

TEMA: PENSIÓN DE INVALIDEZ DE ORIGEN COMÚN - prestación económica que consiste en el pago de una renta mensual denominada pensión a una persona que ha sido calificada como inválida y cuya enfermedad o patología es de origen común. /

HECHOS: Mediante poderhabiente judicial el señor CARLOS ALBIARES PALACIOS HINESTROZA persigue que se declare que es beneficiario de la pensión de invalidez, en consecuencia, que se condene a PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar la pensión de invalidez, el retroactivo pensional desde el 29 de febrero de 2016, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios o subsidiariamente la indexación(...) la Sala se contrae a dilucidar: i) ¿Si se acreditan los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez?, así mismo ¿A quién le compete el reconocimiento pensional, sí a la AFP PROTECCIÓN S.A. o al ex empleador Roque Zuluaga Londoño?

TESIS: En lo que respecta a este tópico, conviene colacionar el contenido del inciso 2° del artículo 8 del Decreto 1641 de 1995, que precisa: “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”. De igual forma, la jurisprudencia laboral también ha sido pacífica y reiterativa al indicar que debe diferenciarse entre la mora patronal y la falta de afiliación, ya que dependiendo de una u otra figura se desprende la responsabilidad y/o obligación de quien debe asumir la prestación, esto es, bien sea el empleador o la entidad de seguridad social (SL1618-2023, SL3619-2022 y SL4103-2017). Desde esa perspectiva, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha delineado: A propósito, y como quiera que la referida norma alude al término de mora en el pago de las obligaciones para los riesgos, y la censura acusa al ad quem por no ordenar la convalidación de los tiempos laborados por la causante en el periodo de ausencia de afiliación, resulta necesario precisar las consecuencias que acarrea la mora en el pago de aportes y la falta de afiliación cuando ha ocurrido el siniestro. La primera, surge cuando el patrono afilió al trabajador a la administradora, pero deja de cancelar las cotizaciones, y ante la omisión del fondo de adelantar las gestiones, se ha impuesto a este último la obligación de asumir el pago de las acreencias derivadas de los riesgos. Es claro que, conforme lo expuesto en precedencia, esta figura no es la que aconteció en el caso objeto de estudio. En cambio, la segunda, ocurre cuando el patrono no afilió o no reportó la novedad de ingreso a la administradora de pensiones, y en vigencia del nexa, o incluso, luego de que este hubiere finalizado, ocurre el siniestro generador de la pensión, como lo es la muerte; en este evento, es sobre el empleador que recae el deber de asumir la prestación, pues no se puede perder el derecho por la incuria de quien estaba obligado a aportar al sistema (CSJ SL, 30 abr. 2013, 38587, CSJ SL4103-2017, CSJ SL19556-2017, CSJ SL2032-2018). De lo expuesto, puede sostenerse que en los eventos en que no se afilió al trabajador al sistema general de pensiones por parte del empleador, es a aquel quien asume la responsabilidad y por ende el pago de la prestación, además ha dilucidado la jurisprudencia que en tratándose de pensiones de invalidez y sobrevivencia, debe el empleador convalidar los tiempos antes de que se concrete el riesgo, y solo de esa manera puede subrogar su obligación en la entidad de seguridad social. Así lo ha expresado entre otras sentencias la SL1618-2023 y SL4103-2017 en los siguientes términos: En proveídos como los citados en líneas anteriores, esta Corporación explicó que es trascendental que antes de que las administradoras asuman las prestaciones con ocasión a la ocurrencia de un riesgo, llámese sobrevivientes o invalidez, es necesario que hubieran contado con

la posibilidad de gestionarlo, situación que se logra con la afiliación del trabajador, o con el trámite de convalidación de los tiempos servidos, pero en todo caso, siempre antes de que se concrete el riesgo.

MP. VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

FECHA: 11/12/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-015-2019-00368-02 (O2-23-032)
Demandante: CARLOS ALBIARES PALACIOS HINESTROZA
Demandado: PROTECCIÓN S.A. Y OTRO.
Procedencia: JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No 185 DEL 11 DE DICIEMBRE DE 2023
Asunto: PENSIÓN DE INVALIDEZ

En Medellín, a los once (11) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados **CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES**, **SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE** y **VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, quien actúa como magistrado sustanciador, procede a decidir el recurso de apelación, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **CARLOS ALBIARES PALACIOS HINESTROZA** en contra de **PROTECCIÓN S.A. y ROQUE ZULUAGA LONDOÑO**, radicado bajo el n.º 05001-31-05-015-2019-00368-02 (O2-23-032).

Se deja constancia que el respectivo proyecto de fallo fue puesto a consideración de la Sala, y estando debidamente aprobado, se procede a dictar la sentencia que en derecho corresponda.

1. ANTECEDENTES

1.1 Demanda. Mediante poderhabiente judicial el señor CARLOS ALBIARES PALACIOS HINESTROZA persigue que se declare que es beneficiario de la pensión de invalidez, en consecuencia, que se condene a PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar la pensión de invalidez, el retroactivo pensional desde el 29 de febrero de 2016, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios o subsidiariamente la indexación, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Fundó sus pretensiones en que el 02 de agosto de 2018 fue notificado de la calificación de pérdida de capacidad laboral realizada por la IPS SURAMERICANA S.A., en que se estableció que tenía una PCL del 79.14% por enfermedad común y con fecha de estructuración del 29 de

febrero de 2016; que solicitó la pensión de invalidez ante Protección S.A., pero le fue negada a través de comunicado del 31 de enero de 2019, con fundamento en que no cuenta con el requisito de las 50 semanas de cotización en los últimos 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez; que en la historia laboral de cotizaciones no se encuentran reportados los lapsos de febrero a noviembre de 2013, mayo de 2014 a julio de 2015, laborado en favor de Roque Zuluaga Londoño; que acudió a su empleador Roque Zuluaga Londoño para que realice las cotizaciones dejadas de pagar, a lo cual accede y realiza el pago ante Protección S.A.; que el 22 de abril de 2019 realizó una nueva solicitud ante Protección S.A., pero el 13 de mayo de 2019 le responde negativamente, con el argumento de que no cumple las 50 semanas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. (Fols. 2 a 10 archivo No 01).

1.2 Trámite de primera instancia y contestación de la demanda. La demanda fue admitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 03 de julio de 2019 (fl. 87 archivo No 01), ordenando su notificación y traslado a las accionadas.

1.2.1 Protección S.A.: Contestó la demanda el 14 de noviembre de 2019 (Fls. 104 a 124 archivo No 01), oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que el demandante no cumple los requisitos para obtener la pensión de invalidez, esto es, el mínimo de 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, ello en la medida en que solo cuenta con 25.5 semanas. Como excepciones de mérito rotuló las de imposibilidad de reconocimiento de la pensión de invalidez, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, improcedencia de condena al pago de intereses moratorios, buena fe, y prescripción.

1.2.2 Roque Zuluaga Londoño.: Contestó la demanda el 08 de agosto de 2022 (Fls. 1 a 8 archivo No 15), oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que las mismas están dirigidas contra Protección S.A., y en lo que respecta a los aportes en mora, adujo que efectuó el pago en calidad de empleador con los respectivos intereses de mora por los lapsos del 2 de febrero de 2013 y julio de 2015, y entre el 02 de mayo de 2014 y el 31 de julio de 2015. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de la obligación de reconocer la pensión de invalidez, pago de cotizaciones y/o aportes en pensión, y prescripción.

1.3 Decisión de primer grado. El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 30 de enero de 2023 (Fls. 1 a 3 archivo No 20 y audiencia virtual archivo No 19), con la que la cognoscente de instancia declaró que el demandante acredita el requisito del porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral para acceder a la pensión de invalidez, quedando sujeto el cumplimiento del requisito mínimo de semanas a que el empleador Roque Zuluaga Londoño pague el cálculo actuarial; ordenó a Protección S.A. a que realice el cálculo actuarial

de los aportes correspondientes a los periodos que van desde el 2 de febrero de 2013 al 30 de noviembre de 2013, y del 2 de mayo de 2014 al 31 de julio de 2015, teniendo como base el salario mínimo; condenó a Roque Zuluaga Londoño a pagar a Protección S.A. la suma que corresponde por concepto del cálculo actuarial; ordenó a Protección S.A. a descontar del valor del cálculo actuarial los valores que ya hayan sido sufragados por Roque Zuluaga Londoño; condenó a Protección S.A. a que una vez Roque Zuluaga Londoño le efectuó el pago del cálculo actuarial, proceda a reconocer y pagar al demandante la pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración, esto es, a partir del 29 de febrero de 2016, con trece mesadas al año, y cuyo monto no puede ser inferior al salario mínimo legal, prestación que deberá ser pagada mientras subsistan las causas que le dieron origen; autorizó que se descuenten del retroactivo pensional los montos que hayan sido sufragados al demandante como devolución de saldos; autorizó los descuentos en salud; absolvió de los intereses moratorios, pero ordenó la indexación de las mesadas pensionales. Finalmente, condenó en costas a las demandadas.

Partió el a quo planteando el problema jurídico en resolver, el cual consistió en determinar si le asiste derecho a la pensión de invalidez.

Consideró que no era objeto de discusión la pérdida de capacidad laboral del actor, pues cuenta con una PCL del 79.14% con fecha de estructuración del 29 de febrero de 2016, siendo la discusión las semanas mínimas requeridas para causar el derecho a la pensión de invalidez.

Ello así, consideró que de conformidad con la prueba aportada al proceso el demandado Roque Zuluaga Londoño precedió a pagar los aportes pensionales de manera extemporánea, sin que hayan sido cuestionados por Protección S.A.. Asimismo, dijo que no era suficiente por parte del empleador el realizar solo los aportes, sino que en estos casos se requería era el pago del cálculo actuarial ante la omisión de las cotizaciones por parte del empleador, máxime cuando no hay nada que acredite la prueba la existencia del vínculo laboral, pues ello solo fue aceptado por el empleador en la contestación de la demanda.

Así las cosas, con las cotizaciones realizadas por el empleador demandado Roque Zuluaga Londoño se cumplen con la densidad de semanas, esto es, 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez. En cuanto al monto pensional lo estableció en un salario mínimo sobre 13 mesadas anuales conforme el Acto Legislativo 01 de 2005. Ahora, en lo relacionado con el pago y disfrute de la prestación a cargo de Protección S.A., sostuvo que ello solo es procedente una vez el empleador pague el cálculo actuarial, por lo que, dejó condicionada esa orden al cumplimiento de la obligación por el demandado Roque Zuluaga Londoño.

Asimismo, desestimó la pretensión de los intereses moratorios, y en su lugar, ordenó la indexación por el efecto de la devaluación de la moneda. Finalmente, condenó en costas a las demandadas.

1.4 Apelación. La decisión fue recurrida por:

1.41 Protección S.A.: Manifestó que existen periodos laborados en los cuales no hubo cotización previa del empleador en el plazo indicado por la ley, no obstante, Protección S.A. haber adelantado las acciones de cobro, de manera que si bien puede resultar razonable la orden de la juez de que el señor Roque Zuluaga realice el pago del cálculo actuarial, lo cierto es que, en ultimas es trasladar el reconocimiento y pago de la pensión a la AFP, pues para Protección S.A. está claro que el trabajador no puede sufrir las consecuencias del olvido de quien tenía la obligación de cotizar, pero tampoco esta obligación puede ser atribuida al fondo de pensiones, ya que el responsable debe ser el empleador moroso, asimismo el siniestro no se sitúa cuando se realiza la calificación, sino que se materializa en la fecha en que se estructura la invalidez; que el empleador no puede desconocer que para el momento en que realizó el pago, ya tenía conocimiento del proceso de la calificación de pérdida de capacidad laboral, por lo que resulta cuestionable que el pago se hubiera realizado el 24 y 26 de agosto de 2018, lo que denota la mala fe al momento de efectuar el pago; que surge la imposibilidad jurídica para proceder al reconocimiento pensional; que el término durante la cual no efectuó las cotizaciones al sistema, tiene como efecto la reducción de las semanas exigidas, y es aquí donde radica el punto central de inconformidad del fallo, ya que el incumplimiento del requisito excluye la cobertura del seguro provisional contratado para la protección del afiliado; que en los eventos en la que se efectúa o se materializa el siniestro durante periodos en los que no ha realizado cotizaciones, no existe cobertura del seguro provisional, afectándose la teoría del contrato de seguro; para que el riesgo sea correcto se debe pagar la prima de forma anticipada; que la condena no solo da paso a una forma de extinguir al empleador omiso de su obligación, sino que también va en contra de la sostenibilidad financiera del sistema, ya que no se cuenta con el seguro previsional y por ende la prestación debería ser financiada con las arcas de la AFP; que no resulta razonable que gracias al incumplimiento del señor Roque, sea la AFP la que termine asumiendo el pago de la prestación económica; que se solicita que reconsidere la decisión y en su lugar condene al señor Roque al reconocimiento de la pensión de invalidez.

1.4.2 Roque Zuluaga Londoño: Dijo que se pudo demostrar en el proceso que el señor Roque cumplió con el pago de los aportes en pensión con su debida mora; que en ningún momento Protección S.A. hizo énfasis o presentó algún cálculo actuarial donde le manifestara al demandado de que habían pagos incompletos o faltantes en dinero, por el contrario siempre recibió los dineros y reconoció de que esos eran los dineros faltantes, esto es, del 02 de febrero

de 2013 al 30 de noviembre de 2013 y del 02 de mayo de 2014 al 31 de julio de 2015; que Protección S.A. nunca objeto esa prueba o esos pagos, no hizo cuenta de cobro ante el señor Roque o reclamación de dineros incompletos, por lo que, solicita que se absuelva al demandado Roque Zuluaga por el pago del cálculo actuarial y en ese mismo sentido lo exonere del pago de costas condenados en la primera instancia, ya que es Protección S.A. el único llamado a reconocer y pagar la pensión de invalidez al demandante.

1.5 Trámite de Segunda Instancia. El recurso de apelación fue admitido por ésta corporación el 06 de febrero de 2023 (carp. 02, doc. 02), y mediante auto del 20 de febrero de 2023 (carp. 02, doc. 03), se corrió traslado a las partes para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, presentaran alegatos de conclusión por escrito, de estimarlo del caso, siendo que oportunamente Protección S.A. presentó alegaciones solicitando que se revoque la decisión de instancia, ya que quien tiene la obligación de reconocer la pensión de invalidez es el empleador Roque Zuluaga Londoño al no haberlo afiliado al sistema general de pensiones; la parte demandante en las alegaciones solicita que se confirme la decisión de instancia, excepto la parte que condicionó el reconocimiento pensional al pago del cálculo actuarial por parte del empleador Roque Zuluaga Londoño.

2. ANALISIS DE LA SALA

2.1 Apelación sentencia, y principio de consonancia. Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, advirtiéndose que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del C.P.L. y S.S., el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada, para lo cual se plantea el estudio del siguiente:

2.2 Problema Jurídico. El tema decidendi en el asunto puesto a consideración de la Sala se contrae a dilucidar: **i)** ¿Si se acreditan los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez?, así mismo ¿A quién le compete el reconocimiento pensional, sí a la AFP PROTECCIÓN S.A. o al ex empleador Roque Zuluaga Londoño?

2.3 Tesis de la sala y solución a los problemas jurídicos planteados. El sentido del fallo de esta Corporación será REVOCATORIO con sustento en que es el empleador Roque Zuluaga Londoño quien debe asumir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante la falta de afiliación del trabajador al sistema general de pensiones, sin que haya subrogado el riesgo en cabeza de la AFP Protección S.A., pues no se evidencia que antes de la ocurrencia del riesgo o su calificación haya efectuado el pago del cálculo actuarial, y por ello, es el

empleador omiso quien debe asumir la obligación, lo que lleva a absolver de las pretensiones a PROTECCIÓN S.A.

2.4 Pensión de invalidez- origen común. No es objeto de controversia que el señor CARLOS ALBIARES PALACIOS HINESTROZA se encuentra afiliado a PROTECCIÓN S.A. desde julio de 2005, con cotizaciones hasta marzo de 2016 (fols. 136 y 34 archivo No 1); que el 27 de julio de 2018 fue calificado por Suramericana S.A. con una pérdida de capacidad laboral del 79.14 % de origen común y con fecha de estructuración del 29 de febrero de 2016 (fols. 18 a 21 archivo No 01); que solicitó la pensión de invalidez ante Protección S.A., pero le fue negada el 31 de enero de 2019 con fundamento en que no acredita las 50 semanas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración (fols. 36 a 37 archivo No 01); que el 22 de abril de 2019 reiteró el reconocimiento pensional, informando que en su historia laboral aparecen las semanas laboradas con su ex empleador Roque Zuluaga Londoño por los periodos de marzo a diciembre de 2013 y de agosto a diciembre de 2014, así como de enero a junio de 2015 (Fol. 38 archivo No 01); que el 13 de mayo de 2019 Protección S.A le negó la prestación, comunicándole que los periodos cotizados por el empleador Roque Zuluaga Londoño no pueden ser tenidos en cuenta por haberse cancelado de manera extemporánea y con posterioridad a la fecha de estructuración (Fols. 39 a 41 archivo No 01). Así las cosas, la controversia gravita en torno a definir si quien debe asumir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez es Protección S.A. o el ex empleador Roque Zuluaga Londoño.

En lo que respecta a este tópico, conviene colacionar el contenido del inciso 2° del artículo 8 del Decreto 1641 de 1995, que precisa:

“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”.

De igual forma, la jurisprudencia laboral también ha sido pacífica y reiterativa al indicar que debe diferenciarse entre la mora patronal y la falta de afiliación, ya que dependiendo de una u otra figura se desprende la responsabilidad y/o obligación de quien debe asumir la prestación, esto es, bien sea el empleador o la entidad de seguridad social (SL1618-2023, SL3619-2022 y SL4103-2017).

Desde esa perspectiva, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha delineado:

A propósito, y como quiera que la referida norma alude al término de mora en el pago de las obligaciones para los riesgos, y la censura acusa al ad quem por no ordenar la convalidación de los tiempos laborados por la causante en el periodo de ausencia de afiliación, resulta

necesario precisar las consecuencias que acarrea la mora en el pago de aportes y la falta de afiliación cuando ha ocurrido el siniestro.

La primera, surge cuando el patrono afilió al trabajador a la administradora, pero deja de cancelar las cotizaciones, y ante la omisión del fondo de adelantar las gestiones, se ha impuesto a este último la obligación de asumir el pago de las acreencias derivadas de los riesgos. Es claro que, conforme lo expuesto en precedencia, esta figura no es la que aconteció en el caso objeto de estudio.

En cambio, la segunda, ocurre cuando el patrono no afilió o no reportó la novedad de ingreso a la administradora de pensiones, y en vigencia del nexa, o incluso, luego de que este hubiere finalizado, ocurre el siniestro generador de la pensión, como lo es la muerte; en este evento, es sobre el empleador que recae el deber de asumir la prestación, pues no se puede perder el derecho por la incuria de quien estaba obligado a aportar al sistema (CSJ SL, 30 abr. 2013, 38587, CSJ SL4103-2017, CSJ SL19556-2017, CSJ SL2032-2018).

De lo expuesto, puede sostenerse que en los eventos en que no se afilió al trabajador al sistema general de pensiones por parte del empleador, es a aquel quien asume la responsabilidad y por ende el pago de la prestación, además ha dilucidado la jurisprudencia que en tratándose de pensiones de invalidez y sobrevivencia, debe el empleador convalidar los tiempos antes de que se concrete el riesgo, y solo de esa manera puede subrogar su obligación en la entidad de seguridad social. Así lo ha expresado entre otras sentencias la SL1618-2023 y SL4103-2017 en los siguientes términos:

En proveídos como los citados en líneas anteriores, esta Corporación explicó que es trascendental que antes de que las administradoras asuman las prestaciones con ocasión a la ocurrencia de un riesgo, llámese sobrevivientes o invalidez, es necesario que hubieran contado con la posibilidad de gestionarlo, situación que se logra con la afiliación del trabajador, o con el trámite de convalidación de los tiempos servidos, pero en todo caso, siempre antes de que se concrete el riesgo.

Por su parte, también profusamente ha explicado la jurisprudencia (SL1618-2023) que la convalidación de las cotizaciones o tiempos laborales en tratándose de empleadores omisos en la afiliación, se satisface es con el reconocimiento de un cálculo actuarial y no con el simple pago de los aportes con sus respectivos intereses. Dice la jurisprudencia:

“De entrada, con base en abundantes precedentes de esta Corporación, la solución planteada por la censura está descartada, pues bastante se ha reiterado, que ante la omisión de la afiliación del trabajador al sistema general de pensiones, no es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido como efectivamente cotizado; así mismo, se ha explicado que es obligación del empleador pagar el cálculo actuarial, por los tiempos que omitió sufragar a satisfacción de la entidad de seguridad social, en aras de relevarlo del pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones, como lo concluyó el juez de alzada (CSJ SL4103-2017, CSJ SL4698-2020, CSJ SL5058-2020, CSJ SL1740-2021, CSJ SL3609-2021).

(...)

Se dice esto, por cuanto implantar una obligación de tal índole sobre una administradora de pensiones, en virtud de un nexa laboral del que no tuvo conocimiento para iniciar las acciones

de cobro de los aportes, no pudo prever y gestionar el riesgo de la pensión a través de reservas o seguros, y a pesar de ello, debe financiar de manera completa la pensión, aun si los aportes que tuviera que convalidar a través del cálculo actuarial no alcanzaran para ello, resulta a todas luces desigual y desproporcionado.

(...)

Así pues, surge evidente que la posibilidad de que tales pagos convalidaran los periodos descritos está llamada al fracaso, como quiera que el cumplimiento de la obligación patronal no fue satisfecho en vigencia del vínculo de trabajo, menos antes de que ocurriera el deceso de la afiliada. Y en ese orden, imponer el reconocimiento de la prestación a cargo de Porvenir S.A., sería obligarla a financiar una prestación completa, con base en unos escasos recursos por tiempos pagados extemporáneamente”

Con los anteriores basamentos jurídicos y jurisprudenciales, da cuenta la Sala que en la historia laboral de cotizaciones (Fols. 34 archivo No 01) el señor Carlos Albiarez Palacios Hinestroza contaba con 24.05 semanas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, del 29 de febrero de 2016 al 29 de febrero de 2013; no obstante, con los aportes realizados por el empleador Roque Zuluaga Londoño por los periodos de febrero a noviembre de 2013 (Fol. 11 a 20 archivo No 15), mayo a diciembre de 2014 (Fol. 21 a 28 archivo No 15), enero a julio de 2015 (Fol. 29 a 35 archivo No 15), alcanza a acreditar un total de 127.35 semanas en los últimos tres años, con lo cual, en línea de principio logra acreditar más del mínimo exigido por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, lo que le permitiría el reconocimiento pensional, de no ser, porque tales periodos pagados de manera extemporánea no lograr subrogar el riesgo a cargo de la AFP demandada, ya que, la obligación del empleador omiso no se concretaba con pagar simplemente los aportes, sino que debía haber efectuado el reconocimiento y pago del cálculo actuarial, actuación que no se logra evidenciar en el plenario. Dicho de otra manera, la convalidación de los aportes por parte del empleador omiso debía haberse satisfecho con el pago del cálculo actuarial antes de concretarse el riesgo (invalidez).

Debe precisarse que los aportes que realizó el empleador Roque Zuluaga Londoño fueron sufragados el 24 y 26 de julio de 2018, es decir, fueron extemporáneos al periodo cotizado o en relación con la vigencia del nexo contractual (2013-2014-2015), razón por la cual, siguiendo los derroteros jurisprudenciales, no pueden tenerse en cuenta para amparar el riesgo de invalidez, pues su obligación no se subroga en la AFP, y ello acontece, por la simple razón de que tanto los riesgos de invalidez y sobrevivencia están fundamentados en principios como la solidaridad, financiación y aseguramiento, lo que no se satisface con el simple pago de los aportes e intereses moratorios, sino con el cálculo actuarial antes de la ocurrencia del siniestro.

De igual modo, el empleador Roque Zuluaga Londoño no demuestra que haya existido afiliación al sistema general de pensiones como para predicar una simple mora patronal y deducir que era la AFP quien debía haber agotado las gestiones de cobro de los aportes en mora, sino que por el contrario, ante la falta de afiliación al sistema por parte del empleador

Roque Zuluaga Londoño debe ser este quien asuma la obligación, o debí acreditar “*el trámite de convalidación de los tiempos servidos, (...) antes de que se concrete el riesgo*”, esto es, haber sufragado el cálculo actuarial a entera satisfacción de la AFP. Ahora, podría sostenerse que el dictamen de pérdida de capacidad laboral que define la invalidez del actor es de fecha 27 de julio de 2018, esto es, posterior a la fecha en que el empleador sufragó los aportes pensionales del demandante, y que con ello se cumplió el trámite de convalidación de los tiempos; empero, la única posibilidad que tenía el empleador para sustraerse de la obligación era con el reconocimiento del cálculo actuarial, mismo que brilla por su ausencia, es más, ni siquiera se aportó por el empleador demandado el formulario de afiliación o los documentos que logren dejar en evidencia la relación laboral, por lo que, para la Sala llama la atención el simple pago extemporáneo de los aportes con miras a que sea la AFP quien asuma una prestación completa “*con base en unos escasos recursos por tiempos pagados extemporáneamente*”, y sobre las cuales no tuvo “*la posibilidad de adelantar las gestiones de cobro y/o prever y gestionar la pensión a través de reservas o seguros*”.

De igual modo, debe acotar la Sala que para la fecha en que se estructuró la invalidez (29 de febrero de 2016), el empleador no había adelantado gestión alguna en procura de la “*convalidación de los tiempos servidos*”, sino que tan solo lo vino a realizar después de aproximadamente más de dos años cuando el actor se encontraba en proceso de calificación, y además se limitó a sufragar los aportes con intereses, sin efectuar como corresponde en los eventos de omisión en la afiliación, con el cálculo actuarial donde no solo se prevén los aportes, sino también una reserva actuarial definida con la pensión de referencia, entre otros aspectos que logran desde el punto de vista económico subrogar el riesgo en cabeza de la AFP.

Así las cosas, le asiste razón en la alzada a la AFP, y por ende, considera la Sala que es el empleador Roque Zuluaga Londoño quien debe asumir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante la falta de afiliación del trabajador al sistema general de pensiones, sin que haya subrogado el riesgo en cabeza de la AFP Protección S.A., pues no se evidencia que antes de la ocurrencia del riesgo o su calificación haya efectuado el pago del cálculo actuarial.

Ahora, en el evento en que lo considere pertinente, el empleador Roque Zuluaga Londoño puede optar por dar aplicación a lo establecido en el artículo 2.2.8.11.7 del Decreto 1296 de 2022, esto es, efectuar la conmutación pensional ante la AFP. Disposición normativa que establece:

“Efectos del pago del cálculo actuarial. El empleador o independiente sólo podrá acreditar el periodo declarado a través de un cálculo actuarial por omisión, cuando no hubiere tenido lugar la ocurrencia del siniestro que dé lugar al pago de prestaciones de invalidez o sobrevivencia. En el evento en que ocurra el siniestro que cause la prestación de invalidez o sobrevivencia, el empleador o el independiente que hayan incurrido en omisión de afiliación o vinculación, y por

tanto omitió el pago de la prima del seguro previsional en el Régimen de Ahorro Individual o el aporte a los Fondos de Invalidez y sobrevivencia en el Régimen de Prima Media, deberán asumir con sus recursos, el pago de la totalidad de las reservas matemáticas que permitan financiar las prestaciones derivadas de las contingencias acaecidas por invalidez o muerte, a través de una conmutación pensional, o en su defecto deberá hacerse cargo del pago de la pensión que se cause. En este evento el cálculo de las reservas necesarias para la conmutación pensional que permita reconocer la pensión a que haya lugar deberá realizarlo la administradora donde se encuentre afiliado el trabajador".

En ese orden, se declarará que la pensión de invalidez está a cargo del empleador Roque Zuluaga Londoño y no de la AFP PROTECCIÓN S.A.

2.5 Monto y retroactivo. En cuanto a su monto, dado que la a quo lo fijó en un salario mínimo legal mensual vigente, y no es punto objeto de disenso por el actor, se impone la confirmación de la sentencia en este tópico, además que se aviene a lo previsto en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, esto es, que en ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

Respecto al disfrute de la pensión de invalidez, establece el artículo 40 de la ley 100 de 1993, que *"comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado"*.

Ahora, ninguna de las mesadas se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción, pues en materia de pensión de invalidez, ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que *"el plazo prescriptivo de la acción tendiente al pago de la pensión de invalidez, que no de su reconocimiento pues ella es imprescriptible, se insiste, empieza a correr desde que el afectado ha tenido 'conocimiento acabado' de su estado de invalidez laboral, (...), esto es "desde cuando queda firme la 'determinación' de la incapacidad o invalidez laboral"*. (Sentencia SL 5703-2015, radicación 53600 del 06 de mayo de 2015). En el sub judice el estado de invalidez superior al 50 %, que hace exigible el derecho se vino a consolidar **el 27 de julio de 2018** con el dictamen de Suramericana S.A., que determinó una PCL del 79.14 %, con fecha de estructuración del 29 de febrero de 2016, y como la demanda se presentó **el 03 de mayo de 2019** (Fol. 1 archivo No 01), es decir, sin que entre una y otra fecha haya transcurrido más de tres años de que trata el artículo 151 del CPTSS y artículo 488 del CST, se concluye que ninguna mesada queda sometida a la prescripción.

Por lo anterior, con arreglo al artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, debiendo determinar la Sala modificar este aspecto en la presente la decisión. Ello así, realizadas las operaciones matemáticas por las mesadas causadas entre el 29 de febrero de 2016 y el 31 de octubre de 2023, se obtiene por concepto de retroactivo pensional un valor de **\$ 85.964.210**, y a partir del 1º de noviembre de 2023 el demandado Roque Zuluaga Londoño deberá cancelar al actor una mesada pensional

equivalente a **\$ 1.160.000**, la cual se incrementará anualmente conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y que se pagará sobre 13 mesadas pensionales, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, por haberse causado la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	# mesadas	Valor pensión (mínimo)	Total Retroactivo (mínimo)
2016	5,75%	11,06666667	\$ 689.454	\$ 7.629.958
2017	4,09%	13	\$ 737.717	\$ 9.590.321
2018	3,18%	13	\$ 781.242	\$ 10.156.146
2019	3,80%	13	\$ 828.116	\$ 10.765.508
2020	1,61%	13	\$ 877.803	\$ 11.411.439
2021	5,62%	13	\$ 908.526	\$ 11.810.838
2022	13,12%	13	\$ 1.000.000	\$ 13.000.000
2023		10	\$ 1.160.000	\$ 11.600.000
TOTAL				\$ 85.964.210

2.6 Descuentos. Se autorizó a Roque Zuluaga Londoño para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal debe hacerse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528.

2.7 Indexación. Esta Colegiatura confirmará la condena por indexación debido a la mengua de la condena ante el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, misma que debe ser asumida por quien debe realizar el pago, en este caso, Roque Zuluaga Londoño, sin que sea dable analizar su proceder de buena o mala fe en el presente asunto, debido a que la actualización no es una sanción al deudor, sino un mecanismo para resarcir al acreedor por la pérdida de la depreciación monetaria. Corrección monetaria que deberá calcularse utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y corre desde la causación de cada mesada pensional hasta el momento efectivo del pago de la obligación.

3. Costas. En segunda instancia no se impondrá condena en costas, dado que ambas demandadas formularon recurso de alzada. Las de primera instancia se revocan las impuestas a cargo de PROTECCIÓN S.A., por las resueltas del proceso, y se mantiene la condena impuesta a cargo del demandado Roque Zuluaga Londoño.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN**, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.: REVOCAR la sentencia materia de apelación, proferida el 30 de enero de 2023, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, mediante la cual condenó a PROTECCIÓN S.A. al reconocimiento de la pensión de invalidez, previo cálculo actuarial que debía sufragar el demandado ROQUE ZULUAGA LONDOÑO, para en su lugar, **DECLARAR** que el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor de CARLOS ALBIARES PALACIOS HINESTROZA, identificado con cedula de ciudadanía No 12.021.153, está a cargo del demandado **ROQUE ZULUAGA LONDOÑO** ante la falta de afiliación y/o omisión en el pago de los aportes pensionales a través del cálculo actuarial, sin perjuicio de que en el evento en que lo considere pertinente, el empleador Roque Zuluaga Londoño puede optar por dar aplicación a lo establecido en el artículo 2.2.8.11.7 del Decreto 1296 de 2022, esto es, efectuar la conmutación pensional ante la AFP, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a **ROQUE ZULUAGA LONDOÑO** a reconocer y pagar a favor de CARLOS ALBIARES PALACIOS HINESTROZA, la suma de **\$ 85.964.210** por concepto de retroactivo pensional liquidado entre el 29 de febrero de 2016 y el 31 de octubre de 2023, incluidas la mesada adicional de diciembre de cada anualidad. A partir del 01 de noviembre de 2023, el demandado ROQUE ZULUAGA LONDOÑO seguirá reconociendo al demandante una mesada pensional equivalente a \$ 1.160.000, junto con la mesada adicional de diciembre de cada año, en lo sucesivo con los reajustes que fije o acoja el Gobierno Nacional.

Parágrafo: ORDENAR a **ROQUE ZULUAGA LONDOÑO** a reconocer y pagar a favor del demandante la indexación de cada una de las mesadas que componen el retroactivo pensional aquí ordenado, y las que se sigan causando hasta el momento del pago efectivo de la obligación, indexación que debe efectuarse desde la causación de cada mesada pensional y hasta cuando se haga el pago efectivo de la obligación.

TERCERO: ABSOLVER a **PROTECCIÓN S.A.** de las pretensiones incoadas en la demanda.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan las impuestas a PROTECCIÓN S.A., y se mantiene las impuestas al demandado ROQUE ZULUAGA LONDOÑO.

Lo resuelto se notifica mediante **EDICTO**, acogiéndose el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, vertido en la reciente providencia AL 2550 de fecha 23 de junio de 2021, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Déjese copia de lo decidido en la Secretaría de la Sala, previa anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen.

Se declara así surtido el presente acto y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente



CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES
Magistrado



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada

CONSTANCIA SECRETARIAL

Se deja constancia de que las anteriores firmas corresponden a las firmas originales de los magistrados que integran la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín.



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario