

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

M.P. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	66001310500520190052601
DEMANDANTE:	LUIS GUSTAVO MONTOYA
DEMANDADOS:	- PROTECCIÓN S.A. - LUCELLY CASTAÑEDA MARÍN
VINCUALDO:	SURAMERICANA SEGUROS DE VIDA S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 05 de mayo de 2022
JUZGADO:	Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira
TEMA:	Pensión de Invalidez – Falta de afiliación – Cálculo Actuarial
DECISIÓN:	CONFIRMA

APROBADO POR ACTA No. 82 DEL 23 DE MAYO DE 2023

Hoy, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dra. OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**, **Dr. JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por el señor **LUIS GUSTAVO MONTOYA** en contra de **PROTECCIÓN S.A.** y **LUCELLY CASTAÑEDA MARÍN** y como parte vinculada **SURAMERICANA SEGUROS DE VIDA S.A.** radicado **66001310500520190052601**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta sala, conforme el artículo 15 del Decreto No. 806 de 2020, adoptado como legislación permanente por la Ley 221 del 13 de junio de 2022, la cual se traduce en los siguientes términos,

SENTENCIA No. 81

I. ANTECEDENTES:

1) Pretensiones

El señor LUIS GUSTAVO MONTOYA CASTAÑEDA presentó demanda ordinaria laboral en contra de los demandados, con el fin de que: **1)** Se declare que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, conforme a la Ley 860 de 2003. **2)** Se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración, esto es, el 05 de mayo de 2017. **3)** Condenar a PROTECCIÓN al pago de la pensión de invalidez a partir del 05 de mayo de 2017, con el retroactivo pensional que asciende a la suma de \$25.781.908. **4)** Condenar a la entidad al pago de los intereses moratorios por la suma de \$1.086.074. **5)** De manera subsidiaria, se ordene el pago de las condenas debidamente indexadas. **6)** Costas.

2) Hechos

Como hechos que sustentan lo pretendido, relató que nació el 13 de septiembre de 1979 y que se afilió a PROTECCIÓN S.A. desde diciembre de 2002 y cotizó un total de 497.57 semanas. Que debido a varias enfermedades que padece fue calificado con una PCL del 52,42% con fecha de estructuración del 05 de mayo de 2017, por enfermedad de origen común. Mediante solicitud del 20 de junio de 2018 solicitó ante PROTECCIÓN el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, pero fue negada mediante oficio del 28 de diciembre de 2018, dado que contaba con 41.05 semanas. Luego, solicitó reconsideración y la decisión fue confirmada mediante oficio del 20 de febrero de 2019.

Manifiesta que la empleadora, señora LUCELLY CASTAÑEDA MARÍN omitió efectuar el pago de los aportes a pensión del periodo que va desde el 15 de julio de 2016 hasta el 31 de octubre de 2016. En virtud de ello, la empleadora solicitó a PROTECCIÓN la liquidación de la deuda por los aportes pendientes el 25 de junio de 2019; empero, debido a la demora en la respuesta de la entidad, el 13 de agosto de 2019 a través de ASOPAGOS liquidó los tiempos en mora y realizó el pago de las planillas de aportes a pensión, luego, la Administradora el 08 de agosto de 2019 dio respuesta a la solicitud de cálculo actuarial. Posteriormente, el 29 de agosto de 2019 el demandante reiteró la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez y fue nuevamente negada el 26 de septiembre de 2019. (fl.4 anexo8 Reforma)

3) Posición de las demandadas

SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. se opuso a las pretensiones indicando que el demandante en los tres años anteriores a la invalidez, solo cotizó un total de 40.7 semanas, por tanto, no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez y en ese entendido, no se materializó el riesgo asegurado, por ende, no puede condenarse a la entidad aseguradora a reconocer una prestación que no ha reunido las condiciones legales requeridas. Agregó que, si bien aparecen cuatro recibos de pago realizados a través de la planilla asistida pila, se desconoce el destino de esos aportes. Como excepciones de fondo formuló: **Inexistencia de la obligación por inexistencia del siniestro, delimitación contractual de los riesgos, límite de la responsabilidad al valor asegurado, límite de la responsabilidad en condenas judiciales, prescripción y excepción genérica.** (fl.250, anexo1)

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el actor no acreditó las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, sino que cotizó un total de 40,70 semanas, por tanto, no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez que reclama. Advirtió que los aportes efectuados por la supuesta empleadora son extemporáneos e inválidos para el siniestro, y solo deben tenerse en cuenta exclusivamente para vejez. Agregó que este tipo de circunstancias suele ser relativamente común en aquellos eventos en que se hace necesario elevar la densidad de semanas cotizadas con la intención de defraudar al sistema, por ello procuran aportes extemporáneos de cuyo empleador no se tenía noticia alguna, razón por la cual, será necesario establecer la veracidad de dicha relación laboral de conformidad con el artículo 53, numeral 4 del Decreto 1406/1999. Como excepciones fondo propuso: **genérica, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y/o 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 y de intereses de mora, falta de causa para pedir, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de personería sustantiva por pasiva, inexistencia de la fuente de la obligación.** (fl.2, anexo2)

La señora **LUCELLY CASTAÑEDA MARÍN** manifestó que es cierto que el actor le requirió efectuar el pago de los aportes del periodo del 15 de julio de 2016 hasta el 31 de octubre de 2016, por lo que el 13 de agosto de 2019 solicitó ante Asopagos la liquidación de dichos periodos en mora y procedió al pago de los mismos, tal como se muestra en las planillas. Respecto de las pretensiones señaló que se atiene a lo que se decida en el proceso. No propuso excepciones de fondo. (fl.2, anexo7)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira desató la *litis* en primera instancia y por medio de sentencia resolvió: absolver a la AFP PROTECCIÓN S.A. y a la vinculada LUCELLY CASTAÑEDA MARÍN de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora en favor del fondo. En la audiencia se adicionó a la sentencia, el numeral tercero, tendiente a absolver a la SURAMERICANA SEGUROS DE VIDA S.A. de las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de la decisión, el *a quo* manifestó que en el caso de las pensiones de invalidez y sobrevivencia la subrogación del riesgo de la entidad administradora de pensiones por la vía de la convalidación de los tiempos servidos y cotizados a través del cálculo actuarial, solo resultan admisibles si dicho pago se efectúa antes de que se produzca la invalidez o la muerte y, en dicho caso, es la administradora que debe financiar la prestación, de lo contrario si el empleador omiso no realiza el trámite de convalidación de tiempos de servicio antes de la causación del riesgo, esto es, la fecha de estructuración de la invalidez, sería desproporcionado imponerle a la entidad la carga de asumir el reconocimiento de pensión, porque, primero, no tenía la obligación de efectuar acciones de cobro ante la falta de afiliación; segundo, porque no tuvo la posibilidad de prever y gestionar el riesgo de invalidez o sobrevivencia a través de los seguros y, tercer, porque tendría que financiar la prestación aun cuando los aportes convalidados con el pago del cálculo actuarial no alcanzan a cubrir en su totalidad la pensión.

En ese orden, si el empleador no realiza la convalidación de tiempos servidos antes de la causación del riesgo, debe asumir el pago de la prestación pensional al tenor del artículo 8 del Decreto 1642 de 1995, mediante el cual se reglamentó la afiliación del sistema general de pensional, compilado en el Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

Consideró que en el caso del demandante quedó acreditado que la invalidez se estructuró el 05 de mayo de 2017 y solo hasta el 13 de agosto de 2019, la empleadora efectuó la convalidación de tiempos servidos y no cotizados de los periodos desde el 16 de julio de 2016 al 31 de octubre de 2016, muy a pesar de que el actor desde el año 2016 le había requerido efectuar el pago de los aportes. Así las cosas, como quiera que el pago se efectuó después de la causación de la invalidez, en principio, no podría tenerse en cuenta para

la pensión de invalidez, pero si debe computarse válidamente para la pensión de vejez.

En todo caso, si por una interpretación distinta se tuviese en cuenta como válidos dichos aportes para el reconocimiento de la pensión invalidez, tampoco tendría derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez por las siguientes razones.

Analizadas las pruebas documentales y los testimonios rendidos en juicio, evidenció que solo uno de los testigos logró indicar que el actor prestó sus servicios como mesero en el restaurante de la empleadora, más o menos en las mismas fechas establecidas en la demanda. Sin embargo, los demás testigos no dieron credibilidad en sus dichos, puesto que, para el juez resultó poco creíble que un testigo que no hizo parte de la labor diaria y no compartió durante todas las horas con el actor en su lugar de prestación de servicio pueda afirmar con exactitud cuánto tiempo y entre qué fechas existió la relación laboral, de modo que, su acercamiento a las fechas alegadas después de ser observados con la crítica y juicio de valor que parte siempre de la buena fe del testigo, las reglas de la experiencia indican que no es posible que recuerde fechas exactas siendo que las mismas no hacen parte importante de su propia vida. Aunado a ello, señaló que el demandante es sobrino de la empleadora y dueña del restaurante, la señora LUCELLY CASTAÑEDA MARÍN.

En virtud de lo anterior, concluyó que el actor trabajó para la señora LUCELLY CASTAÑEDA MARÍN en el año 2016, pero, únicamente los fines de semana y festivos, devengando la suma diaria de \$40.000, pues el restaurante Zona Verde Cataluña atendía el público solo en esos días, tal como lo confesó la misma empleadora y lo ratificaron los testigos. Asimismo, se acreditó que la señora LUCELLY omitió afiliarse al demandante a la seguridad social en pensiones. De esta manera, aplicando lo dispuesto en el Decreto 2616 de 2016 y la Ley 1450 de 2011, solo se pueden tener como válidamente cotizados un equivalente a 8.75 semanas, pues el demandante trabajó solo los fines de semana, entre el 15 de julio de 2016 al 31 de octubre de 2016 un total de 35 días. Tiempo que al ser sumado a las 40.76 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la invalidez, arroja un total de 49.46 semanas, que resultan insuficientes para alcanzar el derecho pensional. En razón a ello, absolvió a la AFP PROTECCIÓN de las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante presentó recurso argumentando que el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, dado el grado de invalidez y que acreditó un total de 50 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a la invalidez, de las cuales, aproximadamente 17 semanas corresponden a las pagadas por la empleadora LUCELLY CASTAÑEDA MARÍN, semanas que deben ser tenidas en cuenta para la conformación de la pensión de invalidez. Agregó que la conclusión del *a quo* respecto de no tener en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas, vulnera los principios de universalidad y eficiencia de la Ley 100 de 1993 y el artículo 48 de la Constitución, dado que, el propósito del sistema general de pensiones es cubrir las contingencias que pudieren afectar a los afiliados.

De otra parte, manifestó que la sentencia impone una condición adicional que la ley no prevé para el cálculo actuarial, en este caso, la liquidación de deuda por aportes al requerir que el pago de los aportes adeudados se efectúe antes del riesgo, pues la intención del legislador es permitir al trabajar que en los periodos en que el empleador no hizo los aportes se contabilice dentro de su historia laboral todas las semanas cotizadas para todos los efectos prestacionales dentro del sistema, de tal manera que si se hace la afiliación del empleado y se paga el cálculo actuarial, en este caso el efectuado por la señora LUCELLY CASTAÑEDA MARÍN donde se acreditó los extremos laborales, se aplique al periodo efectivamente laborado y deben ser reportados, incluso si se hizo de forma tardía. De este modo, se traslada el riesgo a la administradora y cumplidos los requisitos para la prestación económica, debe ser la AFP quien la asuma, posición que está avalada por las Altas Cortes.

En el caso del demandante, efectuó el requerimiento ante el empleador del pago de los aportes adeudados, se liquidaron los mismos por parte del mismo fondo y se efectuó el pago por medio del cálculo actuarial de la totalidad de los periodos omisos, de manera tal que se dan los presupuestos correspondientes para reconocer los periodos que van desde el 15-07-2016 al 31-10-2016. En consecuencia, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y modifique la decisión reconociendo el pago de la prestación junto con el retroactivo y los intereses moratorios.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante fijación en lista, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, los cuales obran en el expediente digital y por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala los analizó y encuentra que se relacionan con el problema jurídico que a continuación se desarrolla.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

La sentencia apelada debe **CONFIRMARSE**, son razones:

De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se tienen como problema jurídico a resolver el siguiente: **1)** Determinar si en los casos de pensión de invalidez es posible tener en cuenta los tiempos pagados por el empleador que omitió la afiliación del trabajador al sistema general de pensiones y efectuó el pago del cálculo actuarial en una fecha posterior a la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral. **2)** Conforme lo anterior, se deberá establecer si el demandante cumple los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, conforme a lo dispuesto en el Ley 860 de 2003.

7

2. PENSIÓN DE INVALIDEZ DE ORIGEN COMÚN

Tratándose de la pensión de **invalidez de origen común**, la regla general indica que la norma que gobierna esta temática será la vigente al momento de la estructuración de la invalidez, para el caso que se discute es el artículo 1° de la **Ley 860 de 2003** que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en ella, se establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. *Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*
2. *Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.*

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo **CONDICIONALMENTE** *exequible*> *Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han*

cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

PARÁGRAFO 2o. *Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.”*

En resumen, como elementos necesarios para acceder a la pensión de invalidez, el afiliado debe contar con: i) 50% o más de pérdida de la capacidad laboral, y ii) 50 semanas cotizadas en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

2. CASO CONCRETO

Sea lo primero indicar que se encuentra fuera de discusión: **1)** Que mediante dictamen del dictamen del 14 de febrero de 2018, la Junta Regional de Calificación de la Invalidez de Risaralda, determinó que el actor padece una pérdida de capacidad laboral igual al 52,42%, de origen común, estructurada el 05 de mayo de 2017 (fl.80, anexo01) **2)** Que el 15 de diciembre de 2016 el demandante requirió a la empleadora LUCELLY CASTAÑEDA MARÍN propietaria del restaurante “Verde Cataluña”, el pago de aportes al fondo PROTECCIÓN por los periodos que van desde el 15-07-2016 al 31-10-2016 (fl.93, anexo1) **3)** Que el día 25 de junio de 2019, la empleadora LUCELLY CASTAÑEDA MARÍN elevó ante PROTECCIÓN S.A. la solicitud de liquidación de deuda de aportes por los periodos en mora (fl.94, anexo1) **4)** Que el 08 de agosto de 2019 la AFP PROTECCIÓN S.A. contestó al requerimiento expidiendo el estado de deuda real del fondo de pensiones obligatorias, por los periodos en mora entre el 15-07-2016 al 31-10-2016. (fl.97, anexo1) **5)** El 13 de agosto de 2019 la empleadora LUCELLY CASTAÑEDA MARÍN efectuó el pago de los aportes en mora, por los tiempos servidos por el trabajador (fl.8, anexo7) **6)** El 29 de agosto de 2019 el demandante solicita el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante PROTECCIÓN S.A. (fl.98, anexo1), pero fue negada por la AFP el 01 de octubre de 2019 (fl.102, anexo1)

8

2.1. Falta de afiliación – Cálculo actuarial en pensiones de invalidez

En el caso bajo estudio, el demandante pretende se tengan como tiempos efectivamente cotizados y válidos para acceder a la pensión de invalidez, aquellos laborados con la empleadora LUCELLY CASTAÑEDA MARÍN, entre el 15 de julio de 2016 al 31 de octubre de 2016. Lo anterior, dado que la empleadora canceló a la AFP PROTECCIÓN S.A. lo correspondiente al cálculo actuarial por los ciclos en mora.

Al respecto, en las consideraciones de la sentencia de primera instancia el *a quo* indicó que en el caso de pensiones de invalidez, solo es posible la subrogación del riesgo por parte de la administradora de pensiones y la convalidación de los tiempos servidos y cotizados, en aquellos casos en los cuales se efectúa el pago del cálculo actuarial antes de la causación del riesgo, en este caso, la fecha de estructuración de la invalidez, pues lo contrario equivaldría a imponer cargas desproporcionadas a la entidad que no tenía conocimiento del vínculo laboral para la data del siniestro.

En este punto y en contraposición, la parte demandante en su recurso de apelación sostuvo que aquella interpretación impone una condición adicional que la norma no prevé al requerir que los aportes adeudados se efectúan ante de la materialización del riesgo, pues contraría la jurisprudencia de las Altas Cortes y los principios y normas constitucionales en materia laboral, además, desdibuja la intención del legislador que permitió que los periodos en que el empleador no hizo los aportes se contabilicen dentro de la historia laboral del trabajador para todos los efectos prestaciones y así éste pueda acceder a la pensión que tiene derecho, en este caso de invalidez.

Pues bien, para dirimir este conflicto es necesario recordar la diferencia entre mora patronal y falta de afiliación. La primera circunstancia de **mora patronal** se presenta cuando el empleador si bien cumple con la obligación de afiliar al trabajador al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, incumple el deber de realizar los respectivos aportes por el tiempo efectivamente laborado por el trabajador; en otras palabras, se configura una deuda en cabeza del empleador ante el incumplimiento en el pago de aportes a pesar de la existencia de una relación de trabajo. En dichos casos, la jurisprudencia ha esclarecido que le asiste el deber a la administradora de pensiones a la cual esté afiliado el trabajador, de cobrar dichos aportes al empleador, adelantando todas las gestiones para obtener los montos correspondientes en los periodos cotizados y no pagados; sin que el trabajador o sus beneficiarios deban soportar cargas injustas que le impidan acceder a la pensión reclamada, por tanto, en estos casos la administradora que no efectuó los cobros correspondientes debe asumir la obligación de reconocer y pagar la prestación a que tenga derecho el afiliados.

Precisamente, en estas circunstancias resulta fundamental que el trabajador acredite la efectiva prestación del servicio del vínculo laboral durante los periodos que se pretendan validar como efectivamente

trabajados, afiliados al sistema y no pagados por el empleador.

En la segunda situación, esto es, la **falta de afiliación** se genera cuando el empleador omite el deber legal de afiliar al trabajador al Sistema de Seguridad Social, casos en los cuales, como la administradora de pensiones no tiene conocimiento de la existencia del vínculo laboral es imposible exigirle que cumpla con su deber de cobro de aportes al empleador de los tiempos laborados por el trabajador, dado que, existe una ausencia de comunicación de ingreso al sistema. Frente a tal situación, la responsabilidad recae exclusivamente en el empleador que está obligado a asumir el pago de las cotizaciones correspondientes en los periodos en que no afilió al trabajador, a través del cálculo actuarial o título pensional, según sea el caso concreto.

Sobre este tema, la Corte Suprema de Justicia en la SL1078-2021 rememoró la distinción entre la falta de afiliación y la mora patronal, aduciendo que:

*“Es pertinente reiterar la distinción que viene haciendo esta Sala de que una situación es la mora en la cancelación de los aportes y otra muy distinta es la falta de afiliación al sistema. **En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3004-2020).***

10

En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación [...].” (Negrilla fuera de texto)

En el mismo sentido, en sentencia SL3865 de 2022, reiteró:

*“En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues **no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación. Este último aspecto ha sido morigerado y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, se admite la inclusión de estos tiempos pese a no existir afiliación, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para***

la correspondiente prestación.” (Negrilla fuera de texto)

Sin contradecir lo anterior, la Corte hace una diferenciación entre las pensiones de vejez y las pensiones de sobreviviente e invalidez, teniendo en cuenta que ambas prestaciones presentan características particulares y diferentes. Por un lado, las pensiones de invalidez tienen un origen en una fecha cierta de causación que, generalmente, es la misma fecha de estructuración de la invalidez. Mientras que, la pensión de vejez, resulta de la acumulación de una cantidad suficiente de capital en el RAIS o de aportes en el RPM, que permite al afiliado adquirir el derecho pensional.

De la misma manera, en pensiones de vejez y de invalidez o sobrevivientes también son diferentes los efectos que produce el pago de los cálculos actuariales en los casos en que el empleador no efectuó la afiliación del trabajador al Sistema General de Pensiones; pues, en la pensión de invalidez y de sobrevivientes resulta necesario que el pago correspondiente se efectúe antes de la concreción del riesgo, invalidez o muerte, es decir, el empleador que omitió su deber de afiliar al trabajador tiene la obligación de convalidar los tiempos efectivamente laborados y no cotizados, a través del cálculo actuarial que resulta admisible si se cancela antes de la fecha en que da origen la prestación, en este caso, la fecha de estructuración. Ello es así, por cuanto la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivientes se conciben en función de un aseguramiento del riesgo del trabajador que está debidamente afiliado, a fin de que las administradoras puedan prever la realización de los riesgos, gestionarlos y adoptar medidas al momento de financiar y reconocer las prestaciones con la activación de los seguros contratados para invalidez y muerte, en el caso de los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad. (Art. 20. Ley100/93)

Esta tesis ha sido defendida por la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia SL21506 de 2017, señaló:

*“Así las cosas, se repite, las pensiones de vejez se conciben en función de la conformación de un **mínimo de capital**, respecto del cual la integración de aportes del empleador omiso encuentra pleno sentido, mientras que las pensiones de sobrevivientes se conciben en función de un **aseguramiento del riesgo**, respecto del cual la integración de aportes no tiene la misma funcionalidad ni puede producir las mismas consecuencias. Por esa razón, la orientación jurisprudencial que defiende el pago de cálculos actuariales y la responsabilidad de las administradoras de pensiones, a la que se hizo alusión, no puede ser irrestrictamente aplicable en tratándose de pensiones de sobrevivientes.*

Es por ello que, en tratándose de una prestación definida en función del

*aseguramiento del riesgo, como la pensión de sobrevivientes, para la Corte resulta trascendental que, **antes de asumir las prestaciones correspondientes a la realización del riesgo, las entidades de seguridad social hubieran contado con la posibilidad de gestionarlo, lo que solo se logra con la afiliación oportuna del trabajador o, en subsidio, con algún trámite de convalidación de los tiempos servidos, pero con antelación a que se concrete el riesgo.***

Lo contrario equivaldría a imponer una **carga desproporcionada en contra de las entidades de seguridad social**, que tendrían que asumir el pago completo de una pensión de sobrevivientes, por la convalidación de un tiempo mínimo e indeterminado de servicios y sin poder adoptar medidas para la gestión adecuada del riesgo, por la falta de afiliación. Así, por ejemplo, si se admitiera irrestrictamente que, ante la falta de afiliación, las administradoras de pensiones son las encargadas del pago de la pensión, se llegaría a la conclusión de que el Instituto de Seguros Sociales, como administradora del régimen de prima media, debe asumir el pago de una pensión respecto de la cual: i) no tuvo conocimiento para iniciar acciones de cobro de los aportes; ii) no pudo prever y gestionar el riesgo de sobrevivientes, a través de reservas o seguros; iii) y tiene que financiar en un 100%, aun si los aportes que puede convalidar a través de título pensional no alcanzan para ello.

Con arreglo a lo anterior, para la Corte, en el caso específico de las pensiones de sobrevivientes, **la subrogación del riesgo pensional en el Instituto de Seguros Sociales, por la vía de la convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial, solo resulta admisible si dicho procedimiento es realizado en su integridad, antes de que se produzca el riesgo que da origen a la prestación, vale decir, la muerte.** Si ello es así, la entidad de seguridad social puede asumir y gestionar válidamente el riesgo, a través de los mecanismos y recursos establecidos legalmente para ello, mientras que, si se admitiera esa posibilidad una vez causado el riesgo, se podría dar lugar a que la entidad tenga que financiar una pensión completa, tras el pago de escasos recursos por tiempos indeterminados de servicios.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

12

En reciente sentencia SL4698 de 2020, esa misma Corporación extendió los efectos a la pensión de invalidez, por contar con características similares a la de la pensión de sobrevivientes. En dicha ocasión anotó:

“Lo anterior, en la medida que **las pensiones de sobrevivientes y, como en este caso, de invalidez, tienen características particulares y diferentes a las que guían la prestación de vejez**, pues tienen origen en una fecha cierta de causación atada a la realización efectiva del riesgo que cubren y están fundamentadas sobre otras concepciones de solidaridad, financiación y aseguramiento, diferentes de la acumulación de una cantidad suficiente de capital o de aportes, durante largos años, propias estas del riesgos de vejez.

(...)

Entonces, aunque en esta decisión se hizo referencia a la pensión de sobrevivientes, lo cierto es que **iguales fundamentos aplican para el caso**

de la prestación de invalidez que también persigue el aseguramiento de un riesgo y no se funda en la acumulación de un capital suficiente para su financiamiento.” (Negrilla fuera de texto)

En conclusión, el Máximo Tribunal en lo Ordinario Laboral admite que, si bien es posible efectuar la convalidación de los tiempos laborados y no cotizados por medio del pago del cálculo actuarial cuando el empleador omitió su deber de afiliación, lo cierto es que, en materia de pensiones como la invalidez y sobrevivientes, no debe aplicarse esta tesis de forma absoluta e ilimitada, pues según las características de estas prestaciones en particular, es necesario que el pago del cálculo actuarial sea efectuado antes de la ocurrencia del riesgo, en este caso, la fecha de la invalidez. Pues permitir la convalidación de aportes en cualquier tiempo, resulta una carga desproporcionada en contra de las administradoras de pensiones. Sin embargo, ello no impide que se tengan como válidas dichas cotizaciones efectuadas de forma tardía para la conformación de la pensión de vejez, pues como ya se mencionó, tiene características diferentes en cuanto a la conformación de un mínimo de aportes o capital, según el régimen al que se encuentre afiliado el trabajador.

Una vez aclarado lo anterior, esta Sala concluye que ningún reparo merece la sentencia de primera instancia que aplicó acertadamente la jurisprudencia y normas vigentes aplicables al caso en concreto, dado que, en el caso del demandante mediante dictamen del dictamen del 14 de febrero de 2018, fue calificado con una pérdida de capacidad laboral igual al 52,42%, de origen común, estructurada el 05 de mayo de 2017 (fl.80, anexo01), y a pesar de que el 15 de diciembre de 2016 requirió a su empleadora para el pago de los tiempos en que omitió la afiliación, esto es, desde el 15-07-2016 al 31-10-2016 (fl.93, anexo1), el pago del cálculo actuarial solo se efectuó hasta el 13 de agosto de 2019 (fl.8, anexo7); es decir, más de 2 años después de la fecha de estructuración, haciendo inviable la contabilización de estos tiempos para acumular las semanas y acceder a la pensión de invalidez reclamada.

Ahora, en su recurso la apoderada de la parte apelante sostiene que se debe aplicar la tesis vigente de la Corte Constitucional, desarrolladas en la sentencia T-238 de 2018, sin embargo, una vez analizada dicha providencia se encuentra que en ningún caso hace referencia al tema de falta de afiliación ni mucho menos pensiones, por tanto, no es aplicable al caso en concreto. Lo mismo sucede con la sentencia T-645 de 2013 que solo se refiere a pensiones de vejez, donde incluso se absuelve al fondo de la

prestación reclamada por el afiliado.

De esta manera, esta Sala de Decisión no encuentra razones jurídicas o jurisprudencias para revocar la sentencia de primera instancia en lo que respecta al tema de falta de afiliación y pago tardío del cálculo actuarial en materia de pensión de invalidez.

2.2 Pensión de Invalidez de Origen Común

Con relación al derecho pensional, debe decirse que tratándose de la pensión de **invalidez de origen común**, la regla general indica que la norma que gobierna esta temática será la vigente al momento de la estructuración de la invalidez, para el caso que se discute es el artículo 1º de la **Ley 860 de 2003** que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en ella, se establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.
2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.”

En resumen, como elementos necesarios para acceder a la pensión de invalidez, el afiliado debe contar con: **i)** 50% o más de pérdida de la capacidad laboral, y **ii)** 50 semanas cotizadas en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

En el caso del demandante, cumple el porcentaje de pérdida de capacidad laboral exigido por la norma mentada anteriormente, pues se reitera, fue calificado con una pérdida de capacidad laboral igual al 52,42%, de origen común, estructurada el 05 de mayo de 2017 (fl.80, anexo01). No obstante, dado que no se tienen en cuenta para la pensión de invalidez las cotizaciones efectuadas por la empleadora, correspondiente a los periodos desde el 15-07-2016 al 31-10-2016, por las razones expuestas con antelación, se contabilizaron las semanas efectivamente cotizadas y válidas, según la historia laboral expedida por PROTECCIÓN S.A. (fl.72, anexo1)

Así, entre los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, del 05 de mayo de 2014 al 05 de mayo de 2017, el

demandante cotizó un total de **40.71 semanas** (Tabla 1), las cuales resultan insuficientes para acceder a la pensión de invalidez que reclama.

Tabla 1

PERIODOS (DD/MM/AA)		DÍAS	SEMANAS
DESDE	HASTA		
1/08/2014	9/08/2014	9	1,29
1/09/2014	4/09/2014	4	0,57
1/10/2015	5/10/2015	5	0,71
1/11/2015	30/11/2015	30	4,29
1/12/2015	5/12/2015	5	0,71
1/02/2016	14/02/2016	14	2,00
1/03/2016	31/03/2016	30	4,29
1/04/2016	30/04/2016	30	4,29
1/05/2016	31/05/2016	30	4,29
1/06/2016	8/06/2016	8	1,14
1/11/2016	30/11/2016	30	4,29
1/12/2016	31/12/2016	30	4,29
1/01/2017	31/01/2017	30	4,29
1/02/2017	28/02/2017	30	4,29
TOTAL		237	40,71

Así las cosas, al no acreditarse los requisitos necesarios para acceder a la pensión de invalidez, se confirmará la sentencia de primera instancia que absolvió a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

15

2.3 Costas

De conformidad con lo consagrado en el artículo 365 del CGP, en esta instancia se condenará en costas procesales a cargo de la parte demandante, en favor de la demandada, las cuales se liquidarán por la secretaría del juzgado de origen.

Por lo expuesto **la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia por parte del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandante, en favor de la parte demandada, las cuales se liquidarán por el juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

Magistrado Ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Magistrado

(Con Ausencia Justificada)

16

Firmado Por:

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

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Código de verificación: **cb8deccb2c42c2017034d7b4c1e8133a2ce0129fe759417f28495a0170c1254a**

Documento generado en 24/05/2023 08:17:46 AM

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