposición: edad o tiempo de servicios. Esas condiciones fueron disyuntivas: la una o la otra, permitían el amparo del régimen.

Se previó entonces, que quienes a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones tuvieran 35 ó más años de edad en el caso de las mujeres, y 40 ó más años de edad en el de los hombres; o 15 ó más años de servicios cotizados podrían alcanzar la pensión de vejez o de jubilación con los requisitos de edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y monto del régimen que se les venía aplicando con anterioridad a esa fecha.

Ahora bien, la norma en comento en los incisos 4º y 5º estableció que el régimen de transición se perdía por el traslado al régimen de ahorro individual, caso en el cual dichas personas quedarían sujetas a las condiciones previstas para ese régimen.

No obstante, en aquellas hipótesis en que el afiliado beneficiario del régimen de transición luego del traslado al régimen privado, decide retornar al de prima media, de conformidad con los citados incisos recupera la transición, siempre y cuando hubiera adquirido los beneficios del régimen en razón del tiempo de servicios o número de cotizaciones, esto es, haber prestado servicios o cotizado por 15 ó más años con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.

La Corte Constitucional en sentencia C-789 de 2002, declaró exequibles en forma condicionada los incisos en referencia, con el alcance de que para recuperar el régimen de transición quienes accedieron a él por haber cumplido 15 ó más años de servicios o cotizaciones, y retornen al régimen de prima media, debían cumplir además dos requisitos adicionales:

- a) que se trasladara a prima media todo el ahorro que efectuaron en el régimen de ahorro individual.*
- b) que dicho ahorro no fuere inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media.*

Se ha de señalar que la posibilidad de retorno al régimen de prima media está dada para las personas beneficiarias del régimen de transición, lo cual fue precisado por la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004 al fijar los alcances de la decisión de exequibilidad del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que prevé que un año después de la entrada en vigencia de dicha normatividad, a quienes les faltare diez años o menos para cumplir la edad exigida para adquirir el derecho a la pensión de vejez, no podían trasladarse de régimen. Precisó la Alta Corporación que esta limitante no operaba para los beneficiarios del régimen de transición.

En el sub lite, se ha de señalar que el Tribunal incurrió en una imprecisión al considerar que se recuperaba el régimen de transición una vez se daba el retorno a régimen de prima media, cuando se tuviere el requisito de 15 años de cotizaciones con anterioridad al traslado al régimen de ahorro individual.

Tal como arriba se señaló lo importante para los efectos que aquí se analizan es haber cotizado o prestado servicios por 15 o más años, pero no con anterioridad al traslado de régimen pensional sino a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.

Sin embargo se ha de advertir, que la equivocación del Tribunal resulta intrascendente para efectos de esta decisión, pues es claro que la accionante a 1º de abril de 1994 fecha de entrada en vigor para ella del sistema de pensiones, acreditaba más de 20 años de cotizaciones; en esa medida al retornar al régimen de prima media recuperó los beneficios del régimen de transición, por lo que no le asiste la razón al censor cuando pregonar que en este caso el régimen de transición se había perdido.

En cuanto la actora era beneficiaria del régimen de transición en razón del tiempo de servicios, para nada interesa el aspecto de la edad, por lo que el error de hecho que se le atribuye en la sentencia en el cargo tercero resulta inane para los efectos de esta decisión

Entonces, no pudo equivocarse el Tribunal en su decisión en tanto, al encontrar debidamente acreditado el traslado al régimen de ahorro individual y constatar que a la vigencia del sistema general de pensiones la recurrente no cumplía con el requisito de 15 años de servicios cotizados, la consecuencia no era otra que la pérdida del régimen de

transición, el cual no se recupera por el hecho de un ulterior traslado al régimen de prestación definida.

Por lo anterior, al no advertirse ninguno de los yerros de denunciados por la censura en los cargos formulados, no hay lugar a casar el fallo de segundo grado.

En consecuencia, los cargos no prosperan.

Las costas estarán a cargo de la parte demandante. Se fija como agencias en derecho la suma de \$3.750.000, que se incluirán en la liquidación que se practique conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

XIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 13 de diciembre de 2013, en el proceso ordinario laboral que instauró **EDELMIRA DE FÁTIMA VERA MARTÍNEZ**, contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** en liquidación, hoy **COLPENSIONES**.

Costas como se indicó en precedencia.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

ERNESTO FORERO VARGAS