



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**

Sala de Casación Laboral  
Sala de Descongestión N.º 1

**OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN**

**Magistrada ponente**

**SL3414-2022**

**Radicación n.º 81754**

**Acta 36**

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

La Corte profiere sentencia de instancia en el proceso ordinario laboral que **GLORIA EMMA GARCÍA GIRÓN** promueve contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES HORIZONTE S. A.**, hoy **PORVENIR S. A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

## **I. ANTECEDENTES**

La actora demandó con el fin de obtener la declaratoria de la ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y que en consecuencia se ordene la *«reactivación de la afiliación»* al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), con las implicaciones que ello conlleva, y se grave a las demandadas con las costas.

El conocimiento del proceso correspondió al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, que mediante fallo de 10 de diciembre de 2015 (f.ºs 324 y 325), decidió:

PRIMERO: Se ABSUELVE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES 'COLPENSIONES', a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de todas y cada una de las pretensiones de la demanda formulada en su contra, por la señora GLORIA EMMA GARCÍA GIRÓN, identificada con la cédula de ciudadanía número 21.933.137, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: Las excepciones propuestas por las entidades demandadas, quedan resueltas implícitamente con la presente decisión.

TERCERO: En caso de no ser apelada esta sentencia, se ordena su CONSULTA ante la Sala de Decisión Laboral del H. Tribunal Superior de Medellín.

CUARTO: Costas a cargo de la demandante. De conformidad con el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010, que adicionó el artículo 392 del C. de P. C., de aplicación analógica al procedimiento laboral (art. 145 CP del T y SS.) se fijan agencias en derecho en la suma de \$300.000.

La presente decisión se notifica en ESTRADOS. Se concede el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la demandante, para ante el H. Tribunal Superior de Medellín - Sala de Decisión Laboral el cual se concede en el efecto suspensivo.

Al resolver el recurso de apelación que elevó la actora, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante sentencia de 18 de enero de 2018, confirmó la decisión de primer grado en su integridad.

Contra dicha providencia la accionante interpuso recurso de casación que la Corte resolvió a través de la sentencia CSJ SL1218-2022, en la cual se dispuso casar el fallo proferido por el *ad quem*, e igualmente, para mejor proveer, en instancia, se decretó la práctica de pruebas,

concretamente oficiar al Departamento de Antioquia y a la ESE Metrosalud como empleadoras, para verificar especialmente, si afiliaron a la reclamante a alguna administradora o fondo de pensiones para cubrir el riesgo de origen común, y si esas entidades en algún momento gestionaron el régimen de reparto y/o de prima media.

Una vez recaudados los medios de convicción ordenados, se pusieron en conocimiento de las partes mediante fijación en lista, sin que estas hubieran hecho pronunciamiento alguno sobre el particular en el término legal.

## **II. CONSIDERACIONES**

Para resolver en sede de instancia, la corporación advierte que la juzgadora de primer grado fundamentó la decisión absolutoria, en que la accionante no acreditó haber sido afiliada al Instituto de Seguros Sociales antes de que el sistema general de pensiones de que trata la Ley 100 de 1993 entrara en vigor, lo que en su caso ocurrió el 30 de junio de 1995 por tratarse de una servidora pública del orden territorial; y porque tampoco demostró haber realizado algún aporte a dicha entidad. En ese orden, dijo, era improcedente ordenar su retorno a una administradora y a un régimen del que nunca formó parte.

La demandante apeló la decisión y adujo que de conformidad con el artículo 13 del Decreto 692 de 1994 *«la afiliación al sistema general de pensiones es permanente e*

*independiente del régimen que seleccione el afiliado»; y que, por tanto, era viable la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual como «régimen inicial» escogido por ella y consecuentemente la «activación de la afiliación o el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida».*

Al respecto, la Sala se remite a lo que señaló en sede de casación, en el sentido que antes de que comenzara a regir la Ley 100 de 1993, existieron diversas cajas, fondos o entidades de previsión del sector público o privado, autorizadas para gestionar el «régimen de reparto», las que, además, en algunos casos específicos, fueron facultadas para continuar con esa función con posterioridad a la expedición y vigencia de dicha normativa.

En ese contexto, no bastaba para el operador judicial constatar si la accionante estuvo o no afiliada al ISS antes de la puesta en funcionamiento del nuevo sistema pensional, sino que debió averiguar en razón a que ella prestó servicios en el sector público, si sus empleadores administraron el régimen de reparto o la vincularon a alguna entidad o fondo de pensiones que tuviera por ley o por disposición administrativa esa función.

Esto, en razón a que con anterioridad al 1 de abril de 1994 existían otras entidades distintas al entonces ISS que a la par de este administraban lo que hoy se conoce como Régimen de Prima Media; algunas de las cuales incluso fueron facultadas para que a partir de esa fecha o del 30 de

junio de 1995, dependiendo de si se trataba de un trabajador público del orden territorial, continuaran haciéndolo, eso sí, previa autorización administrativa para ello.

Por ese motivo la corporación dispuso de oficio, las pruebas pertinentes para mejor proveer.

Ahora, en el proceso está acreditado que la accionante prestó servicios al Departamento de Antioquia, en la Dirección Seccional de Salud, entre el 6 de agosto de 1990 y el 1 de agosto de 1993 (f.ºs 261 a 263) y que estuvo vinculada a la Empresa Social del Estado – ESE Metrosalud desde el 13 de septiembre de 1993. Asimismo, que esta empleadora la afilió y cotizó por ella a la AFP Protección desde el mes de julio de 1995.

Entre los elementos de juicio recaudados a instancias de la corporación, obra la certificación expedida por la Gobernación de Antioquia – Dirección Administrativa y Financiera Salud (f.ºs 63 a 66, cuaderno de la Corte) en la que se expresa que la señora García Girón prestó servicios en la Secretaría Seccional de Salud de Antioquia entre el 6 de agosto de 1990 y el 1 de agosto de 1993, en el puesto de salud La Susana en el municipio de Maceo. También se especifica que durante ese lapso no la afiliaron a ninguna entidad de pensiones, puesto que en ese entonces el Fondo de Pensiones de Antioquia no admitía a los servidores de la Dirección Seccional de Salud de ese Departamento (hoy Secretaría Seccional de Salud y Protección Social), pues se estimaba que dicha Seccional *«era un ente autónomo descentralizado que no*

*dependía del ente territorial». Asimismo, se aclara que el Departamento de Antioquia «no administró el régimen de prima media».*

A su turno, la directora de Talento Humano de la ESE Metrosalud (Alcaldía de Medellín) en oficio de 27 de abril de 2022 (f.º 56, cuaderno de la Corte) indicó que los derechos pensionales de la actora están a su cargo entre el 13 de septiembre de 1993 y el 30 de junio de 1995 y que debe financiarlos a través de bono pensional. Que a partir del 1 de julio de 1995 la actora se afilió a la AFP Protección, en cumplimiento del Decreto Municipal 632 de 30 de mayo de 1995. Aclaró que ha cotizado por ella, así:

PROTECCIÓN: Desde el 1 de julio de 1995 al 31 de agosto de 2010.

HORIZONTE: Entre el 1 de septiembre de 2010 y el 31 de diciembre de 2013.

PORVENIR: Del 1 de enero de 2014 a la fecha de la certificación.

De los anteriores elementos de juicio, surge evidente que antes de que entrara en funcionamiento el sistema general de pensiones en el sector territorial, esto es el 30 de junio de 1995, la actora no estuvo afiliada al ISS ni a una caja de previsión o a una entidad pública o de seguridad social que administrara el régimen de reparto.

Asimismo, no se acreditó en el proceso que la Dirección Seccional de Salud de Antioquia o la Empresa Social del Estado – ESE Metrosalud estuvieran autorizadas legal o administrativamente para gestionar dicho régimen pensional

de prima media.

Adicionalmente, se ha de señalar que en el caso de los servidores públicos del nivel territorial el artículo 151 de la Ley 100 de 1993 previó que el sistema general de pensiones para ellos *«entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental»*.

Para la incorporación de los servidores públicos de los órdenes departamental, municipal y distrital al sistema general de pensiones se expidieron los Decretos 691 de 1994 y 1068 de 1995. Este último, en el artículo 2, previó que una vez entrara a regir el sistema general de pensiones, dichos servidores públicos debían seleccionar entre los dos regímenes pensionales establecidos en la Ley 100 de 1993.

En esa medida, para la Sala, en cuanto García Girón venía prestando servicios a una entidad descentralizada del orden territorial, el 30 de junio de 1995 empezó a regir para ella el sistema general de pensiones.

Y a partir de esa fecha, tuvo la oportunidad de seleccionar de forma libre y voluntaria el régimen pensional al cual quería pertenecer, en los términos del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Sobre el particular, la Sala desde la providencia CSJ SL, 29 may. 2002, rad. 17161, con tesis reiterada en decisiones CSJ SL, 5 oct. 2010, rad. 39772, CSJ SL1279-2019, CSJ

SL5000-2020 y CSJ SL2334-2022, ha establecido que la facultad de seleccionar el régimen pensional, a favor de los servidores públicos del orden territorial que no venían afiliados a una caja de previsión o alguna institución que administrara el Régimen de Prima Media, solo surge con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993.

En la primera de las sentencias citadas, se adoctrinó:

Aparte de lo anterior, también incurrió el ad quem en un notorio desacierto interpretativo al afirmar que la multicitada norma ‘se refiere a quienes al entrar en vigor el nuevo sistema no se encontraban afiliados a la seguridad social, pues quienes ya estaban dentro del régimen del ISS no tenían obligación de hacer cambio alguno, pero sí estaban facultados por la nueva normatividad para optar por el régimen de ahorro individual’ (folio 16 del cuaderno del Tribunal).

Esa equivocación doctrinaria se presenta porque, a pesar de que los servidores públicos efectivamente están habilitados para optar por el régimen pensional de ahorro individual, esa facultad sólo surgió, como es apenas natural y lógico, desde el momento en que este régimen entró a regir, esto es, a partir de la vigencia del sistema general de pensiones para ese grupo de servidores que lo fue, como se ha dicho, en la fecha en que así lo determinó la respectiva autoridad gubernamental o, a más tardar, el 30 de junio de 1995.

Tanto es así, que el inciso primero del artículo 2º del Decreto 1068 de 1995 dispuso sobre el particular: ‘Una vez entre a regir el sistema general de pensiones en el orden departamental, municipal y distrital, los servidores públicos deberán seleccionar entre el régimen solidario de prima media con prestación definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, ISS, y el régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones AFP, autorizadas por la Superintendencia Bancaria’.

Lo establecido en la transcrita disposición corrobora que la selección del régimen pensional para los servidores públicos en el orden departamental, en el municipal y en el distrital, sólo era posible cuando para ellos entrara a regir el sistema general de pensiones. (Resalta la Sala).

Ahora, la corporación en la providencia CSJ SL5000-

2020 precisó que:

[...] la afiliación es el mecanismo a través del cual se ingresa al sistema de seguridad social integral, es permanente, vitalicia e independiente del régimen que seleccione el afiliado (CSJ SL 2 feb. 2010, rad. 35012). Por su parte, la selección del régimen pensional se realiza una vez entra en vigor la Ley 100 de 1993, de forma libre y voluntaria, conforme al artículo 13 de tal normativa.

En este evento, la accionante en ejercicio de esa facultad, seleccionó el RAIS, a través de la afiliación a la AFP Protección que realizó en el mes de julio de 1995. Por tanto, se trató de su primera selección de régimen, y en ese orden, no procedía la declaratoria de ineficacia de un traslado inexistente, toda vez que se itera, con anterioridad al 30 de junio de 1995 no hubo vinculación de García Girón al régimen de reparto.

Por último, se ha de advertir que el hecho atinente a que la corporación conceda prosperidad a un cargo o acusación en sede extraordinaria que conduzca a la casación total o parcial del fallo del *Ad quem*, no implica necesariamente que en instancia deban salir avante las aspiraciones de quien triunfó en dicho recurso. Lo anterior, en razón a que la solución final que se adopta en la providencia de reemplazo está determinada por lo que se acredite en el proceso con la inclusión de los medios demostrativos que la Corte dispone para mejor proveer, los cuales no siempre armonizan con los intereses de la parte vencedora en casación.

Esa situación es la que se presentó en este caso, en el que no se demostró la pertenencia de la actora al régimen de

reparto con anterioridad a la entrada en vigor del sistema general de pensiones como se explicó.

Referente al tema, la corporación en la sentencia CSJ SL3719-2019, explicó lo siguiente:

Por último, se impone recordar la doctrina sentada en la providencia CSJ AL, del 17 de mar. 2010, rad. 29.602, según la cual normalmente, en función de instancia, la Corte decide en forma distinta a como lo hizo el Tribunal, como que la ilegalidad del pronunciamiento de éste comporta, en principio, la legalidad de la determinación del juez de primera instancia.

Pero, en razón de que, en sede de instancia, la Corte está habilitada legalmente, mediante auto para mejor proveer, para decretar pruebas, no es nada extraño que su decisión en aquella residencia coincida con la que había tomado el Tribunal, como aquí sucedió.

De tal suerte que no siempre la casación del fallo de segunda instancia comporta que la Corporación tome una determinación diferente a la inicialmente despachada por el original juez de la apelación o de la consulta, toda vez que su función de juzgador de instancia y, por consiguiente, de contralor de la legalidad del pronunciamiento del juez de primer grado, puede traducirse en una plena coincidencia con la conclusión a que llegó el Tribunal, claro que por razones totalmente distintas a las esgrimidas por éste.

Así las cosas, la Sala en sede de instancia, confirmará el fallo de primer grado.

Sin costas en la alzada. Las de la primera instancia como las definió la Juez de conocimiento.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, actuando en sede de instancia, **CONFIRMA** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de

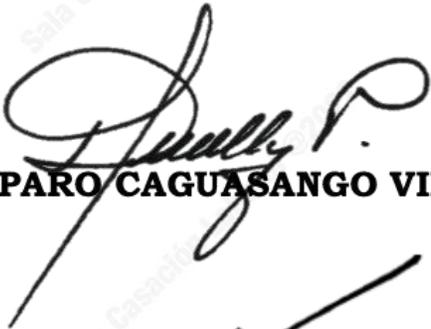
Medellín el 10 de diciembre de 2015, en el proceso ordinario laboral que **GLORIA EMMA GARCÍA GIRÓN** promovió contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES HORIZONTE S. A.**, hoy **PORVENIR S. A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Costas como se indicó en la parte considerativa.

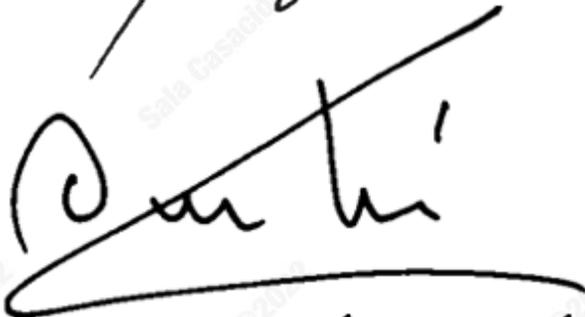
Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.



**MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO**



**DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA**



**OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN**