Providencia: Salvamento de voto

Radicación Nro.: 66001-31-05-002-2018-00557-01

Proceso: Ordinario

Demandante: Alba Lucía Bedoya Arcila

Demandado: Colpensiones

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, tres [3] de noviembre de dos mil veintiuno [2021].

**SALVAMENTO DE VOTO**

Respetuosamente me separo de la decisión mayoritaria por las siguientes razones:

1. **IMPOSIBILIDAD DE NUEVA AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES LUEGO DE RECIBIR INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE VEJEZ.**

En la sentencia radicada bajo el Nº 30.123 de 20 de noviembre de 2007, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral sostiene que a pesar del artículo 2º del acuerdo 049 de 1990, luego de recibir la indemnización sustitutiva de vejez, es posible mantener la afiliación y cotizar para tratar de obtener pensión por riesgo diferente a aquel que dio origen a la indemnización sustitutiva.

Disiento de tal interpretación por cuanto no se puede olvidar que las pensiones de invalidez y sobrevivientes en el régimen de prima media se financian con los dineros cotizados para pensión de vejez durante la afiliación, por lo que al conceder la indemnización sustitutiva por este riesgo se deja la posible pensión de invalidez huérfana del capital necesario para otorgarla, pues de conformidad con lo previsto en el artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, en el cual se fija la fórmula con base en la cual se liquida la referenciada indemnización, se determina que para ello se tendrá en cuenta cada uno de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para los riesgos de vejez, invalidez y muerte por riesgo común, es decir, al cancelar la indemnización, no se deja en manos de la administradora el porcentaje correspondiente a la cotización por los riegos de invalidez y muerte que podrían financiar eventualmente en el futuro esas prestaciones económicas.

Es que ningún sistema de seguridad social soportaría económicamente que la población que ya ha arribado a edades superiores a las necesarias para pensionarse por vejez pudiera proceder a su vinculación al sistema para beneficiarse de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, por cuanto obvio resulta que a dichas edades, generalmente la pérdida de la capacidad laboral fácilmente superará el 50% y en cuanto al riesgo de muerte la probabilidad de su ocurrencia es significativamente alto. De allí que aceptar esta posibilidad, implica ni más ni menos que generalizar la obtención de pensiones de invalidez y muerte con la escasa cotización de 50 semanas, atentándose así de manera grave contra el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema.

No se trata entonces de vulnerar los postulados de justicia y solidaridad sino por el contrario de sujetarse a ellos respetando el esfuerzo de quienes cotizan por largos años para poder acceder a las prestaciones del sistema, pero que por el reconocimiento indiscriminado de prestaciones sin sustento presupuestal verán como en el futuro les aumentan los requisitos para obtener las mismas.

Valdría tener en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia C-674 de 2001 al estudiar la exequibilidad del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, analizó la incompatibilidad entre la pensión de vejez y la de invalidez establecida en el literal j) del artículo 13 ibídem, enseñando que la razón de ello radica en que esas prestaciones protegen un riesgo común, esto es, el de la merma en la capacidad para continuar trabajando, bien por los efectos ineludibles de la vejez o por una disminución laboral debido a una enfermedad o accidente; lo cual explicó en los siguientes términos:

*“El anterior análisis permite concluir que los imperativos de eficiencia que gobiernan la seguridad social y el carácter unitario de este sistema, hacen razonable que el Legislador evite que, en principio, una misma persona goce de dos prestaciones que cumplan idéntica función, pues no sólo eso podría llegar a ser inequitativo sino que, además, implicaría una gestión ineficiente de recursos que por definición son limitados. Esta situación explica que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al definir las características generales del sistema de pensiones, haya precisado, en el literal j), que "ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez". La razón es elemental: estas dos pensiones pretenden proteger a la persona frente a un riesgo común, ya que buscan ampararla en aquellas situaciones en que ella ya no tiene la misma capacidad para seguir trabajando, ya sea por los efectos inevitables de la vejez, o bien por una enfermedad o un accidente que hayan mermado sus facultades laborales. Por ello, en innumerables sentencias, la Corte Suprema de Justicia ha concluido, con criterios que esta Corte Constitucional prohíja, que "tanto la pensión de vejez, como la de invalidez, tienen la misma naturaleza y persiguen la misma finalidad.”*

En efecto, en sentencia de 2 de febrero de 2000 con radicación Nº 12961 y ponencia del Magistrado Germán Valdés Sánchez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al tratar el tema de la incompatibilidad pensional, sostuvo:

*“… no es posible disfrutar simultáneamente dos pensiones por un mismo beneficiario, ello ha sido exclusivamente en aquellos casos en que así lo disponen expresamente las normas aplicables o éstas cubren un mismo riesgo o atienden al mismo seguro, como el de invalidez de origen común -que en determinadas circunstancias deviene en pensión de vejez- y la pensión de jubilación, o la plena de jubilación patronal y la de vejez que reconoce el ISS. Nótese que estas pensiones tienen la misma naturaleza y amparan, se repite el mismo riesgo, a diferencia de aquellas que ahora ocupan la atención de la Sala y cuya coexistencia no está prohibida.”.*

Así las cosas, no habiendo discusión en que las pensiones de invalidez y vejez cubren el mismo riesgo, necesario resulta concluir, como lo venía sosteniendo esta Sala de Decisión, que cuando se llega a la edad mínima para acceder a la pensión se consuma el riesgo que cubre el sistema general de pensiones, y si bien se puede seguir cotizando a efectos de reunir el número de semanas necesarias para pensionarse por vejez, la prestación por invalidez, según lo dispuesto en el artículo 9º del Acuerdo 049 de 1990, se contrae a partir de ese momento ya solo a la posibilidad de obtener la indemnización sustitutiva de invalidez, como adelante se verá.

Es que, según el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones, si al momento de llegar a las edades mínimas establecidas en el numeral 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no cumplen con la densidad de semanas exigidas en la Ley, pueden continuar cotizando al sistema o manifestar voluntariamente su imposibilidad de seguir haciéndolo en orden a reclamar la indemnización sustitutiva de vejez.

De otro lado, cuando se cumplen los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tal y como lo tiene sentado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, el afiliado debe desafiliarse del sistema con el objeto de poder empezar a disfrutar de la prestación.

Así mismo, resulta obvio que cuando el afiliado no cumple los requisitos para acceder al derecho y solicita el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, lo que hace es desafiliarse del sistema general de pensiones, sin que exista posibilidad legal de volverse a vincular al mismo dada la prohibición prevista en el artículo 24 del acuerdo 049 de 1990 que expresa y contundentemente dispone:

*“Los pensionados por el Seguro de Invalidez, Vejez y* ***Muerte o quienes hubieren recibido las indemnizaciones sustitutivas****, no podrán reafiliarse para este Seguro, salvo, para el caso de invalidez, que ésta hubiere desaparecido”*.

Así las cosas, cuando el afiliado opta por recibir la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, automáticamente se desafilia del sistema general de pensiones, quedándole **prohibido** al él y a la correspondiente administradora su reafiliación, por lo que las cotizaciones posteriores que se realicen y reciban respectivamente, carecerán de cualquier efecto, toda vez que el riesgo que cubre el sistema se entiende ya estructurado y por ende vano resulta pretender su aseguramiento posterior.

**Nótese que el artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, no permite que los trabajadores dependientes que tengan 60 o más años de edad y los independientes que siendo mujer tengan 50, o los hombres que tengan 55 o más años de edad, se afilien a los riegos de invalidez, vejez y muerte; norma que con mayor razón aplica a las personas que se desafilien del sistema general de pensiones cuando reciben la indemnización sustitutiva de la pensión, pues obviamente para ese momento, no solo han dado cuenta de la causación del riesgo que el sistema cubre –pérdida de la capacidad laboral- sino que, voluntariamente han optado por retirar los aportes que soportaban las prestaciones ofrecidas por el mismo.**

En ese aspecto, la Corte Constitucional en sentencia C-375 de 27 de abril de 2004 con ponencia del Magistrado Eduardo Montenegro Lynett, al abordar el tema concerniente al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión, sostuvo:

*“Considera la Corte que la norma acusada no implica vulneración alguna del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Cuando el legislador estableció que los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva no instituyó mandato alguno que vincular a tales aportantes. Por el contrario, incorporó una permisión libre en cabeza de los mencionados cotizantes, en el sentido de autorizarlos a optar por recibir la señalada restitución dineraria, o no hacerlo, y continuar cotizando al sistema hasta tanto alcancen el monto requerido de cotizaciones para acceder al beneficio pensional. En ese sentido, la norma incorpora una posibilidad no obligatoria para los afiliados (recibir la indemnización o devolución de aportes) y así mismo, la no prohibición de continuar cotizando al sistema hasta acreditar el requisito pensional faltante.”*

**Lo expuesto permite concluir, que es decisión del afiliado solicitar y recibir la indemnización sustitutiva de la pensión o continuar cotizando al sistema, pero cuando opte por lo primero, esto es, recibir esa prestación económica, automáticamente se desafilia del sistema general de pensiones, quedándole prohibido al él y a la correspondiente administradora reafiliarlo, por lo que las cotizaciones posteriores que se realicen y reciban respectivamente, carecerán de cualquier efecto, toda vez que el riesgo que cubre el sistema se entiende ya estructurado y por ende vano resulta pretender su aseguramiento posterior**.

1. **PRESTACIÓN PREVISTA EN LA LEY PARA LOS CASOS DE INVALIDEZ CONFIGURADA CON POSTERIORIDAD AL CUMPLIMIENTO DE LA EDAD MÍNIMA PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE VEJEZ.**

Establece el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 que el régimen de prima media con prestación definida es aquél mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización previamente definidas, siendo aplicable a este régimen *“… las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”;* **de donde se colige sin dificultad que las disposiciones base del sistema son las previstas en la reglamentación previamente vigente para el ISS, mismas que deben estudiarse con las precisiones que sobre ellas haya previsto la ley 100 de 1993**. Pero si, sobre un punto específico -como es la prestación que el sistema ofrece en caso de invalidez estructurada con posterioridad al cumplimiento de las edades mínimas para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez- la última legislación citada guarda silencio, necesariamente serán las previsiones del acuerdo 049 de 1990 las que deben aplicarse.

Y al respecto prevé el artículo 9º del Acuerdo 049 de 1990 que: *“El asegurado que al momento de invalidarse no tuviere el número de semanas exigidas en el literal b) del artículo 6o. del presente Acuerdo, tendrá derecho en sustitución de la pensión de invalidez, a una indemnización equivalente a una mensualidad de la pensión que le habría correspondido, por cada veinticinco (25) semanas de cotización acreditadas. Igual indemnización se otorgará al asegurado que sin tener derecho a la pensión de vejez, se invalide después de alcanzar las edades que se señalan en este Reglamento para adquirir el derecho a esta pensión”.*

En ese contexto, siendo el artículo 9º del Acuerdo 049 de 1990 la disposición que regula de manera especial y especifica la situación de una persona que se invalida después de haber cumplido la edad mínima para pensionarse por vejez, y toda vez que la Ley 100 de 1993 no adicionó, ni modificó dicha disposición, ni tampoco creó una excepción sobre el tema, es esta la norma que debe utilizarse para resolver esta clase de situaciones.

Bajo tales parámetros, esta Sala de Decisión desde sentencia de 13 de abril de 2007, reiterada en providencia de 10 de diciembre de 2015 dentro del proceso promovido por el señor Luis Eduardo Henao en contra de Colpensiones con radicación Nº 66001-31-05-004-2014-00181-01 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, pues como atrás quedó visto, la consecuencia jurídica prevista en la legislación en estos casos, no consiste en la concesión de una pensión sino en el otorgamiento de una indemnización sustitutiva.

**EL CASO CONCRETO**

Sea lo primero hacer notar que.

Para resolver el problema jurídico que se plantea se deben tener en cuenta los siguientes aspectos: i) La demandante para la fecha de estructuración de su invalidez ocurrida el 30 de junio de 2016, ya había cumplido la edad para obtener la pensión de vejez al punto que recibió la indemnización sustitutiva otorgada por la resolución 102707 de 2013.

Bajo tal realidad, dos razones, cada una de ellas con peso suficiente por sí solas, impedían acceder a las pretensiones de la actora, como pasa a verse.

La primera consiste en que, al acceder a la indemnización sustitutiva de vejez la señora Alba Lucía Bedoya Arcila se desafilió del sistema general de pensiones a partir del año 2013, por lo que, aplicando el artículo 24 del Acuerdo 049 de 1990 en concordancia con lo dispuesto en la sentencia C-375 de 27 de abril de 2004, a partir de ese momento por imperativo legal y jurisprudencial, le quedaba vedada la posibilidad de reafiliarse al régimen de prima media con prestación definida realizando él y recibiendo la administradora nuevas cotizaciones, siendo del caso anotar, que para reclamar la indemnización sustitutiva, necesario era partir de la base de que el riesgo cubierto por el sistema –relativo a la pérdida de la capacidad laboral- ya estaba consumado, por lo que lógicamente resultaba imposible asegurarlo nuevamente, si en cuenta se tiene que se aseguran las eventualidades y no los hechos cumplidos.

La segunda razón, suficiente por sí misma para no acceder a las pretensiones, tiene origen en el hecho de que para 30 de junio de 2016, fecha en que se estructuró la merma de la capacidad del 50.36% de la demandante, ella había sobrepasado la edad mínima para acceder a la pensión de vejez, para ese momento expirando el cubrimiento del riesgo de invalidez producto de una enfermedad o accidente de origen común, pues la prestación prevista legalmente en tales condiciones es la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez establecida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en los términos que se encuentra concebida en el artículo 9º del Acuerdo 049 de 1990.

Debo resaltar que resulta un verdadero atentado contra la sostenibilidad financiera del sistema conceder pensiones de invalidez bajo estos supuestos, pues para ello, en lo sucesivo, prácticamente a toda persona que supere la edad mínima para acceder a la prestación de vejez le bastará cotizar 50 semanas y hacerse valorar por una Junta de Calificación, quien dada su avanzada edad, muy seguramente dictaminará una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, generándose así una prestación que defrauda el sistema.

Queda así salvado mi voto.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado