

SALA DE CASACIÓN LABORAL

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

Magistrado Ponente

Radicación N° 46106

Acta N° 23

Bogotá D.C., cuatro (04) de julio de dos mil doce (2012).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, contra la sentencia proferida el 19 de marzo de 2010, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, dentro del proceso ordinario adelantado por TERESA LÓPEZ MONTOYA contra la entidad recurrente.

Téngase al doctor ORLANDO BECERRA GUTIÉRREZ, como apoderado del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en los términos y para los efectos del memorial que obra a folio 42 del cuaderno de la Corte.

I. ANTECEDENTES

La accionante demandó en proceso laboral al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en procura de que se condenara al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por haber sido dicha administradora de pensiones, la última entidad que recibió aportes desde el año 2004 a 2007, así como aquella en la que se cuenta con el mayor número de semanas cotizadas, junto con la indexación de las sumas adeudadas y las costas.

En sustento de tales pedimentos, manifestó que en calidad de afiliada, realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales, entre el 20 de enero de 1977 y el año 1996; que luego decidió trasladarse al régimen de ahorro individual, vinculándose para tal efecto al fondo de pensiones ING en el que permaneció de 1996 hasta el año 2003; que posteriormente solicitó su regreso al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto demandado, vinculación que se mantuvo durante el período de febrero de 2004 al 30 de agosto de 2007, fecha última en la que se retiró definitivamente de sistema; y que el 9 de julio de 2008 radicó ante el ISS la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, la cual le fue negada mediante la resolución N° 7442 del 24 de octubre de igual año, bajo el argumento de existir una multifiliación y que es la AFP ING la entidad encargada de reconocer su derecho.

Continuó diciendo que el 20 de mayo de 2008 elevó derecho de petición al mencionado fondo de pensiones, en el que solicitó el traslado de aportes al Instituto de Seguros Sociales, a lo cual ING con el oficio “20080519eq0003 del 11 de junio de 2008” le manifestó que era ese Instituto quien debía hacer la petición; que al verificarse la información, el ISS certificó a la oficina de bonos pensionales cotizaciones por “884 semanas al 1° de abril de 1994, y al 31 de diciembre de 1994 había cotizado 936.4286 semanas”; que no se encuentra en una situación de multifiliación, porque aun cuando no aparece la nueva afiliación al ISS, lo cierto es que esa entidad recibió los aportes de los años 2004 a 2007, figurando allí como afiliada activa; que tiene más de 55 años de edad por haber nacido el 9 de junio de 1953; y que se debe dar aplicación al régimen de

transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues a su fecha de vigencia se encontraba cotizando al ISS y no al fondo de pensiones ING, en armonía con lo dispuesto en los Decretos 1161 de 1994 y 3880 de 2003.

II. RESPUESTA DE LA DEMANDA

El ISS, al dar contestación a la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra. En relación con los hechos, admitió la solicitud de la pensión de vejez, la negativa de la entidad a concederla, al considerar que era ING la responsable de tramitar y decidir sobre la prestación económica reclamada; de los demás adujo que unos no eran tales sino afirmaciones de la parte actora, que otros no le constaban o debían probarse y los restantes que no eran ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, ausencia de requisitos para acceder al derecho reclamado, falta de legitimación por pasiva y las que de oficio declare el juez.

En su defensa argumentó que el Comité que se llevó a cabo entre el Instituto de Seguros Sociales y la administradora de pensiones ING, estableció que era dicho fondo el responsable de la pensión de vejez deprecada, conforme a lo preceptuado en los artículos 15 y 17 del Decreto 692 de 1994; y que la solicitud de pensión de la demandante no reúne los requisitos exigidos para conceder la prestación económica a cargo del ISS.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Primero Laboral del Circuito de Manizales, puso fin a la primera instancia con sentencia del 10 de diciembre de 2009, en la que declaró probada la excepción de “Ausencia de requisitos para acceder al derecho reclamado”, absolvió al Instituto de Seguros Sociales de todas las pretensiones incoadas y condenó en costas a la demandante.

Para arribar a esa determinación, el a quo estimó que la actora no aportó el documento idóneo para establecer el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez y, por consiguiente, “no cumplió con el requisito de la carga de la prueba que la ley le impone al hecho que quiere probar”.

IV. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Inconforme con la anterior decisión la parte promotora de la litis apeló, y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, mediante sentencia del 19 de marzo de 2010, declaró que la última vinculación válida de la demandante Teresa López Montoya al sistema general de pensiones, fue al Instituto de Seguros Sociales y, como consecuencia de ello, ordenó a éste reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez, en régimen de transición, a partir del 9 de junio del 2008, aplicando el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 en lo que tiene que ver con edad, semanas de cotización y monto de la pensión. También señaló que la cuantía de la prestación económica debía ser inferior al salario mínimo legal, junto con las mesadas adicionales y los incrementos anuales. Adicionalmente, condenó al ISS a cancelar el retroactivo pensional causado desde el 9 de junio de 2008 debidamente indexado; lo absolvió de las demás pretensiones y le impuso las costas de ambas instancias.

La Colegiatura comenzó por decir, que el a quo se había equivocado, porque la edad de la demandante si estaba acreditada en el proceso con la copia de la cédula de ciudadanía que obra a folios 17, habiendo cumplido los 55 años el 9 de junio de 2008. Consideró, en consecuencia, que era del caso abordar el fondo del asunto para establecer a cuál régimen se encontraba vinculada la afiliada, es decir, sí al de prima media con prestación definida que administra el ISS, según lo

planteado en el libelo demandatorio, o al de ahorro individual como lo manifestó la demandada en la resolución No. 7442 del 24 de octubre de 2008.

Esgrimió que como el propio ISS lo reconoce se trata de una <múltiple vinculación> que “incluso habría sido definida en comité celebrado entre dicha entidad de seguridad social y los fondos de pensiones que administran el RAIS, lo que implica que sea necesario determinar a la luz de la legislación vigente para la fecha en que ocurrió el riesgo, es decir, para el 9 de junio de 2008, a cuál de los regímenes pensionales se encontraba válidamente vinculada la señora LÓPEZ MONTOYA”. Al respecto expresamente señaló:

“(…) En lo referente al traslado de regímenes pensionales, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, en lo pertinente establece:

<DILIGENCIAMIENTO DE LA SELECCIÓN Y VINCULACIÓN. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

(....) Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado>.

Teniendo en cuenta que el artículo citado establece una previsión especial para los trabajadores que estuvieran vinculados al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES al 31 de marzo de 1994, en primer término se hará claridad sobre dicho concepto”.

Agregó que debía acudir a la normativa anterior al Sistema General de Pensiones, o sea al Decreto 3063 de 1989, aprobatorio del Acuerdo 044 del mismo año, mediante el cual se adoptó el Reglamento de registro, inscripción, afiliación y adscripción a los seguros sociales obligatorios. Luego dijo:

“Del análisis de las causales de desafiliación contenidas en el artículo 39 del citado Acuerdo, puede afirmarse que se encontraban vinculados al Instituto aquellos trabajadores respecto de los cuales no se hubiera presentado el aviso de retiro por parte de la empresa, o cuya novedad de retiro no se hubiera reportado en la respectiva autoliquidación.

En este orden de ideas, debe entenderse que los trabajadores vinculados al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES al 31 de marzo de 1994, eran aquellos que a esa fecha no se encontraban en ninguna de las causales de desafiliación automática previstas en el artículo 39 del Acuerdo

044 de 1989 y, por tal razón, son los destinatarios de los efectos jurídicos establecidos en el inciso final del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, es decir, podían continuar en dicho Instituto sin necesidad de diligenciar ningún formulario o comunicación para hacer constar su vinculación (...). En consecuencia, dichos trabajadores podían ejercer en cualquier momento la opción de traslado.

Es oportuno precisar que cuando se haga referencia al término “afiliación” se entenderá la realizada al Sistema General de Pensiones, en tanto que el término “vinculación” se reserva para la que se efectúa ante una determinada entidad administradora.

Para determinar la entidad ante la cual se encuentra vinculado un trabajador, también debe aplicarse la previsión contenida en el artículo 5° del Decreto 228 de 1995, norma cuyo tenor literal es el siguiente:

<El reporte de novedades al Instituto de Seguros Sociales, cualquiera que sea su modalidad, en ningún caso constituye, respecto del trabajador, la afiliación al Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de Seguros Sociales, específicamente en lo que se refiere al artículo II del Decreto 692 de 1994>.

Finalmente, de conformidad con lo establecido en el Decreto 692 de 1994, se entiende confirmada la vinculación cuando la solicitud presentada no reúna los requisitos mínimos establecidos en el artículo 11 del citado Decreto, siempre y cuando, dentro del mes siguiente a la presentación de ésta, la entidad administradora seleccionada no hubiere comunicado tal circunstancia al solicitante y al respectivo empleador”.

Luego el ad quem señaló que la situación de los trabajadores que estaban vinculados al ISS el 31 de marzo de 1994, y con posterioridad a tal fecha diligenciaron formulario de “vinculación o ratificación ante el citado Instituto y antes de que transcurrieran tres años seleccionaron el Régimen de Ahorro Individual”, se resuelve con fundamento en lo dispuesto en el inciso final del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Lo anterior, ya que el diligenciamiento del formulario ante el ISS, efectuado con posterioridad a dicha fecha, no tiene efectos de selección (ya que el trabajador, según el artículo 11 citado, continúa vinculado al ISS, sin necesidad de diligenciar ningún formulario o comunicación donde conste tal vinculación) y en tal medida el trabajador está facultado para ejercer la opción de traslado en cualquier momento. Tampoco se entenderá como selección de régimen el formulario diligenciado por el trabajador ante el ISS, cuando él se desvincule laboralmente con posterioridad al 31 de marzo de 1994, y “decide continuar cotizando al Instituto al vincularse nuevamente”. Anotó a continuación:

“En consecuencia, el trabajador que encontrándose en cualesquiera de las situaciones descritas, seleccionó el Régimen de Ahorro Individual antes de que transcurrieran tres años contados a partir del diligenciamiento de la solicitud de vinculación o ratificación realizada ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, se entenderá vinculado a la administradora del Régimen de Ahorro Individual opcionada o a la que hubiere elegido posteriormente de conformidad con los requisitos legales pertinentes.

De otro lado, el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, establece:

<Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la

administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria>.

Del texto transcrito es dable afirmar que, los traslados efectuados por la demandante entre regímenes respetaron los plazos mínimos de permanencia, veamos:

- Del tenor de la Relación de novedades de folio 36 se infiere que la demandante se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 1977/01/20.

- El día 1 de agosto de 1996 la petente decidió trasladarse al régimen de prima media con prestación definida (sic) y estuvo realizando aportes allí hasta el mes de mayo de 2003 (fls. 32, 33 y 41).

- Del reporte de semanas de cotización obrante a folio 25 se desprende que a partir del 2 de febrero de 2004 la señora LOPEZ MONTOYA registra, nuevamente aportes al régimen de prima media con prestación definida. Quiere decir lo dicho en precedencia, que la accionante luego de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 escogía trasladarse al régimen de prima media con prestación definida y habría permaneció (sic) allí hasta el año 2003, retornando al ISS en el año 2004, lo que implica que se respetaron los plazos mínimos de permanencia para el traslado entre regímenes. Máxime si se tiene en cuenta que para el 1 de abril de 1994 la demandante ya tenía acreditados al sistema más de quince años de aportes, circunstancia que le otorgaba la facultad de regresar en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, el ISS manifiesta que la nueva vinculación de la demandante a la entidad, es decir, la ocurrida en febrero de 2004, no tuvo validez porque para ello no se cumplieron los requisitos del artículo 11 del Decreto 692 ib., pues la señora TERESA LÓPEZ MONTOYA no realizó las gestiones pertinentes para efectuar el traslado entre regímenes, sino que comenzó a pagar los aportes sin que mediara una actuación administrativa de retorno al régimen de prima media que validara tales desembolsos.

A decir verdad, en el plenario no aparece prueba alguna que desvirtúe las apreciaciones de la entidad convocada al proceso y más bien parece que fue apenas en mayo de 2008 que la actora emprendió las acciones tendientes a la normalización de su vinculación al ISS.

Arriba la Sala a tales conclusiones, porque en respuesta al derecho de petición de folios 23 y 24, ING pensiones y cesantías le manifiesta a la petente que la solicitud de traslado que ella efectuó el 20 de mayo de 2008 debía ser resuelta por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y que se estaría a la espera de la autorización de esa entidad para adelantar las gestiones necesarias para el efecto si a ello hubiere lugar. Igualmente, de la certificación expedida por dicho Fondo el 3 de junio de 2008, fi. 41, se colige que para dicha calenda la señora LÓPEZ MONTOYA aún aparecía afiliada a dicha entidad.

Empero, el artículo 12 del Decreto 962 de 1994, dispone:

<ARTICULO 12. CONFIRMACION DE LA VINCULACIÓN. Cuando la vinculación no cumpla los requisitos mínimos establecidos, las administradoras deberán comunicarlo al solicitante y al respectivo empleador dentro del mes siguiente a la fecha de solicitud de vinculación.

Si dentro del mes siguiente a la solicitud de vinculación, la respectiva administradora no ha efectuado la comunicación prevista en el inciso anterior, se entenderá que se ha producido dicha

vinculación por haberse verificado el cumplimiento de todos los requisitos establecidos para el efecto.> (Subrayado de la Sala).

Con base en las anteriores circunstancias fácticas y legales, habrá de tenerse que la afiliación de TERESA LÓPEZ MONTOYA al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, es válida y produce todos los efectos jurídicos”.

El ad quem manifestó, que si bien es cierto en un principio se podía sostener que el conflicto sobre la vinculación múltiple de la demandante había sido resuelto en reunión del ISS, ASOFONDOS y el fondo de pensiones ING, en la que se acordó que el Instituto demandado trasladara los respectivos aportes a ING, lo cual estaría en armonía con lo adocinado por la Sala de Casación Laboral en sentencia del 14 de junio de 2005 radicado 24339, en el sentido de que los jueces no pueden apartarse de la solución impartida por las administradoras de pensiones en acatamiento de lo estipulado en el párrafo del artículo 17 del Decreto 692 de 1994; sucede que esa directriz no se puede compartir, en la medida que esa decisión de las AFP no hace tránsito a cosa juzgada, y por lo mismo la justicia laboral ordinaria si tiene competencia para definir cuál es la entidad encargada de asumir el reconocimiento y pago de la prestación económica deprecada, aun cuando no se desconoce que el Decreto 3995 de 2008 en el párrafo del artículo 1° excluye “1. Las personas cuya situación de múltiple vinculación haya sido decidida conforme a las normas vigentes antes de la entrada en vigencia del presente Decreto”.

Finalmente concluyó:

“(.....) Así pues, si se tiene en cuenta que la demandante para la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con más de 35 años de edad (fl. 17) y tenía cotizadas al sistema general de pensiones un total de 936,4286 semanas y que su última vinculación válida la tuvo con el ISS, deberá ordenarse a esta entidad que le reconozca la pensión de vejez deprecada a partir del 9 de junio de 2008, en atención al régimen de transición que gobierna su situación pensional, esto es, dando aplicación al artículo 12 del decreto 758 de 1990 en lo que tiene que ver con edad, semanas de cotización y monto de la pensión, sin que en ningún caso la cuantía de la prestación económica pueda ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente.

Ahora bien, conforme se solicita en la demanda (folio 5), la reclamante tiene derecho a que el pago retroactivo de las mesadas pensionales desde el 9 de junio de 2008, se efectúe por el ente de seguridad social demandado pero de manera plena, es decir, sometiendo a indexación cada una de las mesadas debidas desde la anterior fecha, hasta cuando se produzca la satisfacción de la obligación que en este fallo se crea a favor de la demandante (.....). Para el efecto el ISS aplicará la siguiente formula: VA (valor actualizado) = IPCT (índice de precios al consumidor de referencia o actual) / IPCI (índice de precios al consumidor inicial) x C (capital o valor a actualizar)”.

V. EL RECURSO DE CASACIÓN

La censura con el recurso extraordinario, persigue, según lo dijo en el alcance de la impugnación, que se **CASE TOTALMENTE** la sentencia impugnada, que ordenó a la entidad demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez junto con el retroactivo debidamente indexado, para que, en sede de instancia, la Corte confirme el fallo del a quo que absolvió de todas las pretensiones al Instituto demandado.

Con tal propósito, invocó la causal primera de casación laboral consagrada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, y formuló dos cargos que merecieron réplica, los cuales aun cuando están

orientados por distinta vía se estudiarán conjuntamente por denunciar similar conjunto normativo, contener una argumentación común que se complementa, perseguir idéntico fin y porque la solución que a los mismos corresponde es igual para ambas acusaciones.

VI. PRIMER CARGO

Acusó la sentencia recurrida de violar por la vía **directa**, en la modalidad de **infracción directa**, el “literal a), inciso 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, artículos 1 y 2 del decreto 3800 de 2003 y del artículo 2 literal e) de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993”.

Para la demostración del cargo, el recurrente propuso a la Corte el siguiente planteamiento:

“(....) El ad quem al aceptar que en el presente caso el problema jurídico se basa en el discernimiento de si existe o no múltiple vinculación en el caso de la señora Teresa López Montoya, debió como primera medida, apreciar en su conjunto la diversidad normativa que regula el traslado entre regímenes, así como las condiciones establecidas en las mismas, para que el traslado produzca los efectos jurídicos pretendidos por la demandante.

Incurrir el Juez colegiado en el cargo que se le indilga, por cuanto desconoció lo preceptuado en el inciso 5° literal a) del artículo 36 de la ley 100 de 1993. En el artículo citado se hace referencia a que las personas que se trasladen del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por los Fondos Privados, perderán el régimen de transición. Sin embargo, se hace claridad en que las personas que cumplan con los requisitos de edad (35 años si se es mujer) y tiempo cotizado (15 años) al primero de abril de 1993, podrán regresar al régimen de prima media del ISS en cualquier tiempo.

Empero, para que dicho traslado opere, debe cumplirse con el lleno de los requisitos establecidos en el inciso 5° literal e) del artículo 36 de la mencionada Ley 100 de 1993:

<(....) a) Que se trasladen al fondo común de naturaleza pública del ISS, el capital ahorrado en su cuenta individual de conformidad con las normas previstas por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

b) Que el capital ahorrado en la cuenta individual, descontado el bono pensional no sea inferior al monto de las cotizaciones correspondientes en caso que hubieran permanecido en el régimen de prima media administrado por el ISS>

Es decir, que para que el traslado entre regímenes pueda realizarse y surta los efectos jurídicos deseados por la demandante; debe probarse que se ha cumplido con los dos requisitos anteriores y para ello es necesario el concurso tanto del ISS, como del fondo privado al cual se encuentra afiliado el peticionario de la pensión; que en el presente caso sería ING Pensiones y Cesantías SA., el cual cabe mencionar, no fue vinculado al presente proceso y por ende la orden dada por el Tribunal recurrido no se puede cumplir a cabalidad por parte del ISS, toda vez que el Fondo Privado tiene en la cuenta de ahorro individual de la señora Teresa López Montoya, parte del capital necesario para financiar su pensión de vejez.

De igual manera, se reveló el Tribunal contra lo preceptuado en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 3800 de 2003.

(.....)

Al respecto está probado y ello no se discute, que a la señora Teresa López Montoya para el 28 de enero de 2004, le hacían falta menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad requerida para alcanzar el status de pensionada; pues se tiene que la demandante nació el 9 de junio de 1953, quiere decir ello que con aplicación del régimen de transición debería estar pensionada a partir del 9 de junio de 2008, y entre el 28 de enero de 2004 y la fecha anterior, existe una diferencia de menos de 10 años. Atendiendo a la legislación transcrita, se tiene entonces que el Tribunal desconoció el hecho de que la señora López Montoya tuvo un período de gracia para trasladarse de régimen comprendido entre el 29 de enero de 2003 (fecha en que fue expedida la Ley 797 de 2003) y el 28 de enero de 2004, fecha límite establecida por el Decreto 3800 de 2003.

Toda vez que la demandante no manifestó su voluntad de afiliación, dentro del plazo legal estipulado (28 de enero de 2004), sino que a partir del 2 de febrero del mismo año, decidió mutuo propio, comenzar a cotizar al ISS; según los términos del Decreto 3800 en mención, se tendrá como válida la vinculación a la última entidad que cotizó con anterioridad al 28 de enero de 2004, es decir, para el presente caso a ING Pensiones y Cesantías S.A..

Por ello, el problema de la multifiliación, no puede resolverse sólo bajo las premisas del Decreto 692 de 1994 y del Decreto 228 de 1995, como erradamente lo dedujo el Tribunal, haciendo caso omiso de las normas posteriores que se expedieron y que regulaban la materia en cuestión”.

VII. SEGUNDO CARGO

Atacó la sentencia de segundo grado de violar por la senda indirecta, en el concepto de aplicación indebida, respecto de los artículos 36 de la Ley 100 de 1993, 1, 2 y 3 del Decreto 3800 de 2003 y 2° literal e) de la Ley 797 de 2003.

Adujo que la anterior transgresión de la ley se produjo por haber incurrido el Tribunal, en los siguientes errores evidentes de hecho:

“1) No dar por demostrado, estándolo, que la señora Teresa López Montoya, para la fecha en que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez ante el ISS, se encontraba legalmente vinculada al Fondo de Pensiones y Cesantías ING S.A..

2) No dar por demostrado, estándolo, que para que procediera el cambio de régimen solicitado por la señora López Montoya, debía primero procederse a trasladar los dineros que la demandante tuviera en el fondo privado en su cuenta de ahorro individual al ISS.

3) No dar por demostrado, estándolo, que la entidad llamada a reconocer la pensión solicitada es la Administradora de Fondos de pensiones ING S.A..

4) No dar por demostrado, estándolo, que al proceso debió vincularse a la NG Pensiones y Cesantías.

5) Dar por demostrado, sin estarlo, que la entidad llamada a reconocer el pago de la prestación solicitada, es el Instituto del Seguro Social.

6) Dar por demostrado, sin estarlo, que la demandante se encontraba legalmente vinculada al SS al momento de reclamar la pensión de vejez”.

Expresó que los anteriores yerros fácticos, tuvieron origen en “PRUEBAS Y PIEZAS PROCESALES NO APRECIADAS O VALORADAS EN INDEBIDA FORMA”, tales como:

- “1. Poder para actuar (fl. 3)
2. Demanda (fl 4 y SS)
3. Memorial del 11 de junio de 2008 donde se da respuesta por parte de ING Pensiones a la demandante, en relación a que el traslado sólo procede cuando el ISS lo solicite al Fondo Privado y anexe los respectivos soportes (fl 19,20).
4. Informe de inconsistencias de nómina por multivinculados (fl 28 a 31).
5. Extracto ING de fecha 3 de junio de 2008, donde se reporta como activa en ING Pensiones a la señora López Montoya. (fl 34).
6. Certificación de vinculación vigente a fecha 3 de junio de 2008 (fl. 41).
7. Liquidación de bono pensional por parte del Ministerio de Hacienda (fl. 42 a 45).
8. Certificado de matrícula de Agencia de ING Pensiones y Cesantías S.A. (fl. 107-108”.

Para la demostración del cargo, la censura sostiene lo siguiente:

“(.....) Los documentos de folios 3 y 4 y ss. demuestran que la intención de la demandante era constituir en litisconsorcio necesario tanto al Instituto de Seguros Sociales como a ING pensiones y Cesantías S A, ya que en el poder aparece expresamente el mandato de reclamar la pensión ante los dos fondos de pensiones; así mismo, en el cuerpo de la demanda aparecen relacionadas las actuaciones de la demandante ante ING y las respuestas que dicha administradora dio a la señora López Montoya. De igual manera corrobora lo dicho, la certificación de la Cámara de Comercio de Manizales allegada a folios 107 y 108 de la demanda. Corrobora lo anterior, la liquidación del bono pensional anexada a folios 42 a 45, donde se demuestra más aún, la necesidad de vincular al proceso a ING Pensiones, por cuanto la decisión que tomen los jueces de instancia pueden afectar su patrimonio.

El documento de folios 19 y 20 demuestra que se le informó a la demandante que su afiliación al Fondo de Pensiones ING estaba vigente a junio de 2008, lo que desvirtúa que quien debe realizar el pago de la pensión reclamada sea el ISS, hasta tanto no se realice el traslado en los términos requeridos por la Ley 100 de 1993, las leyes que la modifiquen o adicionen y los demás Decretos reglamentarios.

En el documento que aparece a folios 28-31, el ISS informa que ya se ha realizado el comité de verificación de las personas que presentan multivinculación, estando dentro de ellas la demandante; así mismo, se define qué entidad es la encargada de asumir el pago de las prestaciones solicitadas por dichos afiliados; definiéndose que para el caso de la señora Teresa López Montoya, quien debe asumir el pago de las prestaciones es ING Pensiones y Cesantías S.A.

Por último con los documentos allegados a folios 34, se corrobora que a la fecha de solicitud del reconocimiento pensional, la demandante se encontraba activa en la vinculación al fondo

privado.

Pese a que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, advirtió que <A decir verdad, en el plenario no aparece prueba alguna que desvirtúe las apreciaciones de entidad convocada al proceso y más bien parece que fue apenas en mayo de 2008 que la actora emprendió las acciones tendientes a la normalización de su vinculación al ISS>. (folio 19 sentencia del Tribunal).

Y continúa: <Arriba la Sala a tales conclusiones, porque en respuesta al derecho de petición de folios 23 y 24. ING pensiones y cesantías le manifiesta a la petente que la solicitud de traslado que ella efectuó el 20 de mayo de 2008 debía ser resuelta por el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y que se estaría a la espera de la autorización de esa entidad para adelantar las gestiones necesarias para el efecto si a ello hubiere lugar. Igualmente, de la certificación expedida por dicho fondo el 3 de junio de 2008, fl. 41, se colige que para dicha calenda la señora **LÓPEZ MONTOYA** aún aparecía afiliada a dicha entidad>.

No obstante lo anterior, el tribunal acusado, basándose en el artículo 12 del decreto 962 de 1994, llegó a la conclusión de que la afiliación al Seguro Social de la señora Teresa López Montoya para la época del reclamo de la pensión era válido.

Con tal manifestación el fallador de segundo grado incurrió en evidente error de hecho al no dar por probado, mediante los documentos de folios 23, 24, 28, a 31, 34 y 41, que la demandante se encontraba legalmente vinculada al Fondo de Pensiones y Cesantías ING, para el momento de la reclamación de la prestación y que por tanto, es a esa Administradora de Fondos de Pensiones y no al Instituto de Seguros Sociales, a quien debe reclamarse el pago de la pensión.

Si el Tribunal, hubiese apreciado en debida forma dichos documentos, necesariamente debería haber llegado a la conclusión de que en el presente caso no hay lugar a condenar al Instituto que represento y en ese caso confirmar el fallo de primera instancia, en cuanto decidió absolverlo de todas las pretensiones”.

VIII. LA RÉPLICA

A su turno, la parte demandante presentó réplica y solicitó rechazar los cargos por ser incompleta la proposición jurídica y denunciar básicamente leyes adjetivas o procedimentales.

En cuanto al fondo del asunto dijo en relación al primer cargo, que al contrario de lo afirmado por el recurrente, el Tribunal para resolver el problema jurídico sí analizó ampliamente la normatividad relativa al traslado entre regímenes pensionales, sin que el ataque propuesto desvirtúe los verdaderos soportes de la decisión impugnada.

Y en lo que tiene que ver con el segundo cargo, dijo que el Juez colegiado no cometió ningún error fáctico, porque apreció correctamente el material probatorio, además que los fundamentos de la sentencia impugnada son en esencia de índole jurídica.

Por último, expuso que la demandante por contar con más de 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994, podía regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, lo cual se produjo después de cumplido el término de permanencia mínima entre regímenes, siendo válida la vinculación al ISS, la cual produce todos los efectos jurídicos, lo que lleva a que sea esta última entidad de seguridad social la llamada a reconocer la pensión de vejez reclamada, conforme al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, que permite obtener esa prestación económica en los términos en que lo dispuso el Tribunal.

IX. SE CONSIDERA

Primeramente es de advertir, que la Sala no encuentra ninguna deficiencia en la proposición jurídica de los cargos, por cuanto las normas denunciadas son suficientes para cumplir con esta exigencia legal, máxime que corresponden a aquellas que fueron la base esencial de la sentencia impugnada.

Como puede observarse de la lectura de los cargos, se pone a consideración de la Corte el tema relativo a la validez de la última vinculación de la demandante a una administradora privada de pensiones, para determinar si el Instituto demandado tiene la obligación de responder por la pensión de vejez reclamada. Para ello, en el primer cargo, orientado por la vía directa, se plantea el tema de la multifiliación, que en decir del recurrente debe resolverse no solo a la luz de los Decretos 692 de 1994 y 228 de 1995, sino también teniendo en cuenta lo regulado por el inciso 5° literal e) del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 3800 de 2003, y 2° literal e) de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la citada Ley 100 de 1993; y en el segundo cargo, dirigido por la senda indirecta, se pretende acreditar que para el momento en que se solicitó el reconocimiento y pago de la prestación de vejez, la actora se encontraba vinculada al Fondo de Pensiones y Cesantías ING S.A., ya que para que procediera el cambio al régimen de prima media con prestación definida, debieron primero trasladarse al ISS los dineros que la afiliada tuviera en ese fondo privado de pensiones en su cuenta de ahorro individual, y como ello no ocurrió, el Instituto demandado no es el llamado a reconocer la pensión de vejez.

Son hechos indiscutidos en sede de casación: (i) Que la demandante nació el 9 de junio de 1953 y cumplió los 55 años de edad, el mismo día y mes del año 2008; (ii) Que ésta se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 20 de enero de 1977, siendo la vinculación al Instituto de Seguros Sociales de esa misma fecha, conforme da cuenta la relación de novedades obrante a folio 36 del cuaderno del Juzgado, para lo cual realizó cotizaciones hasta el ciclo de noviembre de 1996, según el reporte de folio 25; (iii) Que la actora en el año 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual, habiendo realizado aportes hasta el mes de mayo de 2003, como se desprende de las documentales expedidas por el fondo privado de pensiones ING de folios 32, 33 y 41; (iv) Que la accionante sin hacer manifestación escrita de traslado, registra nuevamente aportes al régimen de pensiones de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales, a partir del 2 de febrero de 2004, tal como figura en el reporte de semanas cotizadas de folio 25, habiéndose retirado del sistema el 17 de julio de 2007 como aparece a folio 27; y (v) Que al 1° de abril de 1994 cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, la promotora del proceso tenía más de 35 años de edad, y contaba con 936,4286 semanas cotizadas al ISS.

Planteadas así las cosas, lo primero que debe acotar la Sala en relación con los temas propuesto en el primer cargo, es que en el asunto a juzgar no estamos frente de una situación de multifiliación, por lo siguiente:

1.- La múltiple afiliación se presenta cuando no puede ser válida la última si no se realiza dentro de los términos previstos en la ley. El artículo 17 del Decreto 692 de 1994 al prohibir la múltiple vinculación, señaló que el afiliado sólo podrá trasladarse de régimen o de administradora de pensiones, cuando dicho cambio se lleve a cabo en los plazos que para tal efecto se tienen fijados, resultando válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales; las demás no serán válidas ni legítimas, debiéndose proceder a transferir la totalidad de los saldos a la administradora cuya afiliación resulte válida.

2.- Para el traslado de régimen, que es el punto que interesa al recurso extraordinario, una vez efectuada la selección inicial, los afiliados al sistema general de pensiones sólo podrán trasladarse de régimen transcurridos tres (3) años conforme a lo estipulado en el artículo 15 del Decreto 692 de 1994. Con la entrada en vigencia del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ese término se amplió a cinco (5) años.

3.- Como bien lo determinó el Tribunal, los traslados de régimen de la demandante se cumplieron dentro de los términos previstos en la ley, pues la permanencia en cada régimen superó con creces los años exigidos en los anteriores preceptos legales.

De ahí que, en este asunto, no se presenta una situación de múltiple vinculación, pues las diferentes vinculaciones y/o cotizaciones no se hicieron de manera simultánea en los dos regímenes pensionales, generando confusión acerca de cuál es la administradora que debe responder por la prestación de vejez, sino que en distintas épocas la actora estuvo afiliada al de prima media con prestación definida y al sistema de ahorro individual, respetando los términos de permanencia mínima. Tampoco se presenta simultaneidad en la fecha de vinculación a los regímenes; y por lo mismo, no podía realizarse un acuerdo entre las administradoras para definir un conflicto originado en una multifiliación que realmente no existió.

En estas circunstancias, la discusión queda reducida a dirimir si la demandante podía retornar al régimen de prima media con prestación definida y si es válida la última vinculación al ISS, teniendo en cuenta que, de un lado, la afiliada no tramitó por escrito este traslado, ni diligenció el respectivo formulario y, de otro lado, tampoco el fondo de pensiones efectuó la transferencia al ISS de los dineros ahorrados por la actora.

El artículo 11 del Decreto 692 de 1994 establece que una vez seleccionado el régimen, la vinculación con la respectiva administradora debe hacerse mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto. En el sub lite, el Tribunal determinó que tal como lo alegó el instituto demandado, este requisito no se había cumplido, “pues la señora TERESA LÓPEZ MONTROYA no realizó las gestiones pertinentes para efectuar el traslado entre regímenes, sino que comenzó a pagar los aportes sin que mediara una actuación administrativa de retorno al régimen de prima media que validara tales desembolsos”. Sin embargo consideró que esa nueva vinculación al ISS era válida y producía todos los efectos jurídicos, por cuanto esa administradora de pensiones recibió los aportes entre el 2 de febrero de 2004 y el 17 de julio de 2007, esto es, por espacio de tres (3) años, cinco (5) meses y quince (15) días, sin que hubiera aducido falta de afiliación por haberse omitido diligenciar el formulario respectivo.

La anterior inferencia no resulta equivocada, si se tiene en cuenta que la misma expresa lo que se ha denominado <aceptación tácita de la afiliación>, consistente en que, cuando hay silencio de la administradora de pensiones con relación a las posibles deficiencias de la afiliación o vinculación, y al tiempo ésta recibe el pago de aportes por un tiempo significativo, se da una manifestación implícita de voluntad del afiliado, aceptada por la administradora, que lleva a que no pueda perderse el derecho a la pensión, a pesar de la falta de diligenciamiento del formulario, siempre y cuando se den las demás exigencias legales para acceder a esa prestación. En efecto, en sentencia del 19 de julio de 2011 radicado 40531, la Sala tuvo la oportunidad de estudiar el tema y en un proceso de contornos similares contra una administradora de pensiones del régimen de ahorro individual donde se solicitaba una pensión de sobrevivientes, cuyas directrices son perfectamente aplicable a este asunto, puntualizó:

“... para el tribunal el hecho que el fondo hubiere recibido aportes por parte del empleador del actor durante 10 meses, sin haber hecho manifestación alguna, durante este lapso, sobre la falta de diligenciamiento del formulario de afiliación del trabajador, lo llevó a deducir una “**afiliación tácita**”.....”

(...)

Se tiene, conforme a la parte motiva de la sentencia recurrida, que el Tribunal consideró que si bien era cierto que el diligenciamiento del formulario de la afiliación es un requisito indispensable dispuesto en el **artículo 11 del D. 692 de 1994** que indica que “[e]fectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos”, también lo era, en su concepto, que la falta de este “formalismo” no podía ser la talanquera para el reconocimiento del derecho, y el trabajador que haya efectuado los correspondientes aportes, o sus derechohabientes, se vean desprotegidos una vez se presente una contingencia.

(...)

Para el ad quem, dado el caso particular del causante, donde no hubo afiliación al fondo demandado (ni a ningún otro), pero sí se cotizó durante 10 meses sin que la entidad administradora de seguridad social hubiese comunicado la falta de afiliación, la omisión del diligenciamiento del formulario respectivo no podía conducir a la exoneración de la administradora en el reconocimiento de la pensión si se daban los demás requisitos exigidos por la ley; por tal razón, asentó la premisa de la ocurrencia de la **aceptación tácita de la afiliación** ante el silencio del fondo.

La anterior conclusión a la que arribó el sentenciador ad quem no podía contradecir los artículos denunciados por la censura por interpretación errónea, como quiera que estas disposiciones no regulan la responsabilidad del fondo en el caso que este reciba cotizaciones de personas no afiliadas y no alegue la ausencia de afiliación sino justo cuando se le reclama una prestación del sistema. Aunado a que el ad quem, de tales artículos, solo hizo referencia al artículo 11 del D. 692 de 1994 en lo referente al procedimiento a seguir para llevar a cabo la afiliación del trabajador, para sustentar que el diligenciamiento del formulario de afiliación ante la respectiva administradora de pensiones es un requisito indispensable, lo cual coincide plenamente con el sentido de la norma; y la consideración que agregó seguidamente, sobre que “la falta de este 'formalismo' no puede ser la talanquera para que el trabajador que haya efectuado los correspondientes aportes o sus derechohabientes, se vean desprotegidos una vez se presente la contingencia”, tampoco la contradice, como quiera que la precitada disposición ni siquiera prevé la hipótesis de que se cotice sin afiliación, como para predicar inteligencia equivocada de la norma.

(...)

El artículo 10 del D. 1161 de 1994, dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria, relacionado en el cargo, efectivamente, como lo dice la demandada, regula las consignaciones de personas no vinculadas, ordenando que, en tal evento, las administradoras inmediatamente detecten el hecho “y en todo caso dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a la recepción, abonarán las sumas respectivas en una cuenta especial de cotizaciones de no vinculados”. Pero, también, en el inciso siguiente (el segundo) dispone:

<Así mismo, las administradoras deberán requerir a la persona que haya efectuado la consignación, con el objeto de determinar el motivo de la misma. Si la consignación obedeciere a un error, los dineros serán devueltos a la persona que la efectuó>.

Según el texto de la norma en cuestión, el fondo debe requerir a la persona que ha efectuado la consignación, con el objeto de determinar el motivo de esta, y, si la consignación obedece a un “error”, deberá devolverlos a quien los consignó. Deber que justamente el fondo demandado no cumplió según las premisas fácticas establecidas en instancia ya reseñadas y suficientemente ilustradas.

Por otra parte, no está demás (sic) advertir que el deber de informar sobre todo lo que afecte la situación de quienes acuden a las administradoras de pensiones es una constante en el régimen pensional del sistema de seguridad social integral. Como muestra de esto, basta ver el inciso sexto del **artículo 11 del D. 692 de 1994** que dispone que “[n]o se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse”. Y el artículo 12 ibídem que establece:

<Confirmación de la vinculación. Cuando la vinculación no cumpla los requisitos mínimos establecidos, las administradoras deberán comunicarlo al solicitante y al respectivo empleador dentro del mes siguiente a la fecha de vinculación.

Si dentro del mes siguiente a la solicitud de vinculación, la respectiva administradora no ha efectuado la comunicación prevista en el inciso anterior, se entenderá que se ha producido dicha vinculación por haberse verificado el cumplimiento de todos los requisitos establecidos para el efecto>. (Resalta de la Sala)

Como se puede ver, el silencio de la administradora de pensiones sobre las deficiencias de la afiliación, pasado un mes de la solicitud de vinculación, surte efectos positivos ante la solicitud de afiliación, es decir que esta se tiene por efectuada. Si esto sucede con la solicitud irregular de afiliación, por el silencio del fondo, con mayor razón ha de suceder lo mismo cuando se han realizado aportes al fondo por un tiempo suficiente, y este no ha cumplido con el deber de informar tan pronto tuvo conocimiento sobre la falta de afiliación; pues no cabe duda que los actos exteriores consistentes en el pago de aportes por varios meses lleva implícita una manifestación de voluntad por parte del trabajador, quien, ante el silencio del fondo, confía en que se encuentra protegido por el sistema de seguridad social.

(.....)

Amén de lo anterior, no está demás (sic) anotar la relevancia jurídica que le dio el ejecutivo a los aportes, al reglamentar los artículos 12, 13 y 16 de la Ley 100 de 1993 mediante el D. 3995 de 2008, para efectos de definir quién es el ente administrador en los casos de aportes sin afiliación; (...). El inciso 3° del artículo 5° del decreto precitado establece:

<En aquellos casos en que por una persona se hayan realizado cotizaciones sin que medie una afiliación al sistema, se entenderá vinculado el trabajador a la administradora donde realizó el mayor número de cotizaciones entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007. En caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Esta situación deberá ser informada al afiliado y al empleador para que se proceda a afiliar estos trabajadores al Sistema, mediante la suscripción del formulario respectivo. En este evento se tendrán en cuenta las cotizaciones realizadas antes de la

fecha de afiliación>.

Adicionalmente, es de resaltar que la solución dada por el ad quem al caso particular del sub lite, justamente, responde al mandato constitucional contenido en el artículo 48 que garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y la reconoce como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Es evidente que sería letra muerta el principio de eficiencia si se permitiera que el fondo se exonerara del reconocimiento de la pensión de invalidez pese a que el beneficiario ha cotizado el tiempo requerido para tener el derecho y reúna los demás requisitos (como en el sub lite) solo porque faltó el diligenciamiento del formulario, y el fondo solo se lo vino a decir justo cuando reclama la prestación a que tiene derecho. Tampoco, se le estaría garantizando el derecho constitucional a la seguridad social.

No sobra precisar que, conforme al artículo 333 superior, las empresas tienen una función social, función que debe ser más exigente cuando se trata de personas jurídicas encargadas de administrar el sistema de seguridad social en pensiones como ocurre con la recurrente; importa también señalar que el inciso 5° del artículo 48 de la carta Política señala que “no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”; lo anterior impone interpretar que sería contraria a los principios que informan a la seguridad social que cotizaciones realizadas por el trabajador y por el empleador destinadas a financiar los riesgos de la seguridad social, fueran desviados a cuentas neutras y amorfas, y no a realizar los fines superiores perseguidos por la seguridad social que por esencia les corresponde.

En el presente caso, se reitera, el fondo omitió dar información al trabajador y al empleador, oportunamente, sobre la falta de afiliación, y no es para nada razonable que resulte favorecida de su propia omisión, máxime que el trabajador efectivamente realizó los aportes al sistema contribuyendo así a la sostenibilidad financiera del sistema.

Ya esta Sala ha señalado cuál es el papel que cumplen las administradoras en el sistema general de pensiones; dada la naturaleza de servicio público de la seguridad social cuya administración tienen a su cargo, estas no pueden asumir una actitud pasiva y beneficiarse de ella, en detrimento de los derechos de los interesados a la seguridad social (.....”).

En cuanto a lo argumentado por el recurrente, en el sentido de que conforme a lo dispuesto en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto 3800 de 2003, la demandante, por faltarle al **28 de enero de 2004**, 10 años o menos para cumplir la edad para adquirir el derecho a la pensión de vejez, “tuvo un **período de gracia para trasladarse de régimen comprendido entre el 29 de enero de 2003** (fecha en que fue expedida la Ley 797 de 2003) **y el 28 de enero de 2004**, fecha límite establecida por el Decreto 3800 de 2003. Toda vez que la demandante no manifestó su voluntad de afiliación, dentro del plazo legal estipula (28 de enero de 2004), sino que a partir del 2 de febrero del mismo año, decidió mutuo propio (sic), comenzar a cotizar al ISS; según los términos del Decreto 3800 en mención, se tendrá como válida la vinculación a la última entidad que cotizó con anterioridad al 28 de enero de 2004, para el presente caso a ING Pensiones y Cesantías S.A.”, no resulta de recibo por lo siguiente:

a.- El artículo 1° del Decreto 3800 de 2003 en que se respalda la postura del recurrente, reza: “**Traslado de Régimen de Personas que les falten menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.** De conformidad con lo señalado en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, las personas a las que a **28 de enero de 2004**, les faltare diez (10) años o

menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, podrán trasladarse por una única vez, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hasta dicha fecha”.

b.- El artículo 2° de la Ley 797 de 2003, al cual se remite el anterior precepto legal, con relación al punto objeto de controversia, señala su literal e) modificado: “Los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. **(Después de (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez)**”. El texto entre paréntesis y resaltado fue declarado exequible condicionalmente por la Sentencia C – 1024 del 20 de octubre de 2004, bajo el entendido “que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste –en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

c.- De acuerdo con la versión original del citado artículo 2° de la Ley 797 de 2003, las personas a quienes, al **28 de enero de 2004** (después de un año de vigencia de la Ley 797, que comenzó a regir el 29 de enero de 2003 según el Diario Oficial No. 45.079), les **faltare menos de diez años para cumplir la edad y tener derecho a la pensión de vejez**, inicialmente se les prohibió el cambio de régimen. Luego el artículo 1° del Decreto 3800 del 29 de diciembre de 2003, permitió su traslado por “una única vez”, pero colocando como fecha límite para hacerlo el referido 28 de enero de 2004. Posteriormente, mediante sentencia de exequibilidad condicionada C-1024 del 20 de octubre de 2004, de este contingente de personas se dejó a salvo a quienes se encontraban en esa situación y en régimen de transición que al 1° de abril de 1994 tenían 15 o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, quienes podían retornar al régimen de prima media “en cualquier tiempo”.

d.- En el caso de la demandante, aun cuando ésta es de aquellas personas que les hacía falta al 28 de enero de 2004, menos de 10 años para adquirir el derecho, por cuanto arribó a la edad de los 55 años el 9 de junio de 2008, se debe insistir, como atrás se dijo, que para la entrada en vigencia de la Ley 797 del 29 de enero de 2003 y para la data arriba mencionada, dicha afiliada ya tenía cumplido ampliamente el período de carencia o permanencia obligatoria de los tres (3) años, previsto en el artículo 15 del Decreto 692 de 1994, e incluso el de los cinco (5) años señalados en el artículo 2 de la citada Ley 797, habida consideración que venía vinculada en el régimen de ahorro individual desde el año 1996. Podía para esa época, por lo tanto, trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, como en efecto lo hizo, y cuya vinculación o retorno al ISS quedó legitimada con la denominada <aceptación tácita de la afiliación>, máxime que también era beneficiaria del régimen de transición que se conservó para aquellas personas que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1° de abril de 1994, tenían 15 o más años de servicios cotizados, independientemente de su género y edad.

e.- Por lo expresado, el período de gracia que refiere la censura no tiene aplicación en el asunto a juzgar.

De otro lado, por virtud del régimen de transición, los requisitos para acceder a la pensión de vejez de la actora se han de definir conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, tal como lo dedujo el Tribunal, es decir 55 años de edad y un

mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo.

Entonces, al resultar válida la última vinculación con el Instituto de Seguros Sociales, se tiene que la accionante únicamente con lo aportado al régimen de prima media con prestación definida, que como bien lo determinó el Tribunal, asciende a un total de 936,4286 semanas, de las cuales 669,5714 semanas corresponde a los últimos 20 años que anteceden al cumplimiento de la edad mínima, superando con creces las 500 semanas exigidas por los reglamentos del ISS, se concluye que reúne los requisitos para obtener la prestación por vejez a cargo de la demandada.

En estas condiciones, el hecho de que el fondo privado de pensiones ING S.A. no le hubiera aún trasladado al ISS los dineros que la demandante tenía en su cuenta de ahorro individual durante el tiempo que estuvo en el RAIS, no invalida el cambio de régimen, ni le hace perder el derecho al reconocimiento y pago de la prestación por vejez, por ser suficientes las semanas cotizadas en prima media con prestación definida. Además, el Instituto demandado puede solicitar a ING S.A. el traslado de los fondos para la financiación de la pensión. Lo precedente sobre el cumplimiento de semanas cotizadas se puede sintetizar en el siguiente cuadro:

FECHA DE NACIMIENTO		=	09/06/1953	
VEINTE AÑOS ANTERIORES AL CUMPLIMIENTO DE LA EDAD 55 AÑOS				
DESDE		=	09/06/1988	35 AÑOS
PERIODO	09/06/1988	31/12/1994	2.397	342,4286
INICIAL	01/01/1995	30/11/1996	700	100,0000
PERIODO	02/02/2004	09/06/2008	1.590	227,1429
SEMANTAS COTIZADAS AL ISS		=		<u>669,5714</u>
HASTA		=	09/06/2008	55 AÑOS

Por lo aquí dicho, el Tribunal no cometió ninguno de los yerros jurídicos enrostrados por la censura.

Pasando al segundo cargo, encauzado por la vía indirecta, al quedar definido jurídicamente que la última vinculación al Instituto de Seguros Sociales es válida, y que no es posible admitir un acuerdo entre las administradoras de pensiones en los términos que aparece en el oficio O.D.A. No. 08-14559 del 19 de septiembre de 2008 visible a folios 28 a 31, por no estarse en rigor frente a una situación de múltiple afiliación, no pueden prosperar los cargos fácticos endilgados. Es más, ninguna de las pruebas documentales que se denunciaron desvirtúan la afiliación o vinculación tácita que encontró el Tribunal, toda vez que para el momento en que se informa, reporta o certifica la vinculación de la actora al fondo de pensiones ING S.A., según las documentales de folios 19 - 20, 23 - 24, 34 y 41 del cuaderno del Juzgado, ya había operado el cambio de régimen y el retorno al sistema de prima media con prestación definida.

De suerte que, los cargos resultan infundados y por tanto no prosperan.

Costas a cargo de la entidad recurrente, por cuanto la demanda de casación no tuvo éxito y fue replicada, las cuales se fijarán en la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000.00) moneda

corriente, que se incluirán en la liquidación que para tal efecto practique la Secretaria.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida el 19 de marzo de 2010, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el proceso ordena promovido por TERESA LÓPEZ MONTOYA contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Costas en el recurso extraordinario, como se indicó en la parte motiva de este proveído.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE.

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ
CALDERÓN

ELSY DEL PILAR CUELLO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)

