

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que parte la codemandada AFP PROTECCIÓN S.A. presentó alegatos de conclusión por escrito dentro del término establecido en el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Pereira, 14 de octubre de 2021.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

Sin necesidad de firma Art. 2, inc. 2 Dto. 806 de 2020 y art. 28 del Acuerdo PCSJA20-11567 C.S.J.

Radicación No.	: 66001-31-05-001-2019-00033-01
Demandante	: Diego Alberto Márquez Chica
Demandado	: Protección S.A.
Juzgado de origen	: Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL

Pereira, veintitrés (23) de marzo de dos mil veintidós (2022)
Acta No. 44 del 22 de marzo de 2022

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto Presidencial No. 806 del 4 de junio de 2020, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral No. 1, presidida por la Magistrada Ana Lucía Caicedo Calderón e integrada por la misma Magistrada, ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN, como Ponente, la Magistrada OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado GERMÁN DARIO GÓEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **DIEGO ALBERTO MÁRQUEZ CHICA** en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y **CARLOS ALBERTO OCHOA PALACIO**.

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del codemandado CARLOS ALBERTO OCHOA PALACIO en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el pasado 28/may/21. Para ello, se tienen en cuenta lo siguiente:

1. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

Se afirma en la demanda que el señor **DIEGO ALBERTO MÁRQUEZ CHICA** fue contratado el 31 de agosto de 2015 por el señor **CARLOS ALBERTO OCHOA PALACIO** para trabajar en la finca Villa del Carmen en la ciudad de Pereira; el 23 de noviembre de 2016, fue diagnosticado como paciente con cáncer de tiroides, según consta en su historia clínica expedida por su EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD -S.O.S.-; el 17 de abril de 2018, fue calificado con un porcentaje de PCL del 74,35, estructurada el 16 de diciembre de 2016.

Afirma igualmente, que cuenta con 57,87 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, pese a lo cual, el 30 de agosto de 2018, su AFP PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS, le negó la pensión de invalidez, debido a que la fecha de estructuración establecida en el dictamen era anterior a la vinculación con dicha administradora.

Agrega que según se reporta en su historia laboral, el codemandado Carlos Alberto Ochoa Palacio realizó cotizaciones desde el mes de diciembre de 2015, inclusive, y desde esa fecha no ha dejado de efectuar, toda vez que no ha habido interrupción en sus incapacidades.

Con fundamento en lo anterior, pretende que se declare que cumple los requisitos para acceder a la pensión de invalidez a cargo de PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. o de CARLOS ALBERTO OCHOA PALACIO y se condene a cualquiera de los dos al pago de dicha prestación desde el 16/dic/2016.

En respuesta a la demanda, el señor **CARLOS ALBERTO OCHOA PALACIO** señaló que el demandante inició prestando sus servicios como recolector de café, de manera autónoma, en el mes de septiembre de 2015 y solo a partir del mes de diciembre fue vinculado laboralmente para realizar oficios varios en la finca "Villa del Carmen", fecha a partir de la cual se realizó la afiliación y los pagos al sistema de seguridad social. En tal virtud, se opone a cualquier condena en su contra, al considerar que la única llamada al pago de la prestación es la Administradora de Fondos de Pensiones demandada. En su defensa, propone como excepciones de mérito denominadas "*cobro indebido de pensión sanción*", "*mala fe y falta de causa en las pretensiones*" y "*buena fe*".

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, aceptó que al demandante le fue diagnosticado

tumor maligno de tiroides metastásico en diciembre de 2016, se califica en abril de 2018, con un PCL del 74,53%, estructurado el 16 de diciembre de 2016, razón por la cual “ágilmente” su empleador decidió cancelar el total de los aportes, incluso los presuntamente causados, desde diciembre de 2015, lo cual hizo en mayo de 2018, cuando ya conocía el resultado de la calificación, con lo que se evidencia un intento de fraude asistencial perpetrado contra el sistema de seguridad social, de modo que, por tratarse de aportes extemporáneos al igual que una tardía e irregular vinculación al sistema, las semanas cotizadas no tienen valor en lo absoluto por ser ilícitas. En tal virtud, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las denominadas: *"genérica, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y cobro de lo no adeudado, inexistencia de la causa por insuficiente densidad de semanas cotizadas, compensación, culpa exclusiva del accionante, exoneración de condena en costas e intereses de mora, falta de causa para pedir, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta personería sustantiva por pasiva, inexistencia de la fuente de la obligación y/o cobro de lo no debido"*.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no adeudado y la falta de legitimación por pasiva que fueron propuestas por la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A. En consecuencia, absolvió a Protección S.A de todas las pretensiones formuladas en su contra por el señor Diego Alberto Márquez Chica. Sin embargo, declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en cuantía de un (1) SMLMV, con derecho a 13 mesadas pensionales al año, a cargo del señor Carlos Alberto Ochoa Palacio, ordenándole a este último pagar a favor de la masa sucesoral del señor Carlos Alberto Ochoa la suma de \$26.302.065 pesos por concepto del retroactivo pensional causado desde el 16 de diciembre de 2016 y hasta la fecha de deceso de su extrabajador, ocurrido el 15 de agosto de 2019.

Para arribar a la anterior determinación, primero, señaló que en el documento con nombre “PAGOS POR COTIZANTE”, adosada por la EPS S.O.S, se evidencia la certificación de aportes (a nombre del demandante, Diego Alberto Márquez Chica) desde enero de 2016 a septiembre de 2019 con el empleador Carlos Alberto Ochoa Palacio. No obstante, los meses de enero y febrero de 2016 fueron cancelados por el empleador en el mes de mayo de 2018.

Asimismo, que, con la documentación adosada por el fondo de pensiones, se colige que la vinculación del señor Diego Márquez a Protección S.A, se realizó el 10

de febrero 2017, por lo tanto, se realizó una afiliación tardía al sistema, bajo el entendido que el vínculo laboral tuvo su génesis en diciembre de 2015, como lo confesó el mismo empleador al dar respuesta a la demanda.

En concordancia con lo anterior, añadió, que si bien en el histórico de aportes se reflejan cotizaciones que se remontan a la fecha de iniciación del contrato, no es coherente que se sufragaran aportes en una entidad donde no existía un vínculo contractual para cubrir contingencias por vejez, invalidez o muerte. Señaló que, en este tipo de eventos, cuando se ha configurado el riesgo y el trabajador no ha sido debidamente afiliado por su empleador, ha dicho la Corte Suprema de Justicia SL-4103 del 22 de marzo de 2017, que no es posible que el sistema a través de sus entidades asuma el pago de las prestaciones económica, sea invalidez o sobrevivientes, quedando dicha carga en el empleador omisivo cuando se busca el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes o invalidez ya que estas dos prestaciones no se fundamentan en número acumulado de aportes sino en la cobertura y aseguramiento de un riesgo, lo que implica una adecuada afiliación y pago de los aportes. Aunado a lo anterior, citó el artículo 54, numeral 4º del Decreto 1406 de 1999. De igual forma, señaló que, cuando la afiliación deviene tardía, no puede aceptarse un allanamiento a la mora, puesto que la afiliación del trabajador se realizó en fecha posterior al siniestro (fecha de estructuración del estado de invalidez), y, por consiguiente, la recepción de los aportes a la seguridad social no implica un allanamiento a la mora. Subsidiariamente, declaró que el señor Diego Alberto Márquez Chica tiene derecho al pago de la pensión de invalidez a partir del 16 de diciembre del 2016, fecha en la cual se estructuró la invalidez, en cuantía a un SMMLV, y que está a cargo de su empleador, el señor Carlos Alberto Ochoa Palacio.

Para llegar a la anterior determinación, la juzgadora señaló que el demandante cumplió el requisito establecido en la ley 860 del año 2003, por cuanto tenía una calificación de pérdida de capacidad laboral que supera el 50%, estructurada el 16 de diciembre del 2016, fecha en la cual se encontraba vinculado con el señor Carlos Alberto Ochoa Palacio (empleador), sin que este hubiese realizado los trámites de afiliación a una entidad de pensiones. Reiterándose, entonces que el pago de la pensión debía recaer a cargo del empleador incumplido.

Añadió que, la prestación se reconoce desde la fecha de estructuración y en el presente caso no es procedente dar aplicación al inciso 1 del artículo 10 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de 1990, por cuanto la prohibición de recibir pensión de invalidez concomitante con el subsidio por

incapacidad solo aplica en aquellos trabajadores afiliados al sistema de seguridad social y para esta calenda el actor no lo estaba.

En cuanto a la solicitud de pago de intereses moratorios, señaló que no procede por cuanto este reconocimiento no quedó en cabeza de una entidad de seguridad social y son ellos y no los particulares quienes están obligados al pago de los referidos intereses, conforme a lo establecido al artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Finalmente, condenó en costas procesales al señor Carlos Alberto Ochoa Palacio a favor de la masa sucesoral del señor Diego Alberto Márquez Chica y a la parte demandante a favor de la AFP PROTECCIÓN S.A.

3. APELACIÓN

Contra la anterior decisión presentó recurso de apelación el codemandado CARLOS ALBERTO OCHOA PALACIO, aduciendo que se demostró con los documentos aportados al proceso, que los aportes al fondo se realizaron desde los primeros meses del año 2016. Aduce que el empleador afilió a su trabajador de manera oportuna y añade que el señor Diego Alberto fue atendido por las entidades, puesto que estaba afiliado, de lo contrario, no hubiese podido recibir atención médica ni pago de incapacidades.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN/CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Analizados los alegatos presentados por la codemandada PROTECCIÓN S.A., mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con los problemas jurídicos que se expresan a continuación. Por otra parte, el Ministerio Público NO conceptúo en este asunto.

5. PROBLEMA JURIDICO

Con el propósito de verificar si la parte demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes que pretende, dado el esquema del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, le corresponde a esta Sala establecer, con apoyo en la ley, si resulta legalmente viable computar como semanas

válidamente cotizadas en este caso las correspondientes al tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado oportunamente al trabajador, en los eventos en que aquel asume el pago de los aportes con posterioridad a la ocurrencia del siniestro de invalidez o muerte, como en este caso.

6. CONSIDERACIONES

6.1. DIFERENCIAS ENTRE MORA PATRONAL Y OMISIÓN DE AFILIACIÓN

Es bien sabido que la Doctrina ha diferenciado los efectos de la mora en el pago de los aportes con los de la falta de afiliación o inscripción al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes. (Ver al respecto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, SL-14388 (43182), del 12 de noviembre de 2015, M. P. Rigoberto Echeverri).

Frente a la mora del empleador en el pago del aporte de trabajadores que haya inscrito en vigencia del respectivo contrato de trabajo, se tiene establecido que la validez de las semanas cotizadas no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro. En efecto, de manera reiterada esta Sala, siguiendo la consolidada línea jurisprudencial al respecto, ha sostenido que las administradoras de pensiones, y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover las acciones judiciales o administrativas para el cobro de las cotizaciones en mora, en razón de lo cual no es posible trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores y mucho menos a los trabajadores (sentencia del 4 de mayo de 2018, Rad. 2015-0334). Se ha explicado en múltiples pronunciamientos de esta Corporación, con ponencia de quien aquí cumple igual encargo, que las administradoras deben acreditar que han adelantado el proceso de gestión de cobro, porque si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación reclamada, siempre que esta dependa de cotizaciones en mora del empleador.

Cosa bien distinta ocurre ante la falta de afiliación al sistema pensional, pues esta omisión conlleva el necesario reconocimiento al trabajador del tiempo servido con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo del empleador que omitió su afiliación, según se desprende del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, **aplicable de manera exclusiva a la pensión de vejez.**

No cabe duda que la negligencia del empleador en estos casos constituye un grave perjuicio para el trabajador, dado que la falta de afiliación¹ (o de inscripción, para no caer en disyuntivas semánticas) en principio es un obstáculo para que el sistema asuma el riesgo de la vejez, porque no se acredita el número de semanas mínimas que exige la ley para la causación de tal derecho. Y es que, como es bien sabido, la obligación de afiliar al Régimen de Seguridad Social en Pensiones a un trabajador dependiente es responsabilidad del empleador, acorde con la legislación vigente sobre el particular. Es por eso que el inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, prevé la solución frente a la eventualidad referida, al establecer que *“(…) En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994”*.

Pues bien, para ordenar que se expida a favor de un fondo de pensiones un título pensional por los períodos durante los cuales el actor no fue vinculado por su empleador al Sistema General de Pensiones, también se ha precisado que es necesario que el interesado acredite que en efecto laboró al servicio del empleador que presuntamente omitió la afiliación, pues no de otra manera se origina el derecho a que se computen como válidos dichos períodos para efectos de la acreditación de los requisitos para obtener una pensión de vejez.

De lo que viene de decirse, queda claro que la falta de afiliación al sistema de pensiones implica que la entidad de seguridad social respectiva debe reconocerle al trabajador el tiempo servido, para efectos del reconocimiento de la **pensión de vejez**, siempre que el empleador que omitió la afiliación constituya la respectiva reserva actuarial, a satisfacción de la AFP a la cual se encuentre afiliado el trabajador. (Art. 33 de la Ley 100 de 1993).

Cosa distinta ocurre frente a la materialización de los riesgos de invalidez y muerte, lo cual impide el saneamiento de la omitida afiliación, toda vez que, del cómputo de semanas cotizadas necesarias para acceder a la

¹ La C.S. de J., S.L., en sentencia del 28 de junio de 2002, se refirió a la afiliación, así: “la afiliación es un acto condición, mediante el cual una persona natural se incorpora al sistema general de pensiones por la aceptación del ente gestor de la solicitud de inscripción y queda sometida en sus derechos y obligaciones al conjunto normativo contemplado en la extensa regulación de ese componente de la seguridad social” (S. del 8 de junio de 2000, C.S. de J., 2000).

cobertura prestacional de estas contingencias, se debe excluir el tiempo de servicios prestados a empleadores que hubieren omitido la afiliación oportuna del trabajador siniestrado. Quiere decir esto, en palabras más sencillas, y tomando como ejemplo el presente asunto, que si dentro de los tres (3) años anteriores al siniestro, el trabajador no hubiere sido afiliado o inscrito al Sistema Pensional por su empleador y, por ausencia de dicho acto, no pudiese completar las semanas cotizadas necesarias para acceder a la prestación económica por invalidez o muerte, la obligación de pagar la pensión recaerá de manera exclusiva sobre el empleador que omitió la afiliación. Así se desprende del Decreto 1406 de 1999, que establece el régimen de obligaciones y deberes formales de las personas naturales o jurídicas con trabajadores dependientes, en los siguientes términos: *“los aportantes (empleadores) deberán cumplir las obligaciones y deberes formales establecidos en la ley o el reglamento, personalmente o por medio de sus representantes”*. Y agrega que *“las consecuencias derivadas de la no presentación de las declaraciones de autoliquidación de aportes o de errores u omisiones en ésta, que afecten el cubrimiento y operatividad del Sistema de Seguridad Integral o la prestación de los servicios que él contempla con respecto a uno o más de los afiliados, serán responsabilidad exclusiva del aportante”*. Y asimismo del artículo 8 del Decreto 1642 de 1995, en el que advierte que *“los empleadores del sector privado que no hubiesen afiliado a sus trabajadores al Sistema General de Pensiones, deberán asumir el reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez o de sobrevivientes o sustitución, por riesgo común, que se llegasen a causar durante el periodo en el cual el trabajador estuvo desprotegido.*

Al respecto ha señalado la Corte Constitucional, que el régimen de la pensión de sobrevivientes e invalidez no se inspira en la acumulación de un capital que permita financiarla, como si ocurre con la pensión de vejez, sino en el aseguramiento del riesgo de deceso o invalidez del afiliado, y ha concluido, con sustento en esa premisa, *“que los empleadores que incumplen con la obligación legal y reglamentaria de afiliar a sus trabajadores al sistema pensional vulneran el derecho a la seguridad social y deben responder por las pensiones y prestaciones periódicas a las que tendrían derecho de haber sido afiliados”*.

Frente al mismo tema señaló el tratadista y exmagistrado Eduardo López Villegas, en su obra “Seguridad Social. Teoría Crítica” que, si *“la afiliación tiene como consecuencia la subrogación de los riesgos y de las prestaciones, la falta de afiliación acarrea como consecuencia directa o que el empleador asuma la responsabilidad por las prestaciones que habría otorgado el sistema, si se hubiere satisfecho el requisito de afiliación, o la financiación de las mismas para que responda por ellas el sistema”* (López, 2011, p. 377).

En el mismo sentido, ya de antaño se ha pronunciado en el mismo sentido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al señalar, en la sentencia 15660 del 29 de junio de 2001, que *“admitir la posibilidad de que con el pago de cotizaciones realizado*

después de haberse presentado el riesgo o la contingencia respectiva, el sistema de seguridad social en pensiones deba otorgar las prestaciones señaladas en la ley, iría en contra de uno de los principios de la seguridad social como es el de la solidaridad y afectaría gravemente su estabilidad financiera, además de significar el absurdo de amparar riesgos ya presentados”.

Cabe agregar que permitir el pago de un cálculo actuarial o de las cotizaciones en mora junto a sus intereses para cubrir el pago de un pensión de invalidez o muerte, fomenta la irresponsabilidad patronal, como ya se ha advertido en la jurisprudencia, pues los empleadores encontrarían más conveniente no afiliarse a sus trabajadores ni pagar sus obligaciones con el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, si ninguna sanción se deriva para ellos, pues podrían trasladar el riesgo a la entidad de seguridad social respectiva al verificar la ocurrencia de un siniestro, mediante el sencillo procedimiento de pagar los aportes cuyo pago omitió en su momento (ver al respecto la sentencia 13818 del 20 de agosto de 2000).

En este orden de ideas, es evidente que la afiliación del trabajador y el consecuente pago de los aportes pensionales causados en vigencia de la relación laboral, debe operar con antelación al hecho causante de la prestación, que en el caso de la pensión de sobrevivientes es la muerte y en el caso de la invalidez, la fecha de su estructuración, puesto que la seguridad social no asume culpas patronales irremediables, salvo para el riesgo de vejez, cuyo tratamiento legal es diferente por cuanto esta prestación se financia con la acumulación de cotizaciones y/o capital, según sea el caso.

6.2. CASO CONCRETO

6.2.1. PRUEBA DOCUMENTAL ADOSADA AL PROCESO

- Historia laboral expedida por Protección Pensiones y Cesantías el 16 de mayo de 2018, que da cuenta de 119,43 semanas cotizadas por el trabajador entre diciembre de 2015 y marzo de 2018 (Fl. 12-13); en historia laboral del 06 de mayo de 2019, las semanas cotizadas aumentaron a 160,29 (Fl. 197).
- Formulario de afiliación a PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS No. 151409101, del 10 de febrero de 2017, vinculación inicial, firmado por el demandante Diego Alberto Marqués Chica (Fl. 184).

- Consulta al Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión SIAFP, en el que se indica que el señor Diego Alberto Márquez Chica tiene como primera vinculación a pensiones la afiliación a PROTECCIÓN el 10 de febrero de 2017.
- Respuesta a derecho de petición elevado por el codemandado CARLOS ALBERTO OCHOA PALACIO a PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS el 04 de abril de 2019 (Fl. 94), fechada el 05 de mayo de 2019, donde ratifica que la afiliación del señor Diego Alberto Márquez Chica a la AFP, como vinculación inicial, fue el 10 de febrero de 2017, y la “primera cotización” que se registra es para el periodo de diciembre de 2015 y fue pagado el 08 de mayo de 2018 (Fl. 146).
- Respuesta a oficio No. RQ 2020-0029-1401440, radicada en la EPS SOS el 20 de noviembre de 2020, en la que la EPS informa que le reconoció incapacidades interrumpidas al señor Márquez Chica entre el 23 de noviembre de 2016 y el 03 de mayo de 2018 (505 días), pagadas al empleador hasta el día 180 y con subsidio de la AFP a partir del día 181 (documento 6.1. certificado de incapacidades).
- Respuesta de la EPS SOS a prueba de oficio decretada por el despacho en audiencia del 18 de marzo de 2021, en la que informan que el último empleador que registra el demandante es el señor Carlos Alberto Ochoa Palacio, NIT 4.505.584, que ha realizado aportes entre enero de 2016 y septiembre de 2019 y adjunta certificado de prestaciones económicas (incapacidades) y certificado de los pagos por el empleador del señor Márquez Chica, donde registra: periodo de pago, fecha de pago, ID del aportante, razón social, IBC y días cotizados del mismo (documento 10 - certificación incapacidades SOS.pdf).
- Registro civil de nacimiento del señor Diego Alberto Márquez Chica, que informa que el demandante (fallecido en el trámite del proceso) nació el 1º de noviembre de 1979.
- Dictamen de Pérdida de la Capacidad Laboral, expedido por la aseguradora suramericana el 13 de abril de 2018, correspondiente a la evaluación médica del señor Diego Alberto Márquez Chica el 09 de abril de 2018 (Fl. 18), que arroja como resultado una pérdida de la capacidad laboral del 74,53% por carcinoma papilar de tiroides con metástasis

múltiple e hipotiroidismo secundario, estructurada el 16 de diciembre de 2016, fecha de tac de tórax que reportó innumerables nódulos intrapulmonares bilaterales y diagnóstico de tiroides metastásico, enfermedad común y se agravó con rápido deterioro hasta la muerte del paciente el 15 de agosto de 2019.

- Certificado de la AFP PROTECCIÓN, que refiere el pago de 202 días de subsidio de incapacidad ininterrumpidos entre el 13 de julio de 2017 y el 04 de enero de 2018.

6.2.2. VALORACIÓN PROBATORIA Y CONCLUSIÓN

En la historia laboral del demandante, expedida por PROTECCIÓN S.A., figuran cotizaciones del señor Carlos Alberto Ochoa Palacio (codemandado) al demandante Diego Alberto Márquez Chica, desde diciembre de 2015, pero no se refleja en este documento la fecha del pago efectivo de los aportes. Sin embargo, la misma AFP advierte que el demandante fue afiliado al sistema pensional por primera vez el 10 de febrero de 2017 (aporta el respectivo formulario de vinculación) y asegura que la primera cotización que se registra es para el periodo o ciclo de diciembre de 2015, pagado el 08 de mayo de 2018 (casi tres años después), tal como lo certifica en respuesta al derecho de petición del 04/abr/2019 (Fl. 146).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la liquidación y pago de aportes al Sistema de Protección Social, es decir, a los subsistemas de salud, pensiones, riesgos profesionales, cajas de compensación, SENA e ICBF, se realiza a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (Pila), que funciona como un formato inteligente que permite liquidar y unificar los pagos (Decretos 3667 de 2004 y 1931 de 2006), es evidente, como lo asegura el codemandado CARLOS ALBERTO OCHOA PALACIO, que el demandante debe registrar pagos al Sistema General de Seguridad Social (en salud y pensiones) antes de la fecha de efectiva afiliación (o vinculación) a la Administradora de Fondos de Pensiones PROTECCIÓN S.A. (el 10 de febrero de 2017), pues no de otra manera hubiese podido estar bajo la cobertura del régimen contributivo en salud antes de esa fecha.

Al respecto, nótese que en efecto el 28 de septiembre de 2016, el demandante consultó por primera vez con síntomas de odinofagia, fiebre, tos seca, etc., que hacían presagiar una enfermedad grave, que vino a ser confirmada el 16 de diciembre de ese mismo año con TAC de cuello (Fl. 22). En esa oportunidad (y de ahí en adelante) el demandante siempre fue atendido como afiliado cotizante a

la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD (SOS) (régimen de salud contributivo), quien además certificó que el 23 de noviembre le reconoció y pagó las primeras incapacidades y siguió pagándoselas hasta completar 180 días (documento 6.1. certificado de incapacidades), a partir de lo cual las siguió pagando el Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A. hasta la calificación de invalidez que tuvo lugar el 13 de abril de 2018.

Cabe agregar, además, que la EPS S.O.S. remitió al proceso relación de recaudos y pagos por cotizante del señor DIEGO ALBERTO MÁRQUEZ CHICA (documento 10 del expediente digital), donde se aprecia el pago de aportes al demandante desde enero de 2016, por el aportante (o empleador) CARLOS ALBERTO OCHOA PALACIO. En ese documento se aprecia que las cotizaciones correspondientes a los ciclos 1 y 2 del año 2016, fueron sufragados a través de las planillas No. 8662807240 y 8662581993, pagadas el 08 y 09 de mayo de 2018, respectivamente, mientras que los ciclos posteriores (de marzo en adelante), fueron pagados oportunamente, es decir, dentro del mes del periodo reportado.

Con lo anterior, se puede concluir que el codemandado CARLOS ALBERTO OCHOA PALACIO habría efectuado aportes como empleador del demandante desde marzo de 2016, es decir, antes de la vinculación efectiva del actor a la AFP PROTECCIÓN S.A., tal como lo permite el artículo 5 del Decreto 3995 de 2008, que al respecto señala: *"en aquellos casos en que por una persona se hayan realizado cotizaciones sin que medie una afiliación al sistema, se entenderá vinculado el trabajador a la administradora donde realizó el mayor número de cotizaciones entre el 1o de julio y el 31 de diciembre de 2007. En caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Esta situación deberá ser informada al afiliado y al empleador para que se proceda a afiliar estos trabajadores al sistema, mediante la suscripción del formulario respectivo. En este evento se tendrán en cuenta las cotizaciones realizadas antes de la fecha de afiliación".*

Se arriba fácilmente a la anterior conclusión, porque es evidente que, si hubo pago de aportes al régimen contributivo en salud, también los hubo a Pensiones, pues no puede efectuarse un pago separado del otro, ya que el formato de autoliquidación PILA, como es bien sabido, no permite esta opción, pues el pago es unificado e integrado para todos los subsistemas, como atrás se explicó. Ello así, se puede concluir que el actor en efecto registra el pago de aportes pensionales o cotizaciones antes de su vinculación a PROTECCIÓN S.A., los cuales han debido tenerse en cuenta para efectos de la verificación del cumplimiento de los requisitos

para acceder a la pensión de invalidez, de conformidad con el artículo 5° del Decreto 3995 de 2008, como quiera que los mismos se efectuaron antes de la configuración del siniestro, esto es, de la fecha de estructuración de la invalidez, por lo menos los efectuados entre marzo de 2016 y el 16 de diciembre del mismo año (fecha de estructuración). No ocurre lo mismo con los ciclos 1 y 2 del año 2016, pues estos aportes fueron pagados cuando ya el demandante había sido calificado con una PCL superior al 50% y obviamente con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, de modo que dichos periodos no pueden computarse como válidamente cotizados para pensión de invalidez, en la medida que se efectuaron cuando el siniestro ya había tenido lugar.

En ese escenario, es claro que si el demandante (fallecido) laboró desde diciembre de 2015 para el señor CARLOS ALBERTO OCHOA PALACIO, pero este apenas empezó a pagar sus aportes (sin vincularlo a la AFP) en marzo de 2016 y la estructuración de la invalidez se dio el 16 de diciembre del mismo año, alcanzó a cotizar durante ese lapso un total de 40,71 semanas, las cuales son insuficientes para ordenar el pago de la pensión de invalidez a cargo de la AFP demandada, dado que esta obligación surge con la acreditación de 50 semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración (Art. 46 Ley 100 de 1993) y en este caso el actor acredita solo las ya señaladas 40,71.

Con sustento en lo anterior, habiendo confesado el demandado que el demandante le prestó sus servicios desde el mes de diciembre de 2015, claro resulta que la afiliación y pago tardío de los aportes de diciembre de ese año, enero y febrero de 2016 por parte de su empleador, le impidieron al demandante acceder al derecho a la pensión de invalidez, y aun cuando dichos aportes se sufragaron en mayo de 2018, para este momento ya había acaecido el siniestro y no era posible sanear la mora, tal como atrás se explicó.

Corolario de lo anterior, se habrá de confirmar el fallo de primera instancia, pues se concluye que en efecto el pago de la prestación reclamada debe recaer sobre el empleador que omitió la afiliación y el pago oportuno de los aportes pensionales a su cargo, pues dicha omisión dio al traste con la posibilidad de que el riesgo fuera asumido por el sistema.

Costas en esta instancia en contra del codemandado CARLOS ALBERTO OCHOA PALACIO. Líquidense por el juzgado de origen.

Radicación No. : 66001-31-05-001-2019-00033-01
Demandante : Diego Alberto Márquez Chica
Demandado : Protección S.A.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda), Sala de Decisión Laboral presidida por la Magistrada Ana Lucía Caicedo Calderón**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en sede de apelación el fallo de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia al codemandado **CARLOS ALBERTO OCHOA PALACIO**. Liquídense por la secretaría del juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

Con firma electrónica al final del documento

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

Con firma electrónica al final del documento

OLGA LUCÍA HOYOS SEPULVEDA

Con firma electrónica al final del documento

GERMÁN DARÍO GOEZ VINAZCO

Firmado Por:

Radicación No. : 66001-31-05-001-2019-00033-01
Demandante : Diego Alberto Márquez Chica
Demandado : Protección S.A.

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 4 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

German Dario Goez Vinasco
Magistrado
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez
jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario
2364/12

Código de verificación:
8cc26e8cbde18fa41d3de2631dce71071ac9ee4aed810efdf960accfbe0b3
668

Documento generado en 22/03/2022 04:32:56 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente
URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>