El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: PENSIÓN DE INVALIDEZ / SISTEMA GENERAL DE PENSIONES / NATURALEZA / COBERTURA / SE DA A PARTIR DE LA AFILIACIÓN / NORMA APLICABLE / LA VIGENTE AL MOMENTO DE LA ESTRUCTURACIÓN / CASOS EN QUE PROCEDE MODIFICARLA / APORTES POSTERIORES EN USO DE LA CAPACIDAD RESIDUAL / CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA.**

En relación con el Sistema General de Pensiones regulado en el libro I de la Ley 100/93, su objetivo es asegurar a la población el cubrimiento de los riesgos o contingencias derivados de la vejez, la invalidez y la muerte de origen común, por medio del reconocimiento de pensiones y prestaciones determinadas por en Ley. Tal cubrimiento de los riesgos por parte de las entidades administradoras se materializa a partir de la afiliación al sistema pensional…

En ese orden, mientras no ocurra la afiliación al sistema pensional, no se inicia por parte de las administradoras de pensión la cobertura del sistema. (…)

En asuntos de pensiones de invalidez, por regla general, la norma que regula el derecho a dicha prestación es la vigente al momento de la estructuración de la invalidez del afiliado.

No obstante, en los eventos en que el afiliado no acredita la densidad de cotizaciones bajo la normativa vigente, de manera excepcional se ha admitido que es dable acudir en virtud del principio de la condición más beneficiosa, derivado del artículo 53 de la Constitución Política, a la aplicación ultractiva de una norma, pues dicho principio autoriza grosso modo, a que una norma derogada, regule un caso posterior a su vigencia, cuando se trate de la protección de expectativas legítimas.

De otro lado, en relación con los periodos de cotización válidos para la causación del derecho a la pensión de invalidez, resulta importante precisar que la Sala de Casación Laboral, ha adoctrinado que “no hay lugar a contabilizar para esos fines, las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la estructuración del estado de invalidez, lo cual se explica, porque lo que se protege es una contingencia, un riesgo incierto, que en este caso es la pérdida de la capacidad laboral por enfermedad no profesional. Si se estructura la invalidez, se convierte en un hecho cierto que deja de ser asegurable”. (…)

… de acuerdo a los pronunciamientos de ambas Cortes, en tratándose de enfermedades degenerativas, congénitas o crónicas es válido tomar como fecha real de invalidez una data distinta a la de estructuración dictaminada, si se demuestra que la persona en estado de invalidez formal cotizó al sistema en virtud de su capacidad laboral residual y no se evidencia ánimo de defraudar al sistema…

… como en el presente asunto el riesgo tuvo ocurrencia en una fecha anterior a la afiliación al sistema pensional, la prestación pensional no puede estar a cargo de la administradora de pensiones.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente:

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

|  |  |
| --- | --- |
| Demandante: | Luz Fanny Hoyos Vélez |
| Demandado: | Protección S.A.  |
| Radicación No. | 66001–31-05–002-2018-00170-01 |
| Juzgado de origen: | Segundo Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo de proceso: | Ordinario Laboral  |
| Providencia: | Sentencia de Julio de 2020  |
| Decisión: | CONFIRMA |

Registro de proyecto: 09-07-2020

Acta de discusión número 95 A del 14 de Julio de 2020

Pereira, Risaralda, diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020)

 De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA Y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, quien actúa como ponente, a resolver el grado jurisdiccional de consultafrente a la sentencia proferida el 9 de mayo de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LUZ FANNY HOYOS VÉLEZ** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**., tramitado bajo el radicado único nacional No. 66001-31-05-002-2018-00170-01.

**Cuestión previa**

Teniendo en cuenta el memorial que fue allegado al correo electrónico institucional del Despacho, por la sociedad jurídica que representa los intereses de la AFP Protección S.A., hay lugar a reconocer personería jurídica para actuar a la Doctora Melissa Lozano Hincapié identificada con cédula de ciudadanía No. 1088332294 y portadora de la tarjeta profesional No. 227.045 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de dicha entidad demandada, en los términos y para los efectos y del poder de sustitución conferido, de conformidad con el artículo 75 del C.G.P.

Previamente se revisó, discutió y aprobó el proyecto elaborado por la Magistrada ponente el cual alude a la siguiente:

**SENTENCIA**

1. **ANTECEDENTES**

**1.1. Demanda**

La demandante aspira a que la justicia ordinaria laboral declare que en virtud a la aplicación al principio de la condición más beneficiosa, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, y en consecuencia, solicita que se condene a la entidad convocada a juicio a pagar dicha prestación económica a partir del 3 de agosto de 2006, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93, y las costas del proceso a su favor.

Como sustento fáctico de esas pretensiones, expuso en síntesis que nació el 22 de mayo de 1958; que desde hace 10 años viene padeciendo graves quebrantos de salud, por lo que por disposición de la AFP Protección S.A. fue calificada por la Comisión Médica Laboral de la IPS Sura, quien mediante dictamen emitido el 17 de octubre de 2013 le determinó una pérdida de capacidad laboral del 73.35% de origen común, estructurada el 3 de agosto de 2006. Aduce que el 8 de agosto de 2013 presentó la solicitud de pensión ante la demandada, siéndole negada con el argumento de que la estructuración de la invalidez fue anterior a la fecha de afiliación a la entidad; que la vinculación a esa administradora de pensiones se produjo el 4 de febrero de 2008 y, que cuenta con un total de 454.29 semanas cotizadas al sistema pensional.

 **1.2 Respuesta a la demanda**

Admitida la demanda, se corrió traslado a la **AFP Protección S.A.** quien a través de apoderado judicial dio respuesta, oponiéndose a las pretensiones de la gestora de la Litis, al considerar que no cumple con el requisito establecido en la Ley 860 de 2003, como quiera que no cotizó 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de su invalidez, la cual es además, anterior a la fecha de afiliación a la entidad. Formuló como excepciones las de “Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de derecho sustantivo, falta de causa en las pretensiones de la demanda y responsabilidad de la codemandada”, “Afectación al equilibrio financiero del sistema de seguridad social”, “Buena fe” y “Prescripción”.

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 9 de mayo de 2019, en la que **absolvió a la AFP** Protección S.A. de todas las pretensiones invocadas en su contra.

En sustento de su decisión, estimó en primer lugar que la actora no cumple con los requisitos establecidos en la Ley 860/2003 para acceder a la pensión de invalidez que reclama, en razón a que no cotizó 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de su invalidez. De otra parte, adujo tampoco habría lugar a la aplicación de los principios de progresividad y condición más beneficiosa que se invocan en la demanda, para reconocer la prestación, por cuanto la afiliación de la demandante al sistema general de pensiones sólo se dio a partir del 2008, es decir, en una data posterior a la fecha de estructuración de su estado invalidante.

Seguidamente, concluyó que el hecho de que la demandante haya recibido una pensión de invalidez en los EEUU, de origen profesional, la imposibilita para recibir otra prestación derivada de patologías de origen común y laboral.

**III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Dado que la decisión fue adversa a los intereses de la demandante, se remitió ante esta Sala para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor, tal como lo manda el artículo 69 del C.P.T, por lo que surtido como se encuentra el trámite procesal de la instancia, se procederá a desatarlo.

**IV. ALEGATOS DE INSTANCIA**

Dentro del término otorgado para descorrer el traslado únicamente la AFP Protección S.A. allegó por escrito sus alegatos de conclusión, los cuales en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, por lo que se procede a decidir de fondo, previa las siguientes**:**

 **V. CONSIDERACIONES**

**5.1. Presupuestos Procesales.**

Sirve la revisión del expediente para determinar que los requisitos esenciales para su formación y desarrollo normal se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite ser decidido con sentencia de mérito. Por otra parte, tampoco se evidencian causales de nulidad que invaliden lo actuado.

**5.2. Problemas jurídicos por resolver.**

La Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

¿Es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la demandante?

**5.3 Desarrollo de la problemática planteada**

**5.3.1. Cobertura del Sistema General de Pensiones – Riesgo de invalidez de origen común**

El Sistema General de Seguridad Social Integral creado por la Ley 100 de 1993, de conformidad con su artículo 1º, tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

En relación con el Sistema General de Pensiones regulado en el libro I de la Ley 100/93, su objetivo es asegurar a la población el cubrimiento de los riesgos o contingencias derivados de la vejez, la invalidez y la muerte de origen común, por medio del reconocimiento de pensiones y prestaciones determinadas por en Ley. Tal cubrimiento de los riesgos por parte de las entidades administradoras se materializa a partir de la afiliación al sistema pensional, de modo que, cuando una persona se afilia, queda incluido en el campo de aplicación de la seguridad social, adquiriendo la condición de afiliado con carácter único, vitalicio, general y exclusivo, pues se efectúa por una única vez y no se pierde o se suspende porque se dejen de efectuar cotizaciones en un determinado interregno de tiempo, pues podrá estar en la categoría de activo o inactivo dependiendo del pago de las cotizaciones.

En ese orden, mientras no ocurra la afiliación al sistema pensional, no se inicia por parte de las administradoras de pensión la cobertura del sistema.

5.3.2 Normativa que regula la pensión de invalidez

Debe recordarse que las leyes en materia laboral son de orden público, y por tanto, rigen a partir de su vigencia, al tener efecto general inmediato, por lo que no tienen consecuencias retroactivas sobre situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.

En asuntos de pensiones de invalidez, por regla general, la norma que regula el derecho a dicha prestación es la vigente al momento de la estructuración de la invalidez del afiliado.

No obstante, en los eventos en que el afiliado no acredita la densidad de cotizaciones bajo la normativa vigente, de manera excepcional se ha admitido que es dable acudir en virtud del principio de la condición más beneficiosa, derivado del artículo 53 de la Constitución Política, a la aplicación ultractiva de una norma, pues dicho principio autoriza grosso modo, a que una norma derogada, regule un caso posterior a su vigencia, cuando se trate de la protección de expectativas legítimas.

De otro lado, en relación con los periodos de cotización válidos para la causación del derecho a la pensión de invalidez, resulta importante precisar que la Sala de Casación Laboral, ha adoctrinado que “*no hay lugar a contabilizar para esos fines, las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la estructuración del estado de invalidez, lo cual se explica, porque lo que se protege es una contingencia, un riesgo incierto, que en este caso es la pérdida de la capacidad laboral por enfermedad no profesional. Si se estructura la invalidez, se convierte en un hecho cierto que deja de ser asegurable” (CSJ SL 25351, 23 may. 2005).*

De modo que, **en principio**, los únicos periodos de cotización válidos para la causación del derecho a la pensión de invalidez, son aquellos pagados con antelación a la fecha de estructuración del estado invalidante, circunstancia entonces que impide que se admitan los efectuados con posterioridad.

Y se dice que en principio, porque el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria ha adoctrinado que los jueces del trabajo y de la seguridad social sí tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las juntas, a fin de resolver las controversias que los interesados formulen al respecto. Por eso, en la sentencia del 19 de octubre de 2006 (radicación 29.622) la Sala de Casación Laboral desatendió la fecha de estructuración ubicada en los 2 años de edad de la calificada (por poliomielitis) al observar el alto tribunal que la afiliada trabajó al servicio de varias empresas como vendedora. Igualmente en la sentencia del 23 de septiembre de 2008 (32.617) se apartó de la fecha de estructuración también ubicada en la época de la infancia, para en su lugar tomar como fecha de invalidez la data de la calificación, porque se trató de una persona sordomuda que por varios años trabajó para una empresa en oficios varios.

Por su parte la Corte Constitucional ha orientado:

“Esta Corte ha precisado que se deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, en tanto que, de lo contrario, se impondría a la persona una condición imposible de cumplir y se estarían desconociendo una serie de principios de orden constitucional tales como ‘(i) el principio de universalidad; (ii) el principio de solidaridad; (iii) el principio de integralidad; (v) el principio de prevalencia de la realidad en materia laboral y de seguridad social (art. 53, CP), así como (v) la buena fe’. Además, con este proceder se estarían vulnerando los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, que son sujetos de especial protección constitucional, pues dicha interpretación es, a todas luces, discriminatoria e implica que las personas con enfermedades congénitas, degenerativas y/o crónicas, según las circunstancias, no accederán a un derecho pensional.” (Sentencia SU-588 de 2016, reiterada en la T-563 de 2017.)

La regla de unificación fijada por la Corte Constitucional es la siguiente:

“Corresponderá verificar: (i) que la solicitud pensional fue presentada por una persona que padece una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, (ii) que con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada por la autoridad médico laboral, la persona cuenta con un número importante de semanas cotizadas; y, (iii) que los aportes fueron realizados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, es decir que, en efecto, la persona desempeñó una labor u oficio y  que la densidad de semanas aportadas permite establecer que el fin de la persona no es defraudar al Sistema.”

Acreditado todo lo anterior, siguió diciendo la Corte, se deberá elegir el momento desde el cual aplica el supuesto establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, tal y como fue modificado por la Ley 860 de 2003.

“Dicho instante podrá corresponder a la fecha en la que (i) se realizó la última cotización; (ii) la de la solicitud pensional; o (iii) la de la calificación, decisión que se fundamentará en criterios razonables, previo análisis de la situación particular y en garantía de los derechos del reclamante. Es decir que, a partir de dicho momento, realizará el conteo hacia atrás de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores, para determinar si la persona tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.”

Entonces, de acuerdo a los pronunciamientos de ambas Cortes, en tratándose de enfermedades degenerativas, congénitas o crónicas es válido tomar como fecha real de invalidez una data distinta a la de estructuración dictaminada, si se demuestra que la persona en estado de invalidez formal cotizó al sistema en virtud de su capacidad laboral residual y no se evidencia ánimo de defraudar al sistema; capacidad residual que es definida en la sentencia de unificación mencionada como “*la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad.”*

Esta posición jurisprudencial entraña y materializa la finalidad de la pensión de invalidez, cual es la de sustituir los ingresos del trabajador que le han sido privados por la enfermedad o el accidente al disminuirle considerablemente la capacidad laboral como fuente de ganancias[[1]](#footnote-1). Dicho en palabras de la Corte Constitucional: “*Esta Corporación ha definido la pensión de invalidez, como una compensación económica tendiente a resguardar las necesidades básicas de aquellas personas cuya capacidad laboral se ve disminuida, como una fuente de ingreso para solventar una vida en condiciones de dignidad”* (sentencias T-223 de 2012 y T-146 de 2013)

**5.4 Caso concreto.**

Conforme al material probatorio adosado al plenario, se encuentra fuera de toda discusión: (i) que la señora Luz Fanny Hoyos Vélez suscribió formulario de afiliación a la AFP Protección S.A. el día 2 de abril de 2008 (fl.52); (ii) que cotizó al sistema pensional un total de 535.71 semanas entre el mes de noviembre de 2007 y el ciclo de agosto de 2018 (fl.143 y ss.); (iii) que tiene una pérdida de capacidad laboral del 73.35% de origen común, estructurada el 8 de marzo de 2006, según dictamen emitido por la Comisión Médico Laboral de Sura del 17 de octubre de 2013 (fl.21 a 24); (iv) que la demandante el 8 de agosto de 2013 presentó solicitud de pensión de invalidez ante la AFP Protección S.A., misma que le fue negada mediante comunicación del 16 de enero de 2014, con el argumento de que para la fecha de estructuración del estado de invalidez, la demandante no se encontraba afiliada ya que la vinculación al sistema fue posterior (fl.14); (v) que producto de un accidente de trabajo acaecido el 17 de febrero de 2006 en los EEUU, en el que la demandante sufrió una lesión y abrasión en el ojo derecho al caerle una sustancia química, le fue reconocido un beneficio económico por valor de US 585 mensuales (fl.126); (vi) que en febrero de 2017 interpuso acción de tutela solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a cargo del fondo de pensiones aquí demandado, siéndole resuelta por el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Pereira, mediante sentencia del 1 de marzo de 2017 a través de la cual declaró su improcedencia (fl.130); y confirmada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad, mediante sentencia del 24 de abril de 2017, (fl.142).

Así las cosas, en consideración a la fecha de estructuración de la invalidez de la demandante -8 de marzo de 2006-, la norma aplicable al caso, por regla general, es el **artículo 1º de la Ley 860 de 2003,** que modificó los artículos 38 y 39 de la Ley 100/93.

Dicha disposición normativa, exige como requisitos para causar el derecho a la pensión de invalidez, que el afiliado hubiera sido calificado con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Conforme al primer requisito, no hay duda de su cumplimiento, pues como se dijo, la actora fue calificada con el 73.35% de pérdida de capacidad laboral, de origen común, estructurada el 8 de marzo de 2006. En cuanto a la segunda exigencia, relacionada con el requisito de la densidad de cotizaciones al sistema pensional, según se advierte de la historia laboral aportada por la entidad demandada, la demandante sólo demostró tener cotizaciones al sistema pensional a partir del mes de noviembre de 2007 (fl.144 y 145), aun cuando se acreditó que la suscripción del formulario de afiliación a la entidad demandada solo se realizó el 2 de abril de 2008, por lo que ha de entenderse que en este asunto operó la afiliación tácita al ente de seguridad social, derivada del comportamiento de este de recibir el pago de los aportes pensionales, pese a la falta de diligenciamiento del formulario, como tantas lo ha explicado el órgano de cierre de esta especialidad laboral, entre otras, en sentencia SL351 de 2020.

Pese a ello, teniendo en cuenta que la demandante no registra en su haber de aportes pensionales ninguna semana de cotización dentro de los tres años que precedieron la estructuración de su invalidez, pues es evidente que inició las cotizaciones al sistema pensional luego de estructurada la invalidez, se colige entonces que no cumple con los requisitos exigidos en la norma aplicable al caso, esto es, la Ley 860 de 2003.

En otras palabras, como en el presente asunto el riesgo tuvo ocurrencia en una fecha anterior a la afiliación al sistema pensional, la prestación pensional no puede estar a cargo de la administradora de pensiones.

Ahora bien, aunque en la demanda se solicita la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, basta precisar que no es factible siquiera plantear el tema, por cuanto la promotora de la litis no demostró tener alguna cotización en vigencia de las normas anteriores ya derogadas, pues como se indicó, su primera cotización al sistema pensional data para el ciclo de noviembre de 2007, es decir, en vigencia de la Ley 860 de 2003.

Luego entonces, inadecuado resulta que alegue en la demanda la consolidación del derecho a la pensión de invalidez, por haber cotizado la demandante más de 300 semanas al sistema pensional, conforme las exigencias de la ley 100 de 1993 o el Acuerdo 049 de 1990, por cuanto como se vio, ninguno de esos aportes los hizo durante la vigencia de dicha normativa.

De otro lado, si se analiza el asunto, por la sala mayoritaria desde otra perspectiva, en consideración a que en el libelo introductor del proceso se dejó consignado de manera somera en el acápite de los fundamentos jurídicos, la tesis atinente a la pensión de invalidez en tratándose de personas que padecen **enfermedades crónicas, degenerativas y congénitas**, teniendo en cuenta el precedente judicial indicado en líneas anteriores de esta decisión se observa conforme a los medios de convicción allegados al proceso lo siguiente:

Según se dejó consignado en el informe de la Comisión Laboral de Suramericana, la demandante siempre laboró en los Estados Unidos durante 27 años; de hecho su afiliación al SGP en Colombia se efectúa a la edad de 49 años (ver folio 52). Así mismo, según documento denominado registro de antecedente laboral, de fls 61 y ss, la demandante laboró en la empresa Pall Inc Corporation durante 2 años y medio, desempeñando el oficio de chequeadora de filtros de aviones y maquinaria industrial, y que el 17 de febrero de 2006 sufrió un accidente de trabajo al caerle una gota de etanol en el ojo derecho que le causó quemaduras en la córnea, motivo por el que recibió varios tratamientos en la Universidad de los Ojos en la ciudad de Miami, entre ellos, trasplante de células madre y curetaje de córnea, todos sin resultados satisfactorios (fl. 61 y ss).

De otro lado, según el resumen de la historia clínica que se aporta en dicho informe, el cual encuentra respaldo en las distintas valoraciones médicas con especialistas extranjeros, las cuales fueron debidamente traducidas al idioma español, se colige también que la demandante ha padecido desde su infancia “ambliopía con exotropía” en su ojo izquierdo, derivada según lo refirió la propia demandante en la consulta, de una toxoplasmosis (fl.57).

Así mismo, conforme a la valoración médica con el especialista en oftalmología, Dr. Michael J Collins el **8/03/2006**, este refiere que en razón a que la visión de la paciente es de 20/400 en el ojo derecho y, que el ojo izquierdo es ambliopico y solo puede contar dedos por este, la paciente está legalmente ciega y por tal motivo no puede volver a trabajar (ver fls. 57 y 100 a 103).

En valoración del 7/09/2007 con el especialista oftalmológico del Instituto Ocular Bascom Palmer de la Universidad de Miami, el Dr. Victor L Pérez, refirió que la demandante ha estado bajo su cuidado debido a la herida química en su ojo derecho y visión pobre en el ojo izquierdo, llevándola a ceguera legal desde el 22/12/2006. Así mismo, dicho especialista en valoración del **24/11/2011 indica que la demandante ha revelado que actualmente no está trabajando** (fl. 58 y 104 a 107).

Según valoración del **11/07/2012** con el Dr. Mauricio Antonio Guevara, de Medicina Laboral, **la demandante llega al país hace un mes** a radicarse y acude en razón a que está adelantando trámites de pensión ante la entidad demandada. (fl.58). En valoración del 18/08/2012 se indica que el ojo izquierdo no tiene posibilidad de recuperación visual dado que presenta una lesión retinal -ceguera- y que en el ojo derecho presenta lesión corneal severa, motivo por el cual el 30/08/2012 se emite concepto de rehabilitación integral desfavorable, y se indica que los tratamientos han concluido de manera definitiva (fl. 62).

Por ende, el 07/10/2013 se cita a valoración funcional para calificar de manera integral la PCL de la actora, concluyéndose entonces que la patología ocular del ojo izquierdo es de origen común, desde la infancia, y la del ojo derecho es de origen profesional.

Acorde con lo anterior, no encuentra la Sala procedente la modificación de la fecha de estructuración de la invalidez de la actora, para efectos de tomar en cuenta el ultimo aporte realizado al sistema pensional en aras de verificar el cumplimiento de las semanas exigidas en la norma, si se tiene en cuenta que:

1. la ambliopía con exotropia que la demandante padece desde su infancia en su ojo izquierdo - la cual consiste según referencia tomada de la página web de Fundación MayoClinic[[2]](#footnote-2), en la reducción de la visión en un ojo causada por el desarrollo anormal durante los primeros años de vida, desde el nacimiento y hasta los 7 años de edad - si bien puede ser considerada como una patología de tipo crónico y congénito; lo cierto es que ello no le impidió a la demandante ejercer durante toda su vida, inclusive en edad adulta, una actividad laboral productiva en los Estados Unidos durante 27 años, según se dejó consignado en el acápite de historia laboral dentro del informe de la Comisión Laboral de Suramericana, visible a folio 61;
2. sólo hasta la fecha de la ocurrencia del accidente de trabajo que afectó el ojo derecho de la demandante, fue que se presentó de manera irreversible una alteración y pérdida de agudeza visual binocular, de modo que, la patología de origen profesional fue la que finalmente la llevó a la invalidez superior al 50%.
3. La historia clínica que con el especialista en oftalmología, Dr. Michael J Collins tuvo la demandante en el Estado de Florida, EEUU el **8/03/2006**, refiere textualmente que en razón a que la visión de la paciente es de 20/400 en el ojo derecho y, que el ojo izquierdo es ambliopico y solo puede contar dedos por este, **la paciente está legalmente ciega y por tal motivo no puede volver a trabajar** (ver fls.57 y 100 a 103). Luego entonces, le correspondía a la demandante acreditar que la afiliación que posteriormente efectúa al SGSSI en Colombia, así como las cotizaciones que al sistema efectuó correspondían en realidad a la capacidad residual que tenía para laborar.
4. Para el efecto se analiza la prueba de fl 52; formulario de afiliación a la AFP Protección S.A. diligenciado el 1 de abril de 2008, se dejó consignado que la demandante labora en la sociedad Cornabis TIA, ubicada en la Cra. 7 bis 18-31 de Pereira, Risaralda, **desde el 1 de octubre de 2007**, “en oficios varios”
5. No obstante, pese a que en el formulario se señala la actividad de “oficios varios”, lo cierto es que el expediente se encuentra huérfano de prueba alguna que demuestre que en favor del presunto empleador hubo una actividad personal ejecutada con capacidad laboral residual de la persona inválida, es decir, no hay evidencia de las ocupaciones reseñadas en la documental a la que se hace alusión, tampoco cuenta el expediente con prueba testimonial o de otra naturaleza que forme el convencimiento sobre el trabajo de la demandante .
6. Adicionalmente del análisis del ya citado formulario de vinculación al SGP, se extrae, o mejor, en el mismo consta, que su afiliación al sistema se hizo como “asociada” esto es, se trata de una afiliación voluntaria (es decir, no como cotizante independiente, ni como dependiente.) Para un mejor entendimiento de esa afiliación conviene recordar que, de acuerdo al artículo 15 de la Ley 100 de 1993 son afiliados voluntarios las personas que “no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por la presente ley”; afiliados obligatorios que según el mismo artículo son las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, y los trabajadores independientes.
7. De otro lado, consultada la página web de quien en el formulario de afiliación a la AFP se dijo era el empleador (fl 52), esto es de la sociedad Cornabis TIA [[3]](#footnote-3), se advierte que esta es “*una asociación de carácter privado, sin ánimo de lucro, la cual nace de las necesidades de apoyo para vincular* ***de manera colectiva*** *al Sistema de Seguridad Social en Colombia, a personas naturales que prestan sus servicios de manera personal* ***bajo su cuenta y riesgo*** *y Colombianos Residentes en el Exterior* ***que deseen hacer sus aportes de manera voluntaria***”; de lo anterior se infiere que las personas que se afilian al sistema de seguridad social a través de dicha organización lo hacen “bajo su propia cuenta y riesgo” es decir como trabajadores independientes. También se desprende del objeto social que dicha entidad está encaminado a la asociación colectiva de personas en el exterior que desean efectuar cotizaciones voluntarias al SGP en Colombia.
8. Así mismo, revisada la historia laboral de fls 144 y siguientes se observa que entre noviembre de 2007 y septiembre de 2008 se hicieron cotizaciones a través de dicha entidad, pero a partir de octubre de 2008 y hasta agosto del año 2018 las cotizaciones se hicieron en calidad de cotizante independiente.

 De lo anterior refulge nítido que las cotizaciones que aparecen registradas en la historia laboral de la demandante, desde el mes de noviembre de 2007 y hasta el ciclo de agosto de 2018, no fueron producto de su capacidad laboral residual. La anterior afirmación se refuerza además en un hecho contundente plasmado en la historia clínica del **11/07/2012** donde la actora acude a consulta de Medicina Laboral con el Dr. Mauricio Antonio Guevara, en la que textualmente se dice: “**la demandante llega al país hace un mes a radicarse**” y acude en razón a que está adelantando trámites de pensión ante la entidad demandada. (fl.58).Según lo que consta en dicha nota médica la actora solo vuelve a Colombia en el año 2012, por lo que no se entiende cómo pudo prestar su servicios en oficios varios desde el año 2007, si hasta el año 2012 residió fuera de Colombia, afirmación que además descansa en la senda historia clínica arrimada a las diligencias en la que se observan un sin número de atenciones médicas dispensadas a la demandante entre el año 2006 y 2012 en los Estados Unidos de América. (fls 57 a 59 y 100 a 107).

Para la Sala, siguiendo el precedente vinculante citado, es necesario que se demuestre que hubo una actividad personal ejecutada con capacidad laboral residual de la persona inválida, hecho que no se constata en el caso de marras en la medida en que los aportes aparecen sufragados en la historia laboral por la misma persona vinculada al sistema como afiliado voluntario, y no hay evidencia de las ocupaciones reseñadas en las documentales.

Esa necesidad probatoria que se reclama es la que permite al juzgador concluir si en la realidad cesaron los ingresos que el afiliado inválido obtuvo con una capacidad laboral residual y, por ende, deba reconocérsele la prestación que haya sido construida con el fruto de su trabajo.

En conclusión, la demanda no prospera porque no está probado que la actora haya cotizado al sistema de pensiones con una capacidad laboral residual. Simplemente se demostró que se afilió como cotizante voluntaria y que pagó sus aportes, mas no que tales cotizaciones hayan sido fruto de su trabajo, acreditación que es necesaria según la jurisprudencia ordinaria y constitucional que se ha citado.

Finalmente, la Sala no puede dejar pasar por alto el desatinado argumento adicional utilizado por el a quo para negar las pretensiones de la demanda, según el cual la demandante estaba imposibilitada para recibir otra prestación derivada de patologías de origen común y laboral, en razón a que había recibido una pensión de invalidez de origen profesional en los Estados Unidos, esa afirmación a todas luces se proyecta desafortunada, si se tiene en cuenta que ninguna norma del SGSSI se opone a la compatibilidad entre la prestación de origen profesional reconocida en el exterior y la que otorga el Sistema de Seguridad Social en nuestro país, de origen común, ante el eventual cumplimiento de los requisitos exigidos para ese efecto.

Por lo expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado, al no existir derecho alguno para el reconocimiento de la prestación reclamada.

Sin costas en esta instancia, por haberse conocido en grado de consulta.

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

**RESUELVE**

1. **CONFIRMAR, pero por las razones aquí expuestas** la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 4 de diciembre de 2018.
2. Sin costas en esta instancia.

 **NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

 Magistrada Magistrada

1. LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo. Seguridad social – Teoría crítica. Tomo II. Sello Editorial Universidad de Medellín, 1ª edición 2011. Pág. 277 – 278. [↑](#footnote-ref-1)
2. <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/lazy-eye/symptoms-causes/syc-20352391> [↑](#footnote-ref-2)
3. <https://www.cornabis.com/es/cornabis-PG20> [↑](#footnote-ref-3)