El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente.

 El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Salvamento de voto de la Sentencia del 24 de marzo de 2017

Proceso: Ordinario laboral

Radicación No.: 66001-31-05-004-2015-00023-00

Demandante: Humberto Montoya Orozco

Demandado: Porvenir y otros

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado ponente: Julio César Salazar Muñoz

Tema: **Estructuración de la invalidez con posterioridad al cumplimiento de la edad mínima de pensión.** “[E]ra necesario verificar y establecer: 1) si el demandante reúne el requisito de densidad de semanas cotizadas para acceder al pago de la prestación por invalidez, ya que es indiscutible que se encuentra en situación de invalidez, pues acredita una calificación de pérdida de la capacidad laboral superior al 50%; 2) en el evento en que el promotor del litigio reúna los requisitos para pensionarse por invalidez, debía resolverse a cargo de cuál de las dos demandadas recae el pago de la prestación.”.

**SALVAMENTO DE VOTO**

Como quiera que mi ponencia fue derrotada por la mayoría de la Sala, el sustento de mi salvamento corresponde al proyecto que en su momento presenté y que responde al siguiente tenor:

Se indica en la sentencia de la cual me aparto, que para analizar la viabilidad de reconocer la pensión de invalidez dentro del régimen de prima media con prestación definida, es necesario remitirse al artículo 9º del Acuerdo 049 de 1990, aplicable por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, el cual prevé que el afiliado que sin tener derecho a la pensión de vejez, se invalide después de alcanzar las edades que se señalan para adquirir ese derecho, se le otorgará la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez. En otras palabras, se determinó que es improcedente reconocer la pensión de invalidez cuando la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral se fije con posterioridad a la edad en que empieza la cobertura por vejez, es decir, 60 años hombre y 57 mujeres, puesto que de conformidad con el citado artículo, la consecuencia jurídica prevista en la legislación en estos casos, no consiste en la concesión de una pensión, sino de una indemnización sustitutiva.

Para apartarme de dicha postura, lo que primero que debe destacarse es que no fue objeto de discusión en sede de apelación que el ordenamiento legal que gobierna la situación pensional del demandante, no es otro que la Ley 860 de 2003, artículo 1°, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, al cual se remite el artículo 69 de ese mismo estatuto que regula la pensión de invalidez por riesgo común en el régimen de ahorro individual con solidaridad, cuyo tenor literal en su parte pertinente es el siguiente:

*Art. 39.- Requisitos para obtener la pensión de invalidez. 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:*

*Invalidez causada por enfermedad. Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*

En segundo término, tampoco fue materia de controversia y están demostrados en el proceso los siguientes supuestos fácticos: que el 6 de febrero de 2014 el demandante fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Risaralda con una pérdida de la capacidad laboral del 66,01% estructurada el 1º de julio de 2010; que antes de eso, a petición del demandante, la AFP demandada le había devuelto su saldo en la cuenta de ahorro individual, en dos desembolsos del 27 de noviembre de 2007 y del 9 de febrero de 2010, por las sumas de $113.478 y $740.951, respectivamente.

**5.2. Estructuración de la invalidez con posterioridad al cumplimiento de la edad mínima de pensión**

A partir de la sentencia del 25 de febrero de 2016, emitida dentro del proceso radicado bajo el denominativo serial abreviado 002-2014-00177, con ponencia del Magistrado Francisco Javier Tamayo Tabares, de manera unánime la Sala Laboral de este Distrito Judicial retomó la tesis expuesta, entre otras, en la sentencia del 13 de abril de 2007, radicación 2005-0052, según la cual la invalidez de origen común estructurada con posterioridad al cumplimiento de la edad mínima de pensión de vejez, se ubica por fuera del alcance de asegurabilidad del sistema pensional.

Consideró la Sala en aquella providencia, que el interesado en el pago de la pensión de invalidez debe demostrar que la merma en su capacidad laboral tiene incidencia directa en el trabajo habitual que desempeña, puesto que el ámbito de protección del Sistema Pensional, en lo que atañe a la cobertura por la contingencia de invalidez de origen común, de acuerdo a la interpretación que debía darse del artículo 5º del Decreto 049 de 1990, no es otra que la de amparar al afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido el 50% o más de su capacidad laboral para desempeñar el oficio o profesión para el cual está capacitado y que constituye su actividad habitual y permanente. De lo cual se infiere que dicha prestación está destinada al auxilio económico de aquellos trabajadores que ven reducida drásticamente su capacidad laboral y que, debido a ello, no pueden continuar trabajando.

Siguiendo ese hilo, en dicha sentencia la Sala arribó a la conclusión de que *“para las personas que han perdido su capacidad para laborar por el deterioro o decrepitud natural del cuerpo humano no está dispuesta la pensión de invalidez como sí la de vejez”*. Criterio que, según lo indicado en misma providencia, se ve reforzado por el parágrafo del artículo 4º del Decreto 917 de 1999 (Manual Básico para la Calificación de Invalidez) que reza: *“las consecuencias normales de la vejez, por sí solas, sin patología sobre agregada no generan deficiencia para los efectos de la calificación de invalidez en el Sistema Integral de Seguridad Social”*

En consonancia con ese criterio, esta Corporación ha venido negando la pensión de invalidez a personas calificadas como invalidas, cuya fecha de estructuración de invalidez es posterior a la fecha en que arribaron a la edad mínima de pensión (esto es, 57 años en el caso de las mujeres y 60 en el de los hombres).

Pues bien, resultado de un nuevo análisis del asunto puesto en consideración de la Sala, el cual reviste los mismos supuestos de hecho que se tuvieron en cuenta a la hora de dictar la aludida sentencia, considero necesario recoger mi postura pasada, fijando un nuevo entendimiento del artículo 5º del Acuerdo 049 de 1990, por las razones de orden jurídico que enseguida se indican puntualmente:

Es evidente que no existe precepto normativo o jurisprudencial alguno del cual pueda extraerse la regla según la cual los afiliados que continúan cotizando más allá de la edad mínima de pensión quedan desprovistos de la cobertura por el riesgo de invalidez de origen común.

El artículo 5º del citado Decreto (758 de 1990) debe entenderse en el sentido de que puede darse el caso de personas en condición de invalidez, es decir, con una calificación de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%, que sin embargo no están impedidos para desempeñar el oficio o profesión para el cual están capacitados y que constituye su actividad habitual y permanente. Verbigracia una persona con pérdida completa de la visión, que desarrolla tareas en las que no es absolutamente necesario el uso de tal sentido y que por esa razón deciden continuar laborando pese a la limitación.

A propósito del caso de los afiliados que al cumplir la edad mínima de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que adiciona al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 el literal p), señala que estos tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados.

Dicho texto normativo fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-375 del 27 de abril de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, en el entendido de que la norma no ordena el retiro del trabajador, sino que le confiere la facultad de solicitar la cancelación de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos o continuar cotizando hasta alcanzar el monto requerido para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación.

Esto quiere decir que aquellos afiliados que se encuentren bajo las condiciones descritas en el literal p) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es decir, aquellos que al arribar a la edad mínima de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, puede continuar cotizando, ya sea como dependientes o independientes, y en virtud de la continuidad de su afiliación al sistema pensional, de conformidad con el literal c) de la misma norma (modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003), tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes consagradas en la Ley 100 de 1993, siempre que reúnan los requisitos legales previstos para ello.

Si la intención del legislador expresa en la Ley 100 de 1993 hubiese sido la de excluir de la cobertura de invalidez a las personas de avanzada edad -específicamente, a quienes superan la edad mínima de pensión- en atención al principio de igualdad material consagrado en el artículo 13 de la Carta Política de 1991, tendría que haber establecido, por vía de la misma ley, alguna disminución sobre el monto de los aportes mensuales de las cotizaciones efectuadas por el afiliado con posterioridad al momento en que arriba a tal edad, bajo el entendido que a partir de ese momento pierde la posibilidad de acceder a la pensión de invalidez de origen común, o lo que es lo mismo, queda por fuera de la cobertura ante la contingencia de cualquier invalidez cuya estructuración sea posterior al día en que arriba a la edad mínima de pensión.

Con todo, en los artículos en los que se hace referencia a la pensión de invalidez por riesgo común, específicamente en los artículos del 38 al 45 de la Ley 100 de 1993, no figura como excepción para su reconocimiento y pago el hecho de que el estado de invalidez aparezca o se estructure con posterioridad a la fecha en que el afiliado arriba a la edad mínima de pensión, lo cual se muestra coherente con los más elevados principios que iluminan el servicio público esencial de seguridad social, especialmente con los principios de universalidad e integralidad, en virtud de los cuales, el ámbito de protección deberá extenderse a todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de su vida, a efectos de cubrirlo de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población (art. 2º de la Ley 100 de 1993).

Ahora, no hay duda que las consecuencias de la vejez, por sí solas, sin patología sobre-agregada, no generan deficiencia para los efectos de la calificación de la invalidez en el Sistema Integral de Seguridad Social, tal como previene el artículo 9º del Decreto 917 de 1999, lo cual deviene en una pauta primordial que debe tener en cuenta el calificador (la Junta médica) a la hora de establecer el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del afiliado; por lo que puede decirse, sin equívocos, que el dictamen allegado al plenario, no habiéndose demostrado lo contrario, excluyó de las deficiencias cualquier patología, dolencia o afección asociada a la avanzada edad del actor, quedando al final un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, que no está en discusión en este proceso.

Adicional a lo anterior, en la sentencia mayoritaria se afirma que el artículo 9º del acuerdo 049 de 1990 no perdió vigencia con la irrupción de la Ley 100 de 1994, lo cual es muy discutible a la luz de los anteriores argumentos, pero aun dando crédito a esa afirmación jurídica, la misma no viene a cuento, como quiera que el demandante reclama el pago de la pensión de una entidad del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como lo es PORVENIR, luego entonces, el Acuerdo 049 de 1990 no resulta aplicable al caso de marras.

**Caso concreto:**

Corolario de lo expuesto, la Sala debe reiterar:

**1)** el demandante no quedó por fuera de la cobertura para el riesgo de invalidez y muerte por el hecho de haber recibido el saldo su cuenta de ahorro individual;

**2)** Tampoco constituye un impedimento para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que el afiliado haya alcanzado el 50% de pérdida de la capacidad laboral con posterioridad al cumplimiento de la edad mínima de pensión, como se acaba de explicar.

Bajo dichas premisas, era necesario verificar y establecer: **1)** si el demandante reúne el requisito de densidad de semanas cotizadas para acceder al pago de la prestación por invalidez, ya que es indiscutible que se encuentra en situación de invalidez, pues acredita una calificación de pérdida de la capacidad laboral superior al 50%; **2)** en el evento en que el promotor del litigio reúna los requisitos para pensionarse por invalidez, debía resolverse a cargo de cuál de las dos demandadas recae el pago de la prestación.

Siguiendo ese hilo, en relación al primer punto, se advierte que, para acceder al pago de la pensión de invalidez, de acuerdo al artículo 38 de la Ley 100 de 1993, el afiliado debe acreditar que dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez, cotizó al menos 50 o más semanas de cotización.

De acuerdo al dictamen de pérdida de la capacidad laboral que obra en el folio 13 del expediente, el demandante presenta un grado de pérdida de la capacidad laboral del 72,5% estructurado el 1º de julio de 2010, de modo que está obligado a acreditar 50 semanas cotizadas entre el 1º de julio de 2007 y la misma fecha del 2010.

Según se puede ver en su historia laboral, allegada al proceso por COLPENSIONES, visible en los folios 263 y s.s., el demandante alcanzó a cotizar 47,17 semanas a COLPENSIONES, entre el 1º de julio de 2007 y el 29 de febrero de 2008, con una interrupción por los ciclos 3 y 4 de ese año, reactivándose la cotización entre el 1º de mayo de 2008 y el 31 de agosto del mismo año; lo mismo que 11,01 semanas a HORIZONTE (hoy PORVENIR), entre el 1º de septiembre de 2008 y el 17 de noviembre del mismo año, y de ahí en adelante no efectuó más cotizaciones, según la certificación expedida por PORVENIR el 24 de abril de 2014, visible en el folio 26 del expediente; para un total de 58,18 semanas dentro de los tres (3) años anteriores al 1º de julio de 2010 -fecha de estructuración de su estado de invalidez- las cuales resultan más que suficientes para acceder a la prestación reclamada en la demanda.

Por último, recordemos que la codemandada PORVENIR S.A. aseguró en la contestación a la demanda que en el hipotético caso que fuese viable el reconocimiento de la pensión de invalidez reclamada por el actor, de acuerdo a los dispuesto en el artículo 5º del Decreto 3800 de 2003, su pago correspondería a COLPENSIONES, que recibió la última cotización antes de ocurrido el siniestro de invalidez, cuando el demandante se encontraba en situación de multi-afiliación.

Pues bien, ello sería cierto sino fuera porque, contrario a lo señalado por PORVENIR, de acuerdo a lo observado en el expediente, se puede constatar que la situación de multi-afiliación fue resuelta mediante un cruce masivo entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (hoy COLPENSIONES) y ASOFONDOS, en donde se concluyó, el 19 de mayo de 2008 (según se ve en el Fl. 247), que, en el caso del demandante, *“la entidad encargada de tramitar y decidir la prestación económica a que haya lugar es el Régimen de Ahorro Individual administrado por HORIZONTE (hoy PORVENIR)*”, y en dicha entidad del RAIS fue donde efectuó la última cotización el demandante, como atrás ya fue dicho, el 10 de diciembre de 2008 (fl. 29), es decir, en fecha anterior al siniestro, o lo que es lo mismo, a la estructuración de la invalidez del actor.

En ese orden, PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en mi criterio, tenía a su cargo el pago de la pensión de invalidez reclamada por el señor HUMBERTO MONTOYA MARÍN, desde el 10 de julio de 2010.

De esta manera dejo planteados los argumentos de mi desacuerdo con la decisión de la referencia.

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**Magistrada**