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

Providencia: Sentencia del 24 de enero de 2020

Radicación No.: 66001-31-05-005-2017-00451-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Zonia Restrepo García

Demandado: Protección S.A. y Colpensiones

Juzgado: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: RÉGIMEN PENSIONAL / ESCOGENCIA DEL MISMO / REGLAS PARA LA FECHA DE ENTRADA EN VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES / DIFIEREN SI LA PERSONA, ESTANDO VINCULADA AL ISS, COTIZABA O NO / EN CASO NEGATIVO, LUEGO DE LA PRIMERA ELECCIÓN DEBÍA ESPERAR TRES AÑOS PARA CAMBIAR DE RÉGIMEN.**

La Ley 100 de 1993 introdujo al ordenamiento jurídico colombiano el Sistema General de Pensiones compuesto por dos regímenes a saber: Régimen Solidario de prima Media con Prestación Definida y Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mismos que al ser excluyentes entre sí, le generan la obligación al afiliado de escoger a cuál de ellos pertenecer.

Dicha facultad de escogencia fue reglamentada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 692 de 1994, propiamente en su art. 3º que establece que a partir del 1º de abril de 1994 -entrada en vigencia de la ley 100 de 1993- los afiliados al Sistema General de Pensiones debían elegir un Régimen pensional…

Asimismo, en aquel entonces se estableció que una vez efectuada la selección inicial de régimen pensional, los afiliados solo podrían trasladarse al otro régimen cuando transcurrieran 3 años…

No obstante, el inciso final de art. 11 del mencionado decreto presenta una excepción a la prohibición del traslado de régimen antes de cumplirse 3 años, al establecer que:

“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 (…) En estos casos, no es aplicable loa (sic) 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.”

… se tiene que el señor Juan Guillermo López Espinosa al 31 de marzo de 1994, pese a encontrarse afiliado al ISS no estaba cotizando, puesto que su última cotización anterior a dicha calenda data de noviembre de 1993 y por ende, no estaba exceptuado de observar el término de traslado -3 años-…

Ahora, una vez entrada en vigencia la ley 100, como no se encontraba cotizando, el señor López Espinosa debía escoger un régimen pensional al cual vincularse, materializándose dicha escogencia cuando el 11 de abril de 1994 ingresó nuevamente al ISS con el empleador Edificio Helvetia S.A., a quien debió manifestar su intención de continuar vinculado al fondo público y con ello al Régimen de Prima Media, puesto que así se evidencia en el reporte de días cotizados (fl. 34).

De acuerdo a lo anterior, pese de encontrarse el formulario de vinculación al RAIS del 10 de agosto de 1994 (fl. 148), lo cierto es que dicha vinculación no era válida, pues mediaron escasos 4 meses entre la primera elección del ISS y su nueva vinculación al fondo privado, tal como en su momento fue considerado por el comité de multiafiliación y por la jueza de primera instancia.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Enero 24 de 2020**

**Audiencia de juzgamiento**

En la fecha, siendo las 9:30 a.m. de hoy, viernes 24 de enero de 2019, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso Ordinario Laboral instaurado por **Zonia Restrepo Marín** en contra de **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-** y la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

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

**Sentencia**

Como quiera que los argumentos expuestos en las alegaciones fueron tenidos en cuenta en la discusión del proyecto, procede la Sala a revolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora en contra de la sentencia proferida el 14 de febrero de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

**Problema jurídico por resolver**

En el caso de marras el problema jurídico se contrae en establecer, de acuerdo a la normatividad vigente, cual fue la última afiliación válidamente suscrita por el señor Juan Guillermo López Espinosa y, en caso de establecerse que fue a Protección S.A, tal como lo solicita el recurrente, deberá determinarse si la demandante ostenta la calidad de beneficiaria de los derechos que hubiere dejado causados el señor Juan Guillermo López Espinosa.

**I – Antecedentes**

Solicita la demandante que se declare que el señor Juan Guillermo López Espinosa estuvo afiliado al I.S.S. desde el 1º de noviembre de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1994 y a la AFP Protección S.A. desde el 10 de agosto de 1994 hasta la fecha de su fallecimiento, ocurrida el 25 de mayo de 2003, siendo esta última la entidad a la que estaba válidamente afiliado.

Asimismo, procura que se declare que entre ella y el señor López Espinosa existió una convivencia desde 1981 hasta el 25 de mayo de 2003 y, por tanto, le asiste derecho a que Protección S.A. le pague todos los derechos que aquel dejó causados, en su calidad de compañera permanente.

Para fundar dichas pretensiones manifiesta que Juan Guillermo López Espinosa nació el 20 de septiembre de 1966 e inició su historia laboral en el I.S.S. el 1º de noviembre de 1985, entidad en la que efectuó cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 1994. Agrega que aquel se afilió como afiliado independiente a la AFP ING -hoy Protección S.A.- desde el 10 de agosto de 1994, realizando su último aporte el 11 de junio de 1996, a través del empleador Inversiones Arco Ltda.

Indica que a su compañero le figura una múltiple afiliación en el periodo comprendido entre el 10 de agosto y el 31 de diciembre de 1994, no obstante, estima que la afiliación válida es la realizada en ING, toda vez que al momento del traslado contaba con más de cinco años en el I.S.S., tal como lo consagra la normatividad legal vigente.

Refiere además que el señor López Espinosa al 1º de abril de 1994 contaba con más de 150 semanas cotizadas, por lo que tenía derecho a que se le reconociera y pagara el bono pensional.

Afirma que conformó una unión marital de hecho con el extinto trabajador desde 1981 hasta el 25 de mayo de 2003, fecha de su fallecimiento, razón por la cual solicitó ante Protección S.A. información respecto a los aportes realizados por aquel, entidad que le informó que este estuvo vinculado a la misma entre el 10 de agosto de 1994 y el 11 de junio de 2009, calenda en la que él firmó una “solicitud de traslado de salida”.

Sostiene que frente a dicha inconsistencia radicó derechos de petición ante Colpensiones y Protección S.A. La primera entidad mediante comunicación del 2 de junio de 2017 le allegó documento en el que corrobora que el señor López Espinosa estuvo afiliado a esa entidad entre el 1º de noviembre de 1985 y el 31 de diciembre de 1994. Por su parte, Protección le informó que la normatividad prohíbe la múltiple vinculación y, por ello, remitió el caso del afiliado al comité de multiafiliación que se llevó a cabo en octubre de 2008, en el cual se determinó que la afiliación válida era la que se llevó a cabo ante Colpensiones, razón por la cual realizó la anulación de la afiliación y efectuó la devolución de los aportes a dicha entidad.

Señala que en el registro único de afiliados a la protección social RUAF se muestra que la última afiliación que figura al señor Juan Guillermo López es la del Fondo de Pensiones y Cesantías ING, hoy Protección S.A.

Por último, aduce que por todo lo anterior el 16 de junio de 2017 solicitó ante Protección el pago del bono pensional, los aportes y los rendimientos, lo cual le fue negado por aquella AFP mediante escrito del 22 de agosto de la misma anualidad.

En respuesta a la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** aceptó como ciertos los hechos relacionados con las diferentes afiliaciones del señor López Espinosa, no obstante se opuso a la totalidad de las pretensiones argumentando que las mismas van encaminadas en contra de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías- Protección S.A. e invocó como excepciones de mérito las denominadas *“Excepción de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “Excepción de buena fe”, “Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”, “Excepción de Innominada” y “Prescripción”* (sic)

Por su parte la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Protección S.A.** señaló que durante el trámite de depuración por multiafiliación, el comité institucional decidió que la vinculación válida fue la efectuada a Colpensiones y por ende se anuló la de Protección S.A., deviniendo el traslado de los aportes realizados por la suma de $7.020.591, por lo que no le es posible emitir el bono pensional deprecado. En ese orden, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso en su defensa las excepciones que denominó *“Genérica y/o innominada”, “Prescripción”, “Compensación”, “Buena fe”, Conflicto jurídico excluyente”, “Inexistencia de las obligaciones demandadas”, “Inexistencia de la causa”, “Falta de pruebas documentarias”, “Cumplimiento”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva” y“ Falta de personería sustantiva por pasiva”.*

**II – Sentencia**

La *A-quo* absolvió a la **Administradora de fondos de Pensiones y Cesantías- Protección S.A.** de todas las pretensiones incoadas en su contra y le ordenó que, de no haberlo hecho, traslade a la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones,** la totalidad de las cotizaciones que hubiere recibido por parte del señor Juan Guillermo López Espinosa, incluyendo los rendimientos e intereses. Finalmente condenó en costas a la parte actora en un 80% a favor de Protección S.A.

Para llegar a tal determinación la A-quo consideró, en síntesis, que la prueba documental es clara en acreditar que el señor Juan Guillermo López Espinosa se afilió al ISS por primera vez el 1 de noviembre de 1985 y que el 10 de agosto de 1994 suscribió formulario de afiliación a un fondo privado. No obstante, argumentó que, de acuerdo a los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia no es dable afirmar que desde 1985 el señor López Espinosa perteneciera al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, puesto que la selección de un régimen pensional solo pudo darse con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100, en este caso con su ingreso el 11 de abril de 1994.

Enfatizó que antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, si bien el señor López Espinoza se encontraba afiliado al ISS, no pertenecía al Régimen de Prima Media pues su elección inicial entre ambos regímenes se dio el 11 de abril de 1994 y por ende, es a partir de dicha calenda que debía contarse el término trienal para cambiarse al RAIS.

Concluyó que fue a Colpensiones, antes ISS, la última entidad a la que estuvo afiliado válidamente y por ende es esta la encargada de reconocer las prestaciones económicas a que haya lugar, bajo las reglas del régimen de prima media.

**III – Recurso de apelación**

El representante judicial de la parte demandante ataca la sentencia de primera instancia al considerar que la última afiliación válida del señor López Espinoza fue a Protección S.A., toda vez que desde 1985 que se afilió ISS, hasta 1994 que se trasladó al RAIS habían pasado 9 años y por tanto sobrepasaba el término establecido en el art. 13 de la ley 100 de 1993.

Solicita que en caso de prosperar su argumento, se tengan en cuenta las pruebas testimoniales y el interrogatorio de parte que acreditan de manera clara y precisa la convivencia entre la demandante y el señor López Espinosa.

**IV. CONSIDERACIONES**

**4.1 De la escogencia de Régimen Pensional con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.**

La Ley 100 de 1993 introdujo al ordenamiento jurídico colombiano el Sistema General de Pensiones compuesto por dos regímenes a saber: Régimen Solidario de prima Media con Prestación Definida y Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mismos que al ser excluyentes entre sí, le generan la obligación al afiliado de escoger a cuál de ellos pertenecer.

Dicha facultad de escogencia fue reglamentada por el Gobierno Nacional mediante el decreto 692 de 1994, propiamente en su art. 3º que establece que a partir del 1º de abril de 1994 -entrada en vigencia de la ley 100 de 1993- los afiliados al Sistema General de Pensiones debían elegir un Régimen pensional, toda vez que se itera, con anterioridad a esta normatividad no podían pertenecer a alguno de ellos, pues no habían sido creados.

Asimismo, en aquel entonces se estableció que una vez efectuada la selección inicial de régimen pensional, los afiliados solo podrían trasladarse al otro régimen cuando transcurrieran 3 años -actualmente son 5 años en virtud de las modificaciones efectuadas por la ley 797 de 2003-, so pena de que dicho traslado sea tenido como una vinculación inválida, procediendo la transferencia de los saldos o cotizaciones a la última administradora a la cual estuvo vinculado dentro de los términos legales (Arts. 15 y 17 del decreto 692 de 1994).

No obstante, el inciso final de art. 11 del mencionado decreto presenta una excepción a la prohibición del traslado de régimen antes de cumplirse 3 años, al establecer que:

*“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 (…) En estos casos, no es aplicable loa (sic) 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.”*

Por otra parte es relevante recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado ampliamente en su jurisprudencia la diferencia que se presenta entre la afiliación al sistema pensional y la vinculación a un determinado régimen; entendiendo que aquellas personas que efectuaron cotizaciones anteriores al 1 de abril de 1994 se consideran afiliados al sistema pensional pero no necesariamente vinculados a un régimen, pues al no existir con anterioridad el RAIS, si no estaban cotizando activamente al ISS al momento de entrar a regir la normatividad, tampoco se consideran vinculados al régimen de Prima Media[[1]](#footnote-1)

Armonizando los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia con las normas referidas, es posible concluir que:

1. A partir del 1 de abril de 1994 todos los afiliados al sistema pensional debían elegir a qué régimen pertenecer.
2. Una vez efectuada la elección, únicamente podían trasladarse válidamente de régimen, al transcurrir el término establecido en la norma (3 o 5 años).
3. Se exceptúan de la prohibición del traslado quienes estaban cotizando activamente al ISS al 31 de marzo de 1994.

**4.2. Caso Concreto**

En el caso objeto de estudio está fuera de toda discusión que el señor Juan Guillermo López Espinosa inició su vida laboral el 01 de noviembre de 1985, puesto que en ello coinciden las partes y así se observa en el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (fls. 34 y 160). Asimismo se observa en la documental que el señor López Espinoza cotizó por periodos interrumpidos con diferentes empleadores, siendo su último aporte al ISS el 31 de diciembre de 1994. Posteriormente el reporte de movimiento individual de aportes da cuenta que los mismos fueron realizados al RAIS entre septiembre de 1994 y mayo de 1996 (fls. 153 a 156).

Para dar solución al problema jurídico planteado es necesario verificar: 1. Si el señor Juan Guillermo López Espinoza al 31 de marzo de 1994 se encontraba cotizando activamente al ISS, caso en el cual no le era aplicable la prohibición del traslado dentro del término trienal o, contrario sensu, 2. ¿Cuál fue su escogencia inicial de un régimen partir del 1 de abril de 1994?

Para el efecto se tiene que el señor Juan Guillermo López Espinosa al 31 de marzo de 1994, pese a encontrarse afiliado al ISS no estaba cotizando, puesto que su última cotización anterior a dicha calenda data de noviembre de 1993 y por ende, no estaba exceptuado de observar el término de traslado -3 años- consagrado en la normatividad vigente en ese momento.

Ahora, una vez entrada en vigencia la ley 100, como no se encontraba cotizando, el señor López Espinosa debía escoger un régimen pensional al cual vincularse, materializándose dicha escogencia cuando el 11 de abril de 1994 ingresó nuevamente al ISS con el empleador Edificio Helvetia S.A., a quien debió manifestar su intención de continuar vinculado al fondo público y con ello al Régimen de Prima Media, puesto que así se evidencia en el reporte de días cotizados (fl. 34).

De acuerdo a lo anterior, pese de encontrarse el formulario de vinculación al RAIS del 10 de agosto de 1994 (fl. 148), lo cierto es que dicha vinculación no era válida, pues mediaron escasos 4 meses entre la primera elección del ISS y su nueva vinculación al fondo privado, tal como en su momento fue considerado por el comité de multiafiliación y por la jueza de primera instancia.

En consecuencia los argumentos del recurrente no son de recibo para la Sala, puesto que si bien es cierto que entre la afiliación del señor López Espinosa (el 1 de noviembre de 1985) y la suscripción de formulario de vinculación al RAIS (10 de agosto de 1994) transcurrieron mucho más de 3 años, no puede confundirse la afiliación al sistema pensional que es única cuando inicia la vida laboral con la escogencia de régimen, puesto que esta última solo aconteció una vez estuvo vigente la ley 100 y fue precisamente esta primera vinculación (11 de abril de 1994) la que determinó su permanencia en el Régimen Solidario de Prima Media.

En suma, al despacharse desfavorablemente la pretensión sobre la declaratoria de afiliación a Protección S.A. y con ello resuelto el principal argumento de la apelación y del cual dependía la procedencia de las demás pretensiones, resulta inane que la Sala se pronuncie sobre la calidad de beneficiaria de la actora y los emolumentos a los que pudiera tener derecho.

Así pues, se confirmará la sentencia de primera instancia y se condenará en costas procesales a la parte recurrente por no haber prosperado el recurso. Las costas de esta instancia se liquidarán por el juzgado de origen.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala de Decisión Laboral No. 1**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

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

**PRIMERO**.- **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de febrero de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **Zonia Restrepo García** en contra de **Protección S.A.** y la **Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”**, conforme a lo expuesto en precedencia.

**SEGUNDO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte recurrente por no haber prosperado el recurso. Liquídense por el juzgado de origen.

**Notificación surtida en estrados.**

**Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

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

Magistrada Magistrado

1. Ver entre otras la sentencia con radicación No. 39772. M.P. FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ del 5 de octubre de 2010. [↑](#footnote-ref-1)