



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada ponente

SL413-2018
Radicación n.º 52704
Acta 06

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 31 de marzo de 2011, en el proceso que **MARÍA ELSY DEL SOCORRO ÚSUGA DE GRAJALES** adelanta en su contra.

Téngase como sucesor procesal del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, de conformidad con el artículo 35

del Decreto 2013 de 2012, en armonía con el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos laborales por expresa remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

I. ANTECEDENTES

María Elsy del Socorro Úsuga de Grajales demandó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del 6 de marzo de 1997, fecha del fallecimiento de su cónyuge, junto con el pago de las mesadas atrasadas, los intereses moratorios y la indexación.

En respaldo de sus pretensiones relató que su cónyuge Leonel de Jesús Grajales falleció en la fecha señalada, con quien convivió de manera ininterrumpida bajo vínculo matrimonial, desde el 27 de julio de 1974 hasta su muerte; y que el citado cotizó 529,71 semanas con antelación al 1.º de abril de 1994.

Narró que reclamó la pensión de sobrevivientes al Instituto de Seguros Sociales, empero esta entidad se la negó mediante Resolución n.º 002639 de 24 de marzo de 1998 y, en su lugar, dispuso en su favor una indemnización sustitutiva; que no obstante ello, el instituto demandado, al año siguiente, expidió la Resolución n.º 00855 de 21 de enero, a través de la cual dejó sin efectos su anterior acto administrativo bajo el argumento de que el causante se

había trasladado a la administradora de pensiones BBVA Horizonte S.A. el 25 de octubre de 1996.

Aseveró que mediante comunicación de 19 de junio de 1998, BBVA Horizonte S.A. le manifestó que Leonel de Jesús Grajales firmó el 25 de octubre de 1996 formulario de afiliación a dicho fondo y no realizó cotizaciones.

Por último, subrayó que en función al número de semanas sufragadas, tiene derecho al pago de la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

Al dar respuesta a la demanda, el ISS se opuso a las pretensiones. De sus fundamentos fácticos, solo admitió la fecha del deceso del causante; frente a los demás, expresó no constarle o no ser genuinamente hechos. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios, prescripción, imposibilidad de condena en costas y las declarables de oficio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín a través de fallo de 25 de noviembre de 2009, declaró que la actora era acreedora de la pensión de sobrevivientes; condenó al ISS al pago de \$26.267.700 a título de mesadas adeudadas desde el 19 de agosto de

2005, más la indexación; dispuso que a partir de diciembre de 2009 el demandado debía continuar pagando la pensión; absolvió de los intereses moratorios; declaró infundadas las excepciones del accionado, salvo la de prescripción de las mesadas causadas entre el 6 de marzo de 1997 y el 18 de agosto de 2005, y condenó en costas al ISS.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación incoado por ambas partes, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante la sentencia recurrida en casación, confirmó la de primer nivel en lo relativo a la condena al pago de la pensión de sobrevivientes; la revocó en punto a la condena por indexación y, en su lugar, ordenó el pago de los réditos moratorios a partir del 19 de agosto de 2005. No impuso costas en la alzada.

En lo que en rigor concierne a los fines del recurso de casación, el juez plural encontró probado que el causante Leonel de Jesús Grajales, antes de su fallecimiento ocurrido el 6 de marzo de 1997, había suscrito formulario de vinculación al BBVA Horizonte y no registró aportes a ese fondo.

Con estas premisas, centró el problema jurídico en dilucidar si el traslado sin cotizaciones a la administradora de fondos de pensiones BBVA Horizonte surtió efectos. Para

ello, transcribió el literal d) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y brevemente concluyó:

Del texto anterior podemos deducir claramente que para que se perfeccione la afiliación al Sistema General de Pensiones en cualquiera de los dos regímenes es requisito efectuar las cotizaciones establecidas en la ley, requisito que no se cumplió en el caso que nos ocupa, sin que se pueda predicar vínculo jurídico con consecuencias legales del Fondo de Pensiones Horizontes (sic) frente al causante.

En esas condiciones considera la Sala que la entidad responsable de reconocer la prestación económica es el ISS, como acertadamente resolvió el Juez de Primera Instancia, debiendo ser CONFIRMADA la sentencia de primera instancia frente a este aspecto.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte demandada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el instituto recurrente que la Corte case el fallo impugnado; en sede de instancia, revoque el del juez de primer grado y, en su lugar, lo absuelva de las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito, formula un cargo por la causal primera de casación que no fue objeto de réplica.

VI. CARGO ÚNICO

Por la vía directa le atribuye a la sentencia fustigada la aplicación indebida de los artículos 6.º y 25 del Acuerdo 049 de 1990; la interpretación errónea del 13 de la Ley 100 de 1993; la aplicación indebida del 141 de la misma normativa y la infracción directa del 13 del Decreto 692 de 1994.

En sustento de su embate, el recurrente alude a las reglas interpretativas de los artículos 27, 28 y 29 del Código Civil para sostener que esos criterios, a pesar de la existencia de *«los cultores»* del *«nuevo derecho»*, aún siguen vigentes, motivo por el cual los jueces de la República, en aplicación del artículo 230 de la Constitución deben tenerlos en cuenta. A ello, agrega que en Colombia el citado texto constitucional se ha vuelto letra muerta, toda vez que los jueces han preferido observar su criterio personal por encima de lo que dice la ley.

Plantea que conforme al literal d) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 no es posible deducir que el incumplimiento de la obligación de efectuar cotizaciones apareje necesariamente la imperfección de la afiliación al sistema general de pensiones.

En oposición a lo anterior, aduce que con arreglo a ese mismo artículo, para los fines de la afiliación es suficiente con manifestar por escrito *«su elección al momento de la vinculación o traslado»*, decisión que, legalmente, no puede ser interferida por el empleador u otra persona natural o jurídica, so pena de ser sancionado.

Afirma que ningún pasaje del artículo 13 de la ley de seguridad social brinda sustento *«a la estrafularia interpretación que hizo el tribunal inferior del literal d), pues, por el contrario, del contexto de la ley, y de armonizar los diferentes literales de la norma, y de manera especial lo previsto en el literal b), el cual remite expresamente al artículo 271 de la ley, se impone concluir que el acto de vinculación produce todos sus efectos con la sola manifestación por escrito de quien se une al régimen que ha seleccionado»*.

Añade que el Instituto de Seguros Sociales, en su calidad de administrador del régimen de prima media, no está excluido del precepto citado respecto al libre ejercicio de escoger el régimen pensional al cual afiliarse o trasladarse, de tal suerte que la única limitante a este derecho es que *«una vez efectuada la afiliación inicial»* el afiliado solo puede trasladarse de régimen *«una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional»*.

Sostiene que el deber de realizar los aportes no puede interpretarse como un requisito de perfeccionamiento de la afiliación al sistema general de pensiones en cualquiera de sus dos regímenes, pues, como lo ha afirmado esta Corporación, la condición de cotizante depende de la vigencia de la relación laboral y la prestación efectiva del servicio; en cambio la afiliación se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, *«y en ningún momento la*

afiliación al sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas (sic)» (SL 34240, 21 oct. 2008). Adiciona que esta lectura jurisprudencial encuentra también respaldo en el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, cuyo texto reproduce.

A continuación, transcribe *in extenso* un pasaje de la sentencia SL 35211, 9 sep. 2009 con el objeto de explicar que existen notables diferencias entre los conceptos de afiliación y cotización; en igual dirección, señala que la primera palabra debe comprenderse a la luz del artículo 13 del Decreto 692 de 1994 como un acto permanente e independiente del régimen, que se hace por una sola vez y no se pierde por el hecho de dejar de cotizar. Agrega que si «*por ventura*» no se acoge su tesis, pide que se tenga en cuenta la doctrina vertida en las sentencias de esta Sala de 21 de octubre de 2008 y 9 de septiembre de 2009 en cuanto a la definición de afiliación.

Así, concluye que la sentencia cometió una infracción grosera de la ley, pues además de lo expuesto, la jurisprudencia considera que la mora del empleador en el pago de los aportes obliga a las administradoras a reconocer las prestaciones cuando quiera que no agoten las acciones de cobro dispuestas en el orden jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En los términos descritos en la impugnación, le corresponde a la Sala dilucidar si la afiliación a una administradora del sistema general de pensiones se perfecciona con el simple diligenciamiento, firma y tramitación del formulario de vinculación, o si, por el contrario, ese acto además requiere de las cotizaciones que permitan concretar la voluntad del afiliado.

Frente a este tópico, a partir de la sentencia SL 42787, 13 mar. 2013 esta Sala de la Corte fijó la regla según la cual el simple diligenciamiento del formulario de vinculación produce el efecto de la afiliación o traslado de régimen o entidad administradora, así no existan cotizaciones al sistema. Para una mejor ilustración, en aquella sentencia, se expuso:

1.- La jurisprudencia tradicional de la Corte ha entendido que tanto en el caso del régimen de prima media, como en el de ahorro individual, para que la afiliación tenga validez, y surta plenos efectos, es menester que vaya acompañada de al menos una cotización, pues de lo contrario el acto jurídico de la afiliación no pasa de ser una mera formalidad y debe ser asimilado a una falta de afiliación.

En sentencia de 9 de marzo de 2004, rad. N° 21541, en un proceso contra el Instituto de Seguros Sociales precisó la Corporación:

“Debemos indicar que si bien es cierto en el año de 1971 la demandada inscribió al trabajador al seguro social se trató de un acto simplemente formal, en cuanto no estuvo acompañado de cotización alguna, lo cual se ha de asimilar a una falta de afiliación; así se ha de entender que el actor sólo (sic) fue afiliado al Sistema de Seguridad Social en 1997, para cuando se hizo una inscripción acompañada de cotizaciones”.

En sentencia de 18 de mayo de 2006, rad. N° 26692, se reiteró dicho criterio en los siguientes términos:

“Aunque la afiliación determina la inclusión del trabajador en el sistema, para el caso al régimen de ahorro individual, la misma no se hace efectiva mientras no se cumpla el deber de cotizar...”.

Más tarde en sentencia de 14 de septiembre de 2010, rad. N° 33137, volvió a invocar dicha postura y asentó textualmente:

“Se ha precisado por la Sala, que la afiliación determina la inclusión del trabajador al sistema para el caso del régimen de ahorro individual y que la misma no se hace efectiva mientras no se cumpla con el deber de cotizar”.

No obstante lo anterior, en los últimos tiempos, la Corporación ha dado pasos hacia la morigeración de esta tesis, y es así como en sentencia de 17 de julio de 2012, rad. N° 44242, se le dio validez a la afiliación y se concedió la pensión de invalidez, estructurada un mes y once días después de iniciada la relación laboral y surtida la afiliación, sin que se hubiera efectuado pago alguno, pues este se hizo en forma extemporánea; y en sentencia de 20 de junio de 2012, rad. N° 34132, se le dio validez a sendas afiliaciones realizadas por los dos últimos empleadores del pensionado que con las respectivas cotizaciones impagadas pretendía el reajuste de su pensión de jubilación.

Esta situación ha llevado a la Corte a un replanteamiento del tema, en el sentido de considerar que la afiliación al sistema general de pensiones una vez realizada por el empleador, si la ha hecho con el lleno de los requisitos de ley, produce plenos efectos, sin que se tenga como exigencia adicional para su validez, que vaya acompañada de cotizaciones.

Y eso es así porque de conformidad con las normas que han regulado los efectos de la afiliación al sistema general de pensiones, este acto jurídico produce efectos desde cuando se entrega debidamente diligenciado el correspondiente formulario. Así lo preveía el artículo 14 del Decreto 692 de 1994, modificado por el artículo 1º del Decreto 1161 de 1994; y luego el artículo 46 del Decreto 326 de 1996 que derogó el anterior, vigente para la época en que la causante fue afiliada al Instituto por la empresa Lavaséptica Ltda., que a la letra decía:

“El ingreso de un afiliado cotizante tendrá efectos para la entidad administradora, desde el día en el cual ésta reciba el correspondiente formulario...”.

Posteriormente el artículo 41 del Decreto 1406 de 1999 que derogó el Decreto 326 de 1996, prevé:

“Efectividad de la afiliación. El ingreso de un aportante o de un afiliado, tendrá efectos para la entidad administradora que haga parte del Sistema desde el día siguiente a aquél en el cual se inicie la relación laboral, siempre que se entregue a esta,

debidamente diligenciado, el formulario de afiliación. Mientras no se entregue el formulario a la administradora, el empleador asumirá los riesgos correspondientes”.

Ahora bien, las normas que regulan la afiliación a la seguridad social en pensiones brindan los mecanismos a las administradoras, para cuestionar ese acto si encuentran alguna irregularidad, como lo contempla el artículo 12 del Decreto 692 de 1994, que dice:

“Art. 12.- 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 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”.

Por lo tanto, si la administradora una vez surtida la afiliación guarda silencio y no formula ningún reparo en los términos de la norma precedente, hay que entender que produce plenos efectos.

La consecuencia es que ante una afiliación válida y aceptada por la administradora, se activan para ella todas las obligaciones que la ley prevé, entre las cuales está el deber de cobro de las cotizaciones en mora, estipulado en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

[...] En los términos anteriores se corrige el criterio sobre la validez de la afiliación a la seguridad social en pensiones, cuando no va acompañada de cotizaciones.

Una nueva comprensión del asunto lleva a la Corte, en esta oportunidad, a precisar el criterio doctrinal esbozado en el sentido que, no en todos los casos, es dable deducir la afiliación o traslado con el simple diligenciamiento, firma y entrega del formulario de afiliación.

En tal dirección, cabe recordar que el derecho laboral y la seguridad social son instituciones cuyo eje central es la protección de la persona del trabajador y, en el caso de la

última de las disciplinas, la garantía de «*los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten*» (art. 1 L. 100/1993). Debido a esta fuerte conexión que existe entre el respeto a autonomía moral y la dignidad humana, y la garantía de las prestaciones que el sistema consagra, el derecho social es un derecho que se edifica sobre realidades y verdades.

Este planteo implica que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, tradicionalmente comprendido en el contexto del contrato de trabajo, también permea los actuaciones de los ciudadanos al interior de los sistemas de protección social.

De esta forma, la jurisprudencia de la Sala en distintas ocasiones ha dado preeminencia a la intención real del trabajador o afiliado en asuntos relativos al derecho de la seguridad social por encima de las formalidades. Así, por ejemplo, en punto al disfrute de la pensión de vejez, ha sostenido que si bien la regla general es la desafiliación formal del régimen, en determinados casos es dable derivar la *intención* del afiliado a partir del cese definitivo de las cotizaciones al sistema (SL5603-2016; SL9036-2017; SL15559-2017; SL11005-2017; SL11895-2017); también frente a la figura de la «*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, esta recibe el pago de aportes por un período significativo, se da una manifestación implícita de voluntad del afiliado, que lleva a que no pueda perderse el derecho a la pensión, a pesar de la falta de diligenciamiento del formulario (SL 40531, 19 jul. 2011; SL14263-2015).

Como puede advertirse, en estas hipótesis se le ha dado un lugar preeminente a la realización de cotizaciones (afiliación tácita) o al cese de ellas (desafiliación tácita) como un claro reflejo de la intención del trabajador, más allá de la existencia del acto formal del diligenciamiento y entrega del formulario de vinculación o reporte de retiro.

Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito *ad substantiam actus* de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.

Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de

relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado.

Por último, y para dar respuesta a la alegación del recurrente según el cual los jueces se encuentran en permanente rebeldía con el mandato previsto en el artículo 230 de la Constitución, cumple anotar que la doctrina de la Sala de ninguna manera conlleva a la insubsistencia de la legislación que regula el acto jurídico de la afiliación que, como se sabe, es formal y reglado. La afiliación -concretada mediante el diligenciamiento, firma y entrega del formulario- es un requisito legal vigente de acceso a las prestaciones del Sistema General de Pensiones. Ocurre, sin embargo, que hay eventos debatibles que presentan ciertas oscuridades que deben ser clarificadas mediante la aplicación del principio de la realidad sobre las formas y la interpretación actualizada de las normas jurídicas conforme a los parámetros constitucionales, lo cual, desde luego, no es un desafuero de la justicia sino una expresión de su deber de *«garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución»* (art. 2 CP).

Por lo demás, esta construcción tampoco es incompatible con la doctrina sobre mora patronal ni mucho menos con la previsión contenida en el artículo 13 del

Decreto 692 de 1994, en virtud a que el debate aquí se centra en la materialización del *acto jurídico de la afiliación*, el cual, en otros escenarios, como el de la mora en el pago de las cotizaciones, se asume o no es objeto de discusión por el afiliado o sus familiares.

En el *sub examine*, la Sala advierte que el Tribunal cometió una impropiedad al colegir que «*para que se perfeccione la afiliación al Sistema General de Pensiones en cualquiera de los dos regímenes es requisito efectuar las cotizaciones establecidas en la ley*», no obstante que, como se dijo, las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos.

Ahora, esta desavenencia del juzgador a nada conduce ya que en el *sub examine* se observa la existencia de serias dudas sobre la intención real del causante, puesto que a pesar de que diligenció y firmó formulario de vinculación a BBVA Horizontes Pensiones y Cesantías S.A. el 25 de octubre de 1996, esto es, un año antes de fallecer, no realizó cotizaciones ni ejerció ningún acto ante el fondo que denotara su voluntad de pertenecer a esa administradora. En otras palabras, no existe coherencia entre el formato de vinculación y la conducta del afiliado.

Esta bifurcación entre lo formal y las actuaciones materiales frente a un acto jurídico tan trascendental para

un ciudadano como su vinculación a un régimen pensional, el cual supone claridad frente a la voluntad del afiliado en vista a las consecuencias que pueden derivarse para él y su núcleo familiar, impide a la Corte en el caso concreto darle eficacia a la vinculación del causante al RAIS y, en este sentido, se mantendrá la decisión del juez plural.

Así pues, no se casará la sentencia impugnada.

Sin costas como quiera que no hubo oposición y en tanto la acusación le permitió a la Corte hacer una reflexión doctrinaria.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 31 de marzo de 2011 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario laboral que **MARÍA ELSY DEL SOCORRO ÚSUGA DE GRAJALES** adelanta contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**.

Sin costas.

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

FERNANDO CASTILLO CADENA

Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN