

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS
Magistrado Ponente

SL6035-2015
Radicación n.º 49194
Acta 006

Bogotá, D.C., cuatro (04) de marzo de dos mil quince (2015).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por **JHON JAIRO FLÓREZ BEDOYA** contra la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2010 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, en el proceso que promovió contra la sociedad **INGENIERÍA ELÉCTRICA Y ELECTRÓNICA S.A. 'INGELEL'**.

I. ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad la hoy recurrente persiguió que la sociedad demandada fuera condenado a pagarle la pensión de invalidez «*de origen profesional*», con fundamento en que le

prestó sus servicios como 'cargador' desde el 3 de enero de 1989 hasta el 3 de octubre de 1997 con una remuneración equivalente al salario mínimo mensual legal, y en que el 23 de mayo de 1995 sufrió un accidente de trabajo cuando se encontraba excavando un hueco para introducir un poste, pues un cable de energía cubierto de cemento que golpeó explotó causándole quemaduras en todo el cuerpo «*y produciéndole daños irreversibles en la visión*», y por el cual ha perdido más del 50% de su capacidad laboral. Agregó que el Instituto de Seguros Sociales le informó que él no estaba afiliado ni presentaba aportes a la fecha del *in suceso* por lo que no le podía reconocer la pensión de invalidez, de donde afirmó: «*corre a cargo de la accionada la obligación de cubrir la pensión de invalidez de origen profesional al actor*».

La sociedad demandada aun cuando aceptó que el actor fue su trabajador y que sufrió el mentado accidente de trabajo, se opuso a sus pretensiones aduciendo que no era cierto que no estuviera afiliado a riesgos laborales, dado que, «*se encontraba afiliado a la ARP INSTITUTO DE SEGUROS al momento de su accidente de trabajo acaecido el 23 de mayo de 1995, por ende es la llamada responder por la pensión*». Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Fue pronunciada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito (de Descongestión) de Medellín el 19 de junio de 2009, y con ella condenó a la demandada a pagar al actor, tal cual está allí dicho, *«una mesada pensional equivalente al sesenta (60% del salario mínimo legal vigente, incluidas las mesadas de junio y diciembre y sin perjuicio de los aumentos legales que decreta el gobierno, mesadas que no podrán ser inferiores al salario mínimo mensual legal vigente para cada época»*, más un retroactivo pensional de \$55'547.524,00 y el pago de las costas.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La alzada se surtió por apelación de la sociedad demandada y terminó con la sentencia atacada en casación, mediante la cual el Tribunal revocó la decisión de su inferior para, en su lugar, absolver a la apelante de todas las pretensiones del actor. No señaló costas por la alzada.

Para ello, en síntesis, luego de referir la obligación de los empleadores de afiliar a sus trabajadores al Sistema General de Riesgos Laborales, dio por probado: (1°) con base en los documentos de folios 6, 39 y 86, que la demandada informó el accidente de trabajo *«en formato del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Antioquia»*; (2°) con fundamento en los documentos de folios 11, 38 y 85, que fue certificada la incapacidad del trabajador *«por el Instituto de Seguros Sociales por los días 23 y 24 de mayo de 1995, es decir, el día en que se accidentó el actor y el día siguiente»*; y (3°) con apoyo en los documentos de folios 37 y

81, que hubo solicitud de afiliación del trabajador al dicho Sistema de Riesgos Laborales del «*Instituto de Seguros Sociales (...) por parte de Ingelel S.A., del 27 de marzo de 1995, con sello de recibido en la misma fecha de la ‘Sección de Afiliación y Registro’ de dicha entidad*», de donde asentó que, contrario a lo advertido por el juzgado, «*el empleador cumplió con su obligación de afiliar al demandante al sistema general de seguridad social integral a través del Instituto de Seguros Sociales el 27 de marzo de 1995. Lo anterior es corroborado con la incapacidad certificada por el Instituto de Seguros Sociales*».

Para el juez de la alzada, el hecho de que en el documento de folio 18 apareciera consignado: ‘*no registra afiliación ni aportes a Riesgos Profesionales al momento del evento*’ no traducía, necesariamente, «*que el empleador deba asumir la pensión por invalidez de origen profesional que se reclama, pues el afiliado no puede resultar perjudicado por la mora por parte del empleador en el cubrimiento de los mismos*». Para apoyar su aserto copió los pasajes que consideró pertinentes de la sentencia de la Corte de 9 de septiembre de 2009 (Radicación 35211). Así, concluyó que «*si el trabajador se encontraba afiliado al sistema integral de seguridad social al momento de la ocurrencia del accidente, en razón de lo cual fue incapacitado por dos días, y aunque no registraba aportes, no es el empleador el obligado al pago de la pensión por invalidez de origen profesional impuesta en primera instancia*».

IV. EL RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

En la demanda con la cual lo sustenta, que no fue replicada, el recurrente pide a la Corte que case la sentencia del Tribunal para que, en su lugar, «*confirme la decisión de primera instancia*».

Con tal propósito le formula dos cargos que serán estudiados por la Corte en el orden propuesto.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia por aplicación indebida de los artículos 2-b-e, 5,6, 8, 10, 11, 36, 37, 38, 40, 41 y 42 del Decreto 1295 de 1994; 12 del Decreto 2665 de 1988; 8° del Decreto 1642 de 1995; 12, 22, 24 y 31 de la Ley 100 de 1993; 39 del Decreto 1406 de 1999; y 2° del Decreto 2633 de 1994, en relación con los artículos 31(sic), 46, 47, 50 41 y 142 de la misma Ley 100 de 1993 y 42, 48 y 53 de la Constitución Política, a causa de los siguientes errores evidentes de hecho:

“-Dar por demostrado, sin estarlo, que el señor Jhon Jairo Flórez Bedoya se encontraba afiliado y cotizando el día en que sufrió el accidente de trabajo.

“-No dar por demostrado, estándolo, que el señor Jhon Jairo Flórez Bedoya no se encontraba afiliado a riesgos profesionales y que por eso la pensión la debe reconocer INGELEL S.A.”.

Indica como medios de prueba erróneamente apreciados por el Tribunal los documentos de folios 6, 11, 18, 37, 38, 39, 81 y 85.

En la demostración del cargo afirma, en suma, que surge «*de manera prístina*» del documento del folio 18 que el trabajador no estaba afiliado para la fecha en que sufrió el accidente de trabajo, como del visible a folio 81 que en verdad se hubiera afiliado al I.S.S., pues allí no obra nota de recibido de la dicha afiliación, ni de los folios 85 y 86 que estuviera afiliado y aportando a riesgos laborales.

VII. CONSIDERACIONES

Previamente, importa recordar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en los procesos del trabajo los jueces gozan de libertad para apreciar las pruebas, por lo que si bien el artículo 60 *ibídem* les impone la obligación de analizar todas las allegadas en tiempo, están facultados para darle preferencia a cualquiera de ellas sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad *ad substantiam actus*, pues en tal caso «*no se podrá admitir su prueba por otro medio*», tal y como expresamente lo establece la primera de las citadas normas.

Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo afirmado en sentencia de 27 de abril de 1977, que fue ratificado por la Sala, entre otras, en sentencia CSJ SL, de 5 de nov. de 1998, rad.11.111:

"El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

"Pueden, pues, los jueces de las instancias al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada.

"La eficiencia de tales errores en la evaluación probatoria para que lleven a la necesidad jurídica de casar un fallo no depende pues simplemente de que se le haya concedido mayor fuerza de persuasión a unas pruebas con respecto de otras sino de que, aun de las mismas pruebas acogidas por el sentenciador o de otras que no tuvo en cuenta, surja con evidencia incontrastable que la verdad real del proceso es radicalmente distinta de la que creyó establecer dicho sentenciador, con extravío en su criterio acerca del verdadero e inequívoco contenido de las pruebas que evaluó o dejó de analizar por defectuosa persuasión que sea configurante de lo que la ley llama el error de hecho".

Corresponde a los juzgadores de instancia la facultad de establecer el supuesto de hecho al que debe aplicarse la ley, y de allí que el mentado artículo 61 del Código Procesal Laboral les haya otorgado la potestad de apreciar libremente las pruebas, lo que hace que resulte inmodificable la valoración probatoria del Tribunal mientras ella no lo lleve a decidir contra la evidencia de los hechos en la forma como fueron probados en el proceso.

Por eso, dada la presunción de acierto y legalidad que ampara la sentencia acusada, la Corte, en tanto actúa como

tribunal de casación, tiene el deber legal de considerar que el juez de segunda instancia, a quien se repite, compete la función de establecer el supuesto fáctico al que debe aplicar la norma legal, cumplió con esa función, y por tanto acertó en la determinación de los hechos relevantes del pleito, por no haber desvirtuado el recurrente esa presunción.

Así se ha dicho que el recurso de casación no es una tercera instancia en donde libremente puedan discutirse las pruebas del proceso y donde sea dable extenderse en consideraciones subjetivas sobre lo que indican las pruebas, pues, el análisis de la Corte se limita a los medios de prueba calificados legalmente y ello, siempre y cuando, de cuya observación por el juzgador de la alzada sea posible concluir un error manifiesto, protuberante u ostensible.

De ese modo, sólo en la medida en que se incurra por el juez de la segunda instancia en errores manifiestos de hecho que tengan trascendencia en su decisión es que resulta posible el quebrantamiento del fallo, y yerro que, como lo asentara la Corte en sentencia de 11 de febrero de 1994 (Radicación 6.043), sólo es aquel que *«se presenta, según el caso, cuando el sentenciador hace decir al medio probatorio algo que ostensiblemente no indica o le niega la evidencia que tiene, o cuando deja de apreciarlo, y por cualquiera de esos medios da por demostrado un hecho sin estarlo, o no lo da por demostrado estándolo, con incidencia de ese yerro en la ley sustancial que de ese modo resulta infringida»*.

Con las anteriores previas y necesarias precisiones pasa la Corte al estudio de los medios de prueba del proceso que el recurrente indica como erróneamente apreciados por el Tribunal, de lo cual resulta objetivamente lo siguiente:

1.- Los documentos de folios 6, 39 y 86 se corresponden con el formato de *'informe patronal de presunto accidente de trabajo'*, expedido por el Instituto de Seguros Sociales, en el cual aparecen los datos del trabajador, entre ellos el número de afiliación a la entidad de seguridad social --71589202--, el número patronal --02018206818--, el nombre de la empresa --INGELEL S.A.--, la fecha del accidente --mayo 23 de 1995-- y la firma y sello del responsable de ese reporte por parte de la empresa, que fue lo que dijo observar el juzgador de la alzada, luego, sobre tales cuestiones no incurrió en yerro alguno, menos con el calibre de manifiesto o protuberante, pues eso es lo que allí obra.

2.- Los documentos de folios 11, 38 y 85 son fotocopias y el original del certificado del Instituto de Seguros Sociales, expedido por la médica que dio 2 días de incapacidad al trabajador Jhon Jairo Flórez Bedoya, conforme a la afiliación 71589202 y el número patronal 02018206818, por el accidente de trabajo del 23 de mayo de 1995, entonces, su lectura no es distinta de la efectuada por el Tribunal. Así, no incurrió el juzgador en defecto de valoración mayúsculo sobre su fuerza probatoria.

3.- Los documentos de folios 37 y 81, fotocopia y carbón del formato '*Solicitud de vinculación Pensión-Salud-Riesgos Profesionales*' del Instituto de Seguros Sociales con sello de la sección '*afiliación y registro*' de marzo 27, 2.34 pm, del '95, con datos coincidentes del trabajador demandante y la empresa demandada, no dicen nada distinto a lo de ellos advertido por el juez de la alzada, de modo que a su respecto no es acertado atribuir error manifiesto por concluir que por su conducto el trabajador se afilió a pensiones, salud y riesgos profesionales en la oportunidad indicada.

4.- La Comunicación a la empresa INGELEL S.A. de folio 18, de fecha 2 de diciembre de 2003, suscrita por Profesional Especializado y Jefe de Departamento ATEP, y referida al '*evento*' del 23 de mayo de 1995 del empleado Flórez Bedoya Jhon Jairo, consigna que *«con referencia al evento le informamos que evaluada la documentación aportada se concluye NO TIENE DERECHO ya que: X No registra afiliación ni aportes a Riesgos Profesionales al momento del evento. Si hay desacuerdo con lo expresado anteriormente, por favor presentar las pruebas pues de lo contrario se considerará negado el evento y correrá(sic) a cargo del empleador las prestaciones económicas derivadas del evento»*.

Respecto a este particular debe partirse del hecho de que el Tribunal no desconoció lo que allí dice, pues incluso lo transcribió. Simplemente, de su mención, como de los documentos atrás reseñados, concluyó que ello no traducía,

necesariamente, «que el empleador deba asumir la pensión por invalidez de origen profesional que se reclama, pues el afiliado no puede resultar perjudicado por la mora por parte del empleador en el cubrimiento de los mismos».

Así las cosas, el Tribunal no incurrió en algún yerro probatorio con la entidad suficiente para derruir su conclusión de haber dado por cierto que el trabajador fue afiliado al Instituto de Seguros Sociales por parte de la empleadora, pues de los documentos ya estudiados lo que es dado inferir es precisamente eso, habida cuenta de que la empleadora llenó y presentó el formato de afiliación del trabajador en las dependencias del I.S.S., informó del accidente ocurrido a la entidad de seguridad social y el trabajador fue atendido y licenciado por 2 días por personal médico de la entidad a raíz del infortunio. De suerte que si llegó el juzgador a incurrir en algún dislate con el carácter de evidente a ese respecto no fue precisamente por apreciar los medios de prueba de manera errónea, dado que, inclusive, del documento del folio 18 no es jurídicamente posible concluir unívocamente que en efecto, el trabajador no tuvo la condición de afiliado del ente de seguridad social, pues aparte de que de lo allí dicho se desprende es que esa información podía ser errónea, de donde se requería de la empresa o el interesado aportar pruebas o alegaciones en contrario, ello se contradice abiertamente con los demás medios de prueba a los que se refirió acertadamente el juzgador, tal y como ya se ha visto, los cuales le permitieron, en virtud del concepto de libre apreciación probatoria ya mencionado, concluir en el cumplimiento del

deber de afiliación del trabajador por parte de la empresa a la seguridad social, que no en el de cotización, asunto cuyo consecuencia jurídica no es dable estudiar por la vía indirecta de la ley, sino por la de los yerros jurídicos por la que se enderezó el segundo ataque.

Con todo, y aun cuando no es asunto que de acuerdo con el rigor técnico del recurso sería dable estudiar en esta clase de cargos por su naturaleza eminentemente jurídica, pero que por lo entendido por el Tribunal a través de los medios de prueba surge conveniente memorar, es que la afiliación del trabajador al ente de seguridad social no exige solemnidades legales de orden particular, ni siquiera de una aceptación expresa de parte de la entidad, pues del comportamiento de ésta es probable concluir la afiliación tácita del trabajador al sistema o, en otros términos, la aceptación tácita del ente sobre la condición de afiliado del trabajador. En tal sentido, aunque sobre el hecho de percibir el valor de algunas cotizaciones, de manera prolija se refirió la Corte en sentencia CSJ SL, de 4 de jun. de 2012, rad. 46106, en los siguientes términos:

“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 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”. 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”.

De consiguiente, el cargo no prospera.

VIII. SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia del Tribunal de violar los mismos

preceptos que indica en la proposición jurídica del anterior cargo, pero aquí por interpretación errónea de los primeros, y su desarrollo se afinca en el argumento de que el Tribunal no encontró responsable de la pensión reclamada a su empleadora, por entender que *«con la mera afiliación, pero sin cotizaciones, se tiene derecho a las prestaciones del sistema»*, lo cual, asevera, es equivocado, dado que: 1°) el empleador *«no ha honrado el pago de los aportes y ello es lo que asegura el pago de las prestaciones por parte de la A.R.P.»*; 2°) si bien es cierto que el trabajador no tiene por qué asumir la mora del empleador en pago de los aportes a la seguridad social, *«no lo es menos que en casos en que no se afilie al trabajador o que esa afiliación no resulte eficaz, es el empleador quien debe correr con el pago de la prestación, habida cuenta que el compromiso con la seguridad social institucional no es solo la simple afiliación, sino también el pago efectivo de los aportes»*; y 3°, *«los aportes constituyen los recursos con que se pagan las prestaciones del universo de derecho-habientes y por ello la omisión de su consignación, independientemente de que se haya hecho la inscripción o afiliación, hace que el reconocimiento de la respectiva prestación se radique en cabeza del omisivo, pero no en el de la respectiva ARP, quien no es responsable de ello»*. En apoyo de su alegación transcribe algunos apartes de la sentencia de la Corte de 17 de febrero de 2009 (Radicación 33.137).

IX. CONSIDERACIONES

Para el recurrente no basta la afiliación al ente de seguridad social para que el empleador se libere del pago de las prestaciones económicas y asistenciales que corresponderían al trabajador por causa de las contingencias a que puede verse sometido en el curso de su actividad, pues al lado de dicho acto debe sufragar las cotizaciones que se generen en la ejecución de la relación laboral. Para el Tribunal, el trabajador no está sujeto al cumplimiento de su empleador en el dicho pago, de manera que por el hecho de tener la calidad de afiliado debe exigir al ente de seguridad social el reconocimiento de sus derechos, no a su empleador.

Pues bien, siendo así las cosas, cabe decir a la Corte que asiste la razón al segundo, habida consideración de que como se ha decantado por la jurisprudencia, la omisión del empleador en el pago de las cotizaciones que a cuenta de la relación de trabajo se generan, no tiene por consecuencia que el trabajador se vea privado de las prestaciones a las que podría tener derecho ante las contingencias del trabajo, dado que éstas son de cargo del Sistema de Seguridad Social Integral a través de sus administradores, valga decir, de las administradoras de los distintos riesgos en él previstos.

Y ello por ser lo cierto que al lado de la obligación del empleador de deducir del ingreso de sus trabajadores el monto legal de los aportes a la seguridad social y trasladarlo a las administradoras de riesgos mediante el pago de las cotizaciones pertinentes, aquéllas cuentan con

mecanismo de cobro del valor de las dichas cotizaciones a su deudores, esto es, a los empleadores. De modo que al trabajador no le es imputable la mora del empleador en el cubrimiento de sus aportes a la seguridad social.

En sentencia SL763-2014 del 20 de enero de 2014, rad. 44501, a ese respecto recordó la Corte que,

“(..) al ser concurrentes las obligaciones de empleadores y administradoras de pensiones, en la consignación de los aportes y gestiones de cobro ante el empleador moroso, respectivamente, su incumplimiento no puede afectar al trabajador afiliado que habiendo cumplido con lo propio, esto es, trabajo y cotización descontada por su empleador, como en este caso, se vea abocado a no percibir el derecho pensional o a no sustituirlo en su sobrevivientes, por razones no atribuibles a él.

“Ciertamente, en la referida sentencia proferida el 30 de abril de 2013, radicado 46079, dijo la Corte:

“El descontento de la sociedad recurrente con la sentencia fustigada gravita, en rigor, en que ninguna de las normas acusadas contempla la obligación en cabeza de las administradoras de pensiones, de asumir el otorgamiento y cancelación de la pensión, cuando quiera que el empleador no haya cumplido con su obligación de pagar en tiempo los aportes y la administradora no hubiere adelantado las gestiones de cobro pertinentes.

“Pues bien, debe memorarse, como en otras ocasiones lo ha asentado esta Corte (sentencias del 4 de julio y 23 de octubre de 2012, radicaciones 44.190 y 42.086, respectivamente) que no se trata, como lo sugiere la censura, que la Corte avale el reconocimiento y pago de pensiones a cargo, en este caso de Porvenir S.A., desconociendo la obligación del empleador de efectuar las cotizaciones. A la conclusión que cuestiona la recurrente, ha llegado la Corporación por el ejercicio hermenéutico de las normas que armónicamente integran el sistema e imponen obligaciones a empleadores y administradoras, para garantizar el derecho a la pensión de los trabajadores, así como para garantizar el equilibrio financiero del sistema en el que insoslayablemente tienen interés las administradoras, no solo para efectivizar su funcionamiento en beneficio propio, sino además y como valor o principio supremo, se itera, para garantizar a sus afiliados el pago de las prestaciones a su cargo. Por todo lo anterior, se impone a las administradoras de pensiones la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, cuando el empleador se sustraiga de su cancelación o de su pago oportuno.

“Para el cumplimiento de esa gestión, el sistema de seguridad social les otorgó a las administradoras de pensiones herramientas jurídicas suficientes, desde el momento mismo en que se causa la cotización, para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas.

“En estas condiciones, el no ejercicio de tales acciones de cobro por parte de las administradoras que tienen a su cargo la pensión, trae como consecuencia que la responsabilidad sea de éstas al igual que el pago de la prestación, tal como se dejó sentado en la sentencia del 22 de julio de 2008 radicado 34270, que en esta ocasión se reitera al no haber nuevos elementos que conduzcan a su rectificación”.

“Por lo precedente, es que esta Sala de la Corte ha sostenido, que concurriendo las obligaciones de los empleadores (pago de aportes) y las administradoras de pensiones (cobro de aportes en mora), su incumplimiento no puede afectar al trabajador afiliado, que habiendo cumplido con lo propio, esto es, trabajo y cotización descontada por su empleador, se vea avocada a no percibir el derecho pensional por razones no atribuibles a él”.

Igualmente cabe decir que la mora en el pago de cotizaciones, e inclusive su falta total, en manera alguna afecta el concepto de afiliación al sistema, por ser incuestionable que son dos actos jurídicos distintos con consecuencias jurídica propias.

En efecto, en sentencia CSJ SL, del 1° de feb. de 2011, rad. 38766, recordó la Corte que,

(..) no es exacto afirmar que la desafiliación del sistema de pensiones pueda presentarse de manera tácita, como que supone un acto de declaración de voluntad, bien sea del empleador o del afiliado, que, desde luego, debe ser conocido por la entidad de seguridad social respectiva, que habrá de tomar las medidas administrativas correspondientes para que el afiliado pueda considerarse excluido del sistema.

“Por otra parte, la falta de cotizaciones no supone necesariamente la desafiliación, porque la afiliación al sistema se mantiene así no existan cotizaciones, de modo que se trata de figuras jurídicas que, aunque íntimamente vinculadas y complementarias, son distintas.

Así se desprende de lo que explicó la Corte en la sentencia de 9 de septiembre de 2009, radicación 35211, en la que dijo:

“Claro que la afiliación y la cotización, si bien hacen parte de la

relación jurídica de seguridad social y, por consiguiente, con estrechas vinculaciones y recíprocas influencias, son conceptos jurídicos distintos, que no es dable confundirlos, y que están llamados a producir secuelas totalmente diferentes en el mundo del derecho.

“La afiliación es la puerta de acceso al sistema de seguridad social y constituye la fuente de los derechos y obligaciones que ofrece o impone aquél.

“De tal suerte que la pertenencia al sistema de seguridad social está determinada por la afiliación y en ésta encuentran veneno todos los derechos y obligaciones, consagrados a favor y a cargo de los afiliados y de las administradoras o entes gestores.

“Nadie puede predicar pertenencia al sistema de seguridad social, mientras no medie su afiliación; y ningún derecho o ninguna obligación de los previstos en dicho sistema se causa a su cargo sin la afiliación.

“La cotización, por su parte, es una de las obligaciones que emanan de la pertenencia al sistema de seguridad social, que, como ya se explicó, deriva, justamente, de la afiliación.

“Mientras que la afiliación ofrece una pertenencia permanente al sistema, ganada merced a una primera inscripción, la cotización es una obligación eventual que nace bajo un determinado supuesto, como lo es la ejecución de una actividad en el mundo del trabajo o el despliegue de una actividad económica.

“A partir de esa distinción, brota espontánea una conclusión: la afiliación al sistema de seguridad social, en ningún caso, se pierde o se suspende porque se dejen de causar cotizaciones o éstas no se cubran efectivamente.

“Así surge de lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, que al regular la permanencia de la afiliación, dispone: “La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones”.

“Ahora bien, cumple aclarar que una novedad de retiro de un trabajador al servicio de un empleador no es igual a la solicitud de desafiliación del sistema pensional, porque con aquella simplemente se informa un hecho que supone un cambio en la situación laboral del afiliado y que, desde luego, como regla general, no implica la desafiliación del sistema; en tanto que la solicitud de desafiliación adquiere un carácter definitivo y, como la afiliación tiene carácter permanente, puede darse solamente cuando se hayan cumplido los requisitos para obtener el derecho a una prestación por vejez o invalidez, según se dijo con antelación, de suerte que es posible que, así se solicite la desafiliación del sistema, el trabajador continúe laborando para su empleador o para otro”.

Más recientemente sobre el mismo tópico se asentó

por la Corte en sentencia SL667-2013 del 23 de sep. de 2013, rad.38619 lo que sigue:

“De igual forma, aunque dicha entidad presentó mora en el pago de las cotizaciones y, de acuerdo con el Instituto de Seguros Sociales, no se realizaron aportes antes de la muerte del afiliado, esa situación no afectaba la validez de la inscripción, como se dijo en reciente jurisprudencia de esta Sala, en donde se afirmó “(.) 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.” En la sentencia del 13 de marzo de 2013, Rad. 42787, se explicó al respecto:

“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 acompañada de cotización alguna, lo cual se ha de asimilar a una falta de afiliación; así se ha de entender que el actor sólo 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 1° 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 síntesis, la falta de cotizaciones, o su mora en el pago, en nada afectan la calidad de afiliado del trabajador al sistema de seguridad social, como tampoco es dable confundir el acto jurídico de la afiliación con el de la cotización. Más aún, la falta de pago de cotizaciones al sistema o la mora en su cubrimiento, no son omisiones atribuibles al trabajador, por manera que por el mero hecho de contar con la calidad de afiliado bien puede exigir de aquél las prestaciones a que tenga derecho al cumplir las exigencias propias de cada uno, sin que le sea imputable el incumplimiento de su empleador. De contera, no es el empleador el llamado a cubrir las dichas prestaciones.

No obstante lo abundantemente anotado, cabría a la Corte agregar en esta oportunidad que frente al Sistema de Seguridad Social Integral, quien funge como responsable del pago de los aportes correspondientes al trabajador subordinado no es el trabajador mismo, sino su empleador, pues así lo precisa sin equívoco alguno el artículo 22 de la Ley 100 de 1993; y quien debe asumir las consecuencias pecuniarias, disciplinarias e inclusive penales en cuanto a la omisión en el dicho pago en modo alguno lo es el trabajador, pues lo es su empleador, como no hay duda alguna lo precisa el artículo 23 *ibidem*, de suerte que quien puede ser sujeto de las acciones previstas en la ley para la satisfacción del crédito surgido en virtud de la afiliación del

trabajador subordinado y la consiguiente de cotización no es éste, sino su empleador, como igualmente lo señala el artículo 24 *ejúsdem*, todo lo cual indica, que en tanto la relación jurídica de afiliación se extiende entre la administradora de riesgos y el trabajador --artículo 15 *ibídem*-- , la relación jurídica de cotización ata como sujeto pasivo de obligaciones con el sistema al empleador artículo 22 *ejúsdem*.

Siendo ello así, la omisión del empleador en el pago de las cotizaciones al citado sistema de seguridad social de ninguna manera puede ser atribuida al trabajador subordinado y en tal sentido servir de excusa válida para que aquél se sustraiga al cumplimiento de sus obligaciones --artículo 1609 del Código Civil--, pues se repite, no es el asalariado quien deduce de su propia remuneración el valor de su aporte (artículo 22 *ibídem*), ni es quien consigna o traslada al sistema la totalidad del mismo (artículo 22 *ejúsdem*), por lo que por efectos del principio universal de la buena fe negocial, el sistema está llamado a cumplir sus obligaciones con el afiliado, y si es del caso, a promover contra su real deudor las acciones que se requieran para la satisfacción del crédito generado por la relación jurídica de cotización.

De lo que viene decirse, el cargo es infundado.

Sin costas en el recurso, porque no hubo réplica.

X. 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 20 de septiembre de 2010 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, dentro del proceso promovido por **JHON JAIRO FLÓREZ BEDOYA** contra la sociedad **INGENIERÍA ELÉCTRICA Y ELECTRÓNICA S.A. 'INGELEL'**.

Sin costas, como se dijo en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidenta de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS