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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, miércoles 12 de diciembre de 2018.

Radicación No: 66001-31-05-001-2016-00500-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Deisy Arias Melo

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: PENSIÓN DE VEJEZ / PERFECCIONAMIENTO DE LA AFILIACIÓN A UNA ADMINISTRADORA PENSIONES / CUANDO ES SUFICIENTE DILIGENCIAR EL RESPECTIVO FORMULARIO Y NO EFECTUAR COTIZACIONES.**

… el máximo órgano de cierre de esta especialidad laboral desde el proferimiento de la sentencia SL 42787 de 2013, fijó la regla según la cual el simple diligenciamiento del formulario de vinculación produce efectos de afiliación o traslado, según el caso, aunque no existan cotizaciones al sistema. Sin embargo, en providencia SL 413 de 2018 precisó que no en todos los eventos es dable inferir la afiliación o traslado del afiliado (a) con el simple diligenciamiento del formulario, habida cuenta que debe apelarse a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas; por lo que estimó que en aquellos eventos en que exista duda frente a la validez de la afiliación de una persona, es necesario tener en cuenta el pago efectivo de los aportes a la entidad administradora de pensiones para darle validez al acto jurídico de la afiliación o del traslado.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

No obstante, como tales probanzas no llevan a un pleno convencimiento de que efectivamente la accionante estuvo afiliada al régimen anterior del cual pretende beneficiarse, porque con posterioridad al 16 de marzo de 1993 –fecha solicitud de vinculación-, no se efectuó ninguna cotización y además, no se sabe a ciencia cierta por qué se consignó en la historia laboral visible a folio 22 como fecha de afiliación de la actora el 1º de enero de 1993 –recuérdese que solo obra una solicitud de afiliación-, situaciones todas que hacen dudar de la existencia de una efectiva afiliación, pues, se repite, conforme al reciente pronunciamiento jurisprudencial, no basta con el documento de afiliación si la realidad permite establecer que no hubo una verdadera intención de vinculación al sistema.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy doce (12) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.) la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el día 10 de mayo de 2018, dentro del proceso que promueve la señora **Deisy Arias Melo** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.**

***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES***

1. ***INTRODUCCIÓN***

Pretende la demandante que se declare que es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93, y en consecuencia, se condene a la entidad de seguridad social demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049/90, desde el 6 de noviembre de 2009, junto con el retroactivo, las mesadas adicionales, la indexación de las condenas y las costas procesales a su favor.

Como fundamento a esas súplicas, expone que el 5 de febrero de 2009 cumplió 55 años de edad y el número mínimo de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, motivo por el cual el 31 de marzo de 2016 elevó solicitud de pensión ante la entidad demandada, misma que fue negada a través de Resolución GNR 143174 de ese mismo año, con el argumento de que la primera cotización al ISS se realizó el día 1º de abril de 1996, por ende, no pertenecía al régimen anterior gobernado por el Acuerdo 049/90; que se agotó la vía gubernativa, empero que, la entidad confirmó la decisión anterior. Indica que se afilió al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, tal cual se acredita con la historia laboral de mayo de 2012 emitida por la Vicepresidencia del ISS, en la que aparece como fecha de afiliación el 1 de enero de 1993; que tal circunstancia se corrobora además con la constancia de afiliación fechada el 16 de marzo de ese año; por último, indica que cotizó al sistema pensional más de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.

Admitida la demanda, Colpensiones allegó respuesta a través de su portavoz judicial, oponiéndose a las pretensiones y formulando en su defensa como medios exceptivos de fondo: “Inexistencia de la obligación demandada”, y “Prescripción”, fl.34.

 El juzgado de conocimiento, puso fin a la primera instancia mediante fallo dictado el 10 de mayo de 2018, en el que accedió a las pretensiones de la demanda, declarando que la demandante es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93, y por ende, tiene derecho a la pensión de vejez reclamada. En consecuencia, condenó a Colpensiones a reconocer dicha prestación a partir del 1º de abril de 2016, en cuantía igual al salario mínimo, y en razón a 13 mesadas anuales. Así mismo, al pago de $19`867.639, más los intereses moratorios a partir del 31 de julio de 2016, y las costas del proceso.

Inconforme, el vocero judicial de la Colpensiones enfiló la alzada en busca de su revocatoria, al considerar que si bien la actora se afilió al RPM administrado por el ISS el 16 de marzo de 1993, no reportó ninguna cotización en aras de materializar el acto jurídico. Solicitó se tenga en cuenta que un afiliado puede pensionarse con el régimen anterior, por virtud de la transición, siempre que exista una expectativa legítima que amerite protección, presupuesto que no se evidenció en el presente asunto, por cuanto la actora no estaba próxima a cumplir los requisitos para acceder al derecho pensional.

Por su parte, la agente del ministerio público, se mostró inconforme respecto a dos puntos: (i) con el número de mesadas reconocidas en favor de la actora, pues a su juicio, le corresponden 14 mesadas, dado que la causación del derecho se dio con antelación al 31 de julio de 2011, y (ii) la condena al pago de intereses moratorios, por cuanto no fueron peticionados en la demanda.

Se dispuso igualmente el grado de consulta en favor de la entidad demandada.

Nota: Por lo reglado en el inciso final del artículo 280 del Código General del Proceso, de aplicación por la integración normativa autorizada por el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, no es necesario que la Sala se extienda en mayores prolegómenos de este litigio, más cuando son ampliamente conocidos por las partes.

***Del problema jurídico.***

 Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

 *¿La demandante es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93? En caso positivo,*

 *¿Es necesario para la materialización del acto jurídico de afiliación al sistema pensional, la realización de aportes o cotizaciones?*

 *¿Procede la aplicación del régimen anterior previsto en el Acuerdo 049/90?*

 *¿Tiene la demandante derecho a la pensión de vejez que reclama? En caso positivo.*

 *¿Cuál es la fecha de disfrute de la prestación?*

 *¿A cuánto asciende el monto de la misma y el número de mesadas pensionales?*

 *¿Había lugar a imponer el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93?*

1. ***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Para resolver la instancia, interesa resaltar conforme a las pruebas documentales que reposan en el expediente, los supuestos fácticos indiscutidos en el proceso y que sirven de base a la decisión que se adopta. Ellos son: (i) que la señora Deisy Arias Melo nació el 5 de noviembre de 1954 –ver fl.25, por lo que cumple con el requisito de la edad contenido en el artículo 36 de la Ley 100/93, para acceder a los beneficios del régimen de transición, puesto que al 1º de abril de 1994 contaba con 39 años de edad;(ii) que según la historia laboral allegada por Colpensiones la actora cotizó en el régimen de prima media un total de 976.14 semanas en el periodo comprendido entre el 1º de abril de 1995 al 29 de febrero de 2016, es decir que, las cotizaciones al sistema pensional se iniciaron con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100/93, ver folio 84 a 88 y, (iii) que conforme al formulario de solicitud de vinculación para la cobertura de los riesgos del Sistema General de Seguridad Social, documento que valga anotar fue allegado por la demandante y además obra en el expediente administrativo que allegó la entidad de seguridad social en medio magnético, por lo que en los términos del artículo 244 del CGP goza de pleno valor probatorio, la demandante se afilió al ISS hoy Colpensiones, el 16 de marzo de 1993, es decir, antes de entronización de la Ley 100/93.

En tal sentido, el vocero judicial de la entidad demandada enfiló su recurso, en orden a predicar que la falta de cotizaciones al sistema pensional antes de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones, le impide a la demandante solicitar la aplicación del régimen anterior contenido en el Acuerdo 049/90, máxime cuando para ese momento no tenía una expectativa legítima, puesto que no estaba próxima a configurar su derecho pensional.

En ese orden, 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 requiere además de las cotizaciones que permitan concretar la voluntad del afiliado (a).

Para resolver el cuestionamiento, es preciso indicar que el máximo órgano de cierre de esta especialidad laboral desde el proferimiento de la sentencia SL 42787 de 2013, fijó la regla según la cual el simple diligenciamiento del formulario de vinculación produce efectos de afiliación o traslado, según el caso, aunque no existan cotizaciones al sistema. Sin embargo, en providencia SL 413 de 2018 precisó que no en todos los eventos es dable inferir la afiliación o traslado del afiliado (a) con el simple diligenciamiento del formulario, habida cuenta que debe apelarse a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas; por lo que estimó que en aquellos eventos en que exista duda frente a la validez de la afiliación de una persona, es necesario tener en cuenta el pago efectivo de los aportes a la entidad administradora de pensiones para darle validez al acto jurídico de la afiliación o del traslado.

Tal razonamiento, lo hizo en aras de brindar protección al afiliado al referir en sus propios términos que “*se debe partir del supuesto inequívoco de que la seguridad social tiene como base la protección del afiliado o trabajador, con el fin de que éste pueda contar con una vida digna, mediante la adopción de políticas encaminadas a protegerlo de las diferentes contingencias que lo puedan afectar*” (SL 4060 de 2018).

En tal dirección, por regla general la afiliación al sistema general de pensiones realizada por el empleador, si es hecha 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. Sólo por excepción, es dable acudir a la verificación del pago efectivo de las cotizaciones al sistema *cuando existen dudas razonables sobre el genuino deseo del trabajador* de afiliarse o de trasladarse de régimen, en aras de que no quede el mínimo sesgo de duda de la verdadera intención de pertenecer a un régimen pensional determinado.

Así las cosas, en el sub-lite lo primero que se advierte es que no existe duda razonable sobre el deseo genuino de la demandante de pertenecer al régimen de prima media, puesto que su voluntad quedó materializada no sólo con la suscripción del formulario de afiliación al ISS fechado el 16 de marzo de 1993 que obra en el expediente a folio 24, sino también con el cúmulo de aportes que realizó a dicha administradora de pensiones.

Ahora, si bien es cierto que la historia laboral únicamente reporta cotizaciones al sistema pensional a partir del 1º de abril de 1996, con cargo al empleador Ibeth Melo López de Vidrihogar, no puede desconocerse que la afiliación por primera vez al Instituto de Seguros Sociales acaeció como se dijo, el 16 de marzo de 1993, justamente con ese mismo patronal. De suerte que, el hecho de que el empleador no hubiese realizado los aportes correspondientes al sistema pensional, no excluye la posibilidad de que la trabajadora le exija al ente de seguridad social el reconocimiento de sus derechos, como quiera que la afiliación es la puerta de acceso al sistema de seguridad social y constituye la fuente de derechos y obligaciones que aquel ofrece.

Precisamente por ello, es que la jurisprudencia 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, se vea avocado a no percibir el derecho pensional por razones no atribuibles a él.

Y aunque la entidad recurrente alega que la demandante no tenía una expectativa legítima de pensión, lo cierto es que sí la tenía, puesto que no sólo se encontraba dentro del contingente de personas cobijadas por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93, por cumplir con uno de los requisitos allí establecidos, en su caso, la edad, sino que además estaba afiliada a un régimen pensional anterior, circunstancia que genera a su favor una expectativa legítima susceptible de protección, entendida esta como aquella situación jurídica concretada en favor de un particular.

Recuérdese que por regla general, los regímenes de transición sólo protegen expectativas legítimas, es decir, se centran en la protección de aquellos grupos de población cercanos al cumplimiento de los requisitos de acceso a la prestación. De suerte que, mientras el derecho eventual se perfecciona hay apenas una expectativa de derecho, o mejor, un derecho en perspectiva, esto es, en vías de adquirirse; pero, nunca, un derecho adquirido.

 Es por ello, que el artículo 36 de la ley 100/93 al precisar a quienes consideraba la ley como próximas a pensionarse, señaló que se tendrían  como tales a las mujeres que a 1º de abril de 1994 tuvieran 35 años o más de edad y a los hombres que a esa misma fecha completaran al menos 40 años de edad, o a quienes a ese momento acumularan 15 años o más de servicios, quedando amparados por el régimen de transición, lo que significó tener la posibilidad de pensionarse con el régimen pensional anterior al cual se encontraba afiliado el trabajador al momento de entrar en vigencia la nueva ley de seguridad social

Puestas así las cosas, se concluye que la a-quo no se equivocó al indicar que la actora acreditó haber estado afiliada al ISS hoy Colpensiones con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100, y ser beneficiaria del régimen de transición. Por ende, no sale avante el recurso de apelación propuesto por el vocero judicial de la entidad demandada.

Superado lo anterior, pasará la Sala a verificar si la actora cumple los requisitos exigidos en el régimen anterior al cual se encontraba afiliada. El artículo 12 del mentado Acuerdo 049/90, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, exige como requisitos para acceder al derecho a la pensión de vejez tener: (i) 55 años de edad y (ii) 1.000 semanas de aportes en cualquier tiempo o 500 en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.

En cuanto al primer requisito, éste lo reunió el 5 de noviembre de 2009 cuando arribó a 55 años de edad, ver folio 26. Frente a las cotizaciones, según la historia laboral visible a folio 74, la actora sufragó un total de 660.30 semanas de aportes al ISS en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, esto es, entre el 5 de noviembre de 1989 y ese mismo día y mes del 2009, resultando suficientes para el otorgamiento de la pensión de vejez peticionada.

En lo referente al disfrute pensional, este era procedente a partir del 1º de marzo de 2016, calenda en que la demandante cesó en forma definitiva las cotizaciones al sistema pensional, pudiéndose deducir de aquel acto externo e inequívoco, en los términos de la jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad laboral[[1]](#footnote-1), su intención de desafiliarse definitivamente y disfrutar la gracia pensional, amén de que la solicitud de pensión ante la entidad demandada fue radicada el 31 de marzo de esa misma anualidad, según el acto administrativo visible a folio 10.

No obstante, como quiera que la sentenciadora de primer grado fijó el disfrute del derecho a partir del 1º de abril de 2016, sin que la parte interesada presentara inconformidad alguna al respecto, se mantendrá incólume la decisión de primer grado, en atención al grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones.

El monto de la pensión será equivalente a 1 SMLMV, como quiera que la actora siempre efectuó cotizaciones sobre esa base salarial, y en razón a catorce mesadas anuales, tal cual lo reclamó la Agente del Ministerio Público en su alzada, por haberse causado el derecho pensional con antelación al 31 de julio de 2011, según los lineamientos del inciso 8º del artículo 1º del A.L. 01 de 2005.

Efectuados los cálculos del retroactivo pensional generado entre el 1º de abril de 2016 y el 30 de noviembre de 2018, es decir, actualizado a la emisión de esta sentencia, se tiene conforme al cuadro que se pone de presente a los asistentes y que hará parte integrante del acta final que se suscriba con ocasión de esta diligencia, que asciende a $27`286.936.

La excepción de prescripción propuesta por la entidad, no está llamada a prosperar, pues en los términos del artículo 151 del C.P.T y S.S. y artículo 488 del C.S.T., no transcurrió el término trienal desde el reconocimiento del derecho pensional y la interposición de la demanda, que según folio 9 data del 30 de noviembre de 2016.

En relación con el segundo punto de inconformidad de la funcionaria del Ministerio Público, respeto a la improcedencia de la condena al pago de los intereses moratorios a los que accedió la a-quo, se considera que razón le asiste a la apelante, como quiera que al remitirse la Sala al escrito de demanda inaugural del proceso, se observa que tales réditos no fueron solicitados expresamente por la actora, motivo por el que no procedía su imposición.

Procedía en cambio, la indexación peticionada, como mecanismo para contrarrestar la devaluación de la moneda por efecto del fenómeno inflacionario.

Por ende, prospera íntegramente la apelación propuesta por la Procuradora del Ministerio Público.

De suerte que, se modificará parcialmente el ordinal 4º de la sentencia de primer grado, en cuanto al número de mesadas que le asisten a la actora; se modificará el ordinal 5º en cuanto al valor del retroactivo y, revocará el ordinal 6, para en su lugar acceder a la indexación de las condenas.

Las costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y a favor de la actora, dada la improsperidad del recurso propuesto.

 En mérito de lo expuesto, el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Tercera de Decisión Laboral,* administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

**1. Modificar parcialmente** el ordinal 4º de la sentencia proferida el 10 de mayo de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para indicar que la señora Deisy Arias Melo tiene derecho al pago de 14 mesadas anuales, conforme lo expuesto en la parte motiva.

**2. Modificar** el ordinal 5º de la providencia en relación con el valor del retroactivo pensional, en el sentido de indicar que actualizado hasta el 30 de noviembre de 2018, asciende a $$27`286.936, sin perjuicio de que se siga generando hasta su solución.

**3. Revocar** el ordinal 6º de la providencia, para en su lugar **Absolver** a Colpensiones del pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93, y **Condenarla** al pago de la indexación de las condenas reconocidas.

**4. Confirmar** todo lo demás.

**5.** Costas en esta instancia a cargo de la entidad recurrente en favor del demandante.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado Salva Voto

**ANEXO**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **VALOR DE LA MESADA**  | **No. MESADAS** | **SUBTOTAL**  |
| 2016 | $689.454 | 11 | $7.583.994 |
| 2017 | $737.717 | 14 | $10.328.038 |
| 2018 | $781.242 | 12 | $9.374.904 |
| **SUBTOTAL**  | **$27.286.936** |

Radicación Nro. 66001-31-05-001-2016-00500-01

Proceso Ordinario Laboral

Demandante: Deisy Arias Melo

Demandado: Colpensiones

Tema: Configuración de afiliación a una administradora

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO. JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**Doce (12) de Diciembre de 2018.**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Tal como lo propuse como ponente inicial en este asunto, considero que la sentencia de primera instancia debió ser revocada en su integridad para en su lugar absolver a la demandada de todas las pretensiones presentadas en su contra.

En sustento de lo anterior téngase en cuenta que, partiendo de la base de que los problemas jurídicos a resolver consistían en determinar si:

***¿Acredita la señora Deisy Arias Melo los requisitos necesarios para ser beneficiaria del régimen de transición?***

***En caso afirmativo, deberá verificarse si la accionante tiene derecho a que se le reconozca la pensión de vejez reclamada.***

***Así mismo si ¿tiene derecho a percibir 14 mesadas pensionales al año?***

***Y finalmente, si hay lugar a revocar o modificar la condena impuesta a cargo de la entidad accionada por concepto de intereses moratorios.***

A mi juicio, los argumentos que debieron servir para llegar a la referida absolución se basan en los siguientes aspectos jurídicos y probatorios:

**1. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN**

Son acreedores del beneficio del régimen de transición quienes hubiesen cumplido 40 o 35 años al momento de entrar a regir la ley 100 de 1993, según se trate de hombres o mujeres, o quienes acrediten más de 15 años de servicios cotizados.

Concordante con lo anterior, según sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL 2801 de 13 de junio de 2018, con radicación 52717, el propósito del régimen de transición:

*“es mitigar los efectos negativos generados por un cambio legislativo a personas que por delimitado espacio temporal, vienen construyendo el cumplimiento de requisitos para ser beneficiados con el reconocimiento de una prestación, bajo los parámetros preceptuados por determinada regulación normativa, que de forma imprevista es reemplazada por una nueva, al tiempo que implementan requisitos y exigencias adicionales, haciendo más gravosa la situación de la persona próxima a culminar los preceptos legales del régimen anterior”.*

**2. CONFIGURACIÓN DE LA AFILIACIÓN A UNA ADMINISTRADORA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES**

Recientemente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL413 de 21 de febrero de 2018, Radicación 52704, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, abordó dicho tema en cuanto a si con el simple diligenciamiento, firma y tramitación del formulario de vinculación se entendía configurada la afiliación al sistema pensional o si por el contrario, se requería efectuar cotizaciones para concretar esa voluntad del afiliado.

Previo a desatar dicho interrogante, esa Alta Magistratura, recordó en esa misma providencia lo que en otrora había considerado al respecto, así:

*“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”.*

Sin embargo, siguió la mencionada providencia, refiriendo:

*“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. (…)*

*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). (…)*

*… 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. (…) 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 (…)”.*

**EL CASO CONCRETO**

La señora Deisy Arias Melo nació el 5 de noviembre de 1954 según la copia de la cédula de ciudadanía y el registro civil de nacimiento emitido por la Registraduría Nacional del Estado Civil de Líbano, Tolima –fls.25 y 26-, por lo que cumple con el requisito de la edad contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para acceder a los beneficios del régimen de transición, porque al 1º de abril de 1994, tenía cumplidos 39 años de edad.

Ahora, de su historia laboral –fls.84 a 88-, contrario a lo manifestado por la Juez de primer grado que relacionó más de 1250 semanas cotizadas, se observa que la accionante aportó al régimen de prima media con prestación definida, un total de 976,14 semanas en el período comprendido entre el 1º de abril de 1996 y el 29 de febrero de 2016, esto es, **con posterioridad** a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se colige, que si bien la señora Deisy Arias Melo cumplía con el requisito de la edad para ser beneficiaria del régimen de transición, también lo es que dicho presupuesto no es el único que debe cumplirse para tener derecho a los beneficios transicionales, pues, debe estar presente la afiliación al sistema con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2801 de 13 de junio de 2018.

La parte actora, en aras de acreditar su afiliación al sistema antes del 1º de abril de 1994, allegó una historia laboral actualizada al 8 de mayo de 2012, de la que se observa como fecha de afiliación de la accionante al ISS, el 1º de enero de 1993 –fl.22-, así mismo, el documento visible a folio 24 del expediente, que da cuenta que el 16 de marzo de ese mismo año 1993, se presentó **una solicitud** de vinculación a esa administradora de pensiones por parte de la señora Ibeth Mejo López, en calidad de Representante Legal o persona autorizada por Vidrihogar, como empleador de la aquí demandante, documentos que reposan igualmente en los archivos de la entidad demandada contenidos en el expediente administrativo que fue arrimado al plenario en medio magnético –fl.48-.

Inicialmente, podría decirse que esos documentos dan cuenta de que la señora Deisy Arias Melo estuvo afiliada al régimen de prima media antes del 1º de abril de 1994, y dicha circunstancia sumada al cumplimiento del requisito de la edad dispuesta en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultarían suficientes para predicar que el estudio de su pensión, se efectuaría bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990.

No obstante, como tales probanzas no llevan a un pleno convencimiento de que efectivamente la accionante estuvo afiliada al régimen anterior del cual pretende beneficiarse, porque con posterioridad al 16 de marzo de 1993 –fecha solicitud de vinculación-, no se efectuó ninguna cotización y además, no se sabe a ciencia cierta por qué se consignó en la historia laboral visible a folio 22 como fecha de afiliación de la actora el 1º de enero de 1993 –recuérdese que solo obra una solicitud de afiliación-, situaciones todas que hacen dudar de la existencia de una efectiva afiliación, pues, se repite, conforme al reciente pronunciamiento jurisprudencial, no basta con el documento de afiliación si la realidad permite establecer que no hubo una verdadera intención de vinculación al sistema.

Adicional a lo anterior, ni siquiera los propios actos desplegados por la accionante dan cuenta de tal vinculación, por cuanto obra en el plenario prueba de solicitud de corrección de historia laboral elevada por ella el 17 de julio de 2012 ante el ISS Seccional Ibagué Tolima –fl.48 en medio magnético-, en la cual relaciona algunos períodos faltantes e inconsistencias en semanas cotizadas (imputación) correspondiente a los años 1996, 1997, 2001, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, sin que se evidencia solicitud encaminada a que se incluyan cotizaciones del año 1993, situación que conlleva a presumir, que la accionante estaba consciente de que para dicha calenda, ni tenía una relación laboral con la señora Ibeth Melo López ni se encontraba válidamente afiliada al sistema, pues su primera vinculación tuvo lugar en abril de 1996 y no antes.

Así las cosas, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, no existe coherencia entre el documento que contiene la solicitud de afiliación y la conducta de la señora Deisy Arias Melo, por lo tanto, debió revocarse la sentencia apelada, para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, dado que la accionante no cumple con el número de cotizaciones que exige el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues en toda su vida laboral cotizó 976,14 semanas de las 1.300 que exige dicha normatividad.

Dejo así salvado mi voto.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

1. Ver entre otras, Sentencia SL 5603, de 6 de abril 2016 [↑](#footnote-ref-1)