El siguiente es el documento presentado por la Magistrada 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 Secretaría de esta Sala.

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**:66001-31-05-001-2015-00068-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: José Hernán Martínez Villegas

**Demandado:** Colpensiones, Compañía de Seguros Bolívar SA ARL y Diego Tamayo Ospina

**Juzgado de origen**: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

**Tema: PENSIÓN DE INVALIDEZ / LUEGO DE ADQUIRIDA LA EDAD PARA OTORGARSE LA PRESTACIÓN POR VEJEZ / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA / LEY 100 DE 1993 / TEMPORALIDAD – REVOCA – ABSUELVE -** En ese orden de ideas, al aplicar al caso bajo estudio el precedente marcado por la Corte Suprema de Justicia, en caso de pensión de sobrevivientes donde cita como sustento la sentencia 30123 del 2007, considerada la sentencia hito, que se ocupó de un evento de pensión invalidez debemos arribar a la conclusión de que, en caso de cumplirse los requisitos de ley, no será obstáculo para el reconocimiento de la pensión reclamada por el demandante el hecho de que la estructuración de la invalidez haya sido posterior al cumplimiento del requisito de edad para alcanzar la pensión de vejez, en primer lugar, porque éste podía continuar efectuando aportes voluntarios al tenor de lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003 , y en segundo lugar, porque que en todo caso según lo explica la Corte Suprema de Justicia, la pensión de vejez o su indemnización sustitutiva y la Invalidez, cubren contingencias distintas y por lo tanto, es inclusive posible que quien ha recibido indemnización sustitutiva continúe cotizando al sistema de pensiones para cubrir el riesgo de invalidez, al no quedar excluido al tenor del literal d) del artículo 2 y el artículo 49 del Acuerdo 049 de 1990.

Analizado lo anterior, corresponde estudiar la procedencia de la prestación reclamada, conforme la Ley 100 de 1993 original, en razón al principio de la condición más beneficiosa, por ser la norma que antecede a la vigente, al momento de estructurarse la invalidez, lo que es posible a la luz de lo que tiene adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora, el mismo órgano de cierre de esta especialidad más recientemente precisó que la aplicación del citado principio no era ilimitada, sino temporal, pues su finalidad es la de proteger a aquellas personas que tenían una situación jurídica concreta al momento de presentarse el cambio legislativo, entendida esta como la acumulación de las semanas necesarias para acceder a la prestación; por lo que se les permite que en vigencia de la nueva normativa acrediten los requisitos de la anterior, pero siempre y cuando la contingencia –invalidez-, se presente dentro de los 3 años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003 -26/12/2003 y el 26/12/2006-.

(…)

Por consiguiente, además de los argumentos señalados inicialmente, como en el caso concreto, el señor José Hernán Martínez Villegas se invalidó el 14/02/2013, es decir, por fuera de los tres años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, no puede ser destinatario de la Ley 100/93 en su versión original, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, debido a la temporalidad que del mismo se predica en la jurisprudencia antes descrita, la cual comparte esta Sala, con los matices que se dejarán planteados en el salvamento de voto.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPULVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los trece (13) días del mes de febrero de dos mil dieciocho (2018), siendo las once y quince de la mañana (11:15 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y el Ministerio Público respecto de la sentencia proferida el 07 de Diciembre de 2016 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **José Hernán Martínez Villegas** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-**, **Compañía de Seguros Bolívar SA ARL y Diego Tamayo Ospina**,radicado bajo el N° 66001-31-05-005-2015-00068-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderada:

Administradora Colombiana de Pensiones y su apoderada:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos atendiendo lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007.

**ANTECEDENTES**

* 1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

El señor José Hernán Martínez Villegas solicita que Colpensiones le reconozca la pensión de invalidez con sujeción a la Ley 793 de 2003, por contar con 50 semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración, esto es, 14 -02- 2013; junto con los intereses moratorios; para lo cual debe incluir en su historia laboral, las cotizaciones correspondientes a 364 días de incapacidad otorgadas, y las cuales se encuentran a cargo de la Compañía de Seguros Bolívar S.A, por ser la responsable de estos aportes ante la omisión de iniciar el cobro coactivo por los periodos generados del 21-11-2011 hasta el 11-12-2012.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 01-01-1953 y para la fecha de presentación de la demanda contaba con 62 años de edad; (ii) el 21-11-2011 sufrió un accidente de trabajo; (iii) el 27-12-2012-sic- fue intervenido quirúrgicamente por un diagnóstico denominado “trauma de rodilla izquierda y compromiso de ligamentos”, ocasionado por el accidente de trabajo que sufrió, razón por la que la ARP SEGUROS BOLÍVAR continuó a cargo del tratamiento médico requerido; (iv) presentó incapacidades desde el 21-11-2011 hasta el 12-12-2012, las cuales estuvieron a cargo de la ARP mencionada; (v) el 03-10-2012 al señor José Hernán Martínez Villegas se le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 20.10%.

Continúa su relato y menciona que: (vi) desde hace diez (10) años padece de una enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC), la cual lo limita para efectuar sus labores diarias; (viii) fue calificado por Colpensiones y se dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 61.21%-sic-, y fecha de estructuración el 14-04-2014; (ix) el 05-06-2014 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez, quien se la negó mediante resolución No. GNR 347341 DEL 03-10-2014 por no contar con las 26 semanas requeridas para el efecto.

(x) Cotizó 693 semanas entre el 22-02-1977 y el 30-04-2014, reportando inconsistencia desde el 01-11-2011; periodo en el que se encontraba incapacitado por ocasión del accidente de trabajo que sufrió, y el cual fue cubierto y atendido por la ARL SEGUROS BOLÍVAR, quien se encontraba obligado a efectuar las cotizaciones de acuerdo con lo previsto en la Ley 778 del 17-12-2002.

(xii) El 4-11-2014 solicitó a la ARL SEGUROS BOLÍVAR información correspondiente a los aportes en pensión y salud, así como todo lo atinente al pago de incapacidades, que fue resuelta el 9-12-2004 mediante oficio DBRP-25687-2014.

La **Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-,** se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como razones de defensa afirmó que el demandante no reúne los presupuestos legales existentes para otorgársele la prestación reclamada. Propuso como excepciones de mérito las que denominó “Inexistencia de la obligación demandada”, “Improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios”, “Cobro de lo no debido”, “Prescripción”, “Buena fe” y la “Genérica”.

Por su parte La **Compañía de Seguros Bolívar SA ARL -,** se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como razones de defensa manifestó que cumplió la totalidad de obligaciones que le asistían frente al señor Martínez Villegas, tanto económicas como de atención, razón por cual emitió las ordenes pertinentes para la atención médica requeridas y canceló tanto a favor tanto del empleador como del trabajador (incapacidades e indemnización). Propuso como excepciones de mérito las que denominó “cumplimiento de las obligaciones legales por parte de la compañía de Seguros Bolívar S.A ARL”, “Buena fe”, “Compensación”, “Límite de responsabilidad”, “Cobro de lo no debido”, “Inexistencia de la obligación”, “Prescripción” y la “Ecuménica”.

Finalmente, el señor **Diego Tamayo Ospina**, vinculado de oficio, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como razones de defensa manifestó que cumplió a cabalidad sus obligaciones laborales con el demandante, quien prestó sus servicios desde el 2-11-2011 hasta el 21-11-2011, fecha en la que se dio por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo con ocasión a la suspensión de la obra, y por ende obedeció la desvinculación al sistema de seguridad social.

Indicó que una vez culminó el contrato de trabajo le prestó dinero al actor para sufragar las incapacidades otorgadas, comprometiéndose éste a reembolsar los dineros, por esa razón recibió de la ARL el pago de algunas incapacidades. Propuso como excepciones de mérito las que denominó “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de contrato de trabajo”, “Prescripción” y “Cobro de lo no debido”.

* 1. **Síntesis de la sentencia.**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, declaró probadas las excepciones propuestas por los demandados ARL SEGUROS BOLÍVAR SA y DIEGO TAMAYO SERNA, en consecuencia, los absolvió de las pretensiones de la demanda.

Declaró no probadas las excepciones formuladas por COLPENSIONES, en consecuencia, la condenó al pago de la pensión de invalidez a partir del 14-02-2013, en cuantía de 1 SMLMV, que le generó un retroactivo desde esta fecha hasta el 30-11-2016 de $31.354.990, más los intereses moratorios y las costas del proceso; todo ello en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, al reunir las semanas exigidas por la Ley 100 de 1993 original, pues las de la Ley 797 de 2003 no las acumuló, al estimar que la ARL Seguros Bolívar no tenía más alternativa que cancelar directamente al señor Martínez Villegas las incapacidades otorgadas, sin efectuar descuentos con destino a los Sistemas Generales de Pensiones y en Salud, ya que no tenía la calidad de trabajador ni de afiliado a la ARL.

* 1. **Síntesis del recurso de apelación**

Inconforme con esa decisión, la apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación y argumentó que si bien se reconoció la pensión de invalidez al señor Martínez Villegas, no coincide con la a quo en el sentido de exonerar a ARL Seguros Bolívar del pago de los aportes, toda vez que el demandante sufrió el accidente de trabajo en vigencia del contrato de trabajo y por este hecho finalizó, por tal motivo no puede exonerarse al empleador ni la ARL.

Por su parte el Ministerio Público interpuso recurso de apelación frente a la imposición de intereses de mora, dado que en su sentir la decisión de Colpensiones de negar la prestación reclamada se sustentó en normas válidas y legalmente aplicables; igualmente, mencionó que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que no resulta procedente imponerlos cuando el reconocimiento obedece al cambio del régimen aplicable, en virtud a la condición más beneficiosa, tal como se hizo dentro del presente asunto.

* 1. **Grado jurisdiccional de consulta**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 69 del C.P.L. se ordenó el grado jurisdiccional de consulta respecto de la anterior decisión, al haber resultado la misma adversa a los intereses de Colpensiones.

**CONSIDERACIONES**

**1 Del problema jurídico**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes cuestionamientos:

1.1. ¿Son responsables la ARL SEGUROS BOLÍVAR SA y el señor DIEGO TAMAYO SERNA por los aportes en Pensiones y en Salud que se dejaron de hacer al señor José Hernán Martínez Villegas, durante el periodo comprendido entre 11-2011 al 12-2012?

1.2. ¿Al señor José Hernán Martínez Villegas le asiste el derecho a que se le reconozca la pensión que reclama en los términos de la Ley 860de 2003, cuando ocurre el estado invalidante luego de adquirir la edad mínima para pensionarse por vejez?

1.1. ¿Resulta procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez conforme la Ley 100 de 1993, en aplicación de la condición más beneficiosa cuando la invalidez se estructuró en vigencia de la Ley 860 de 2003?

1.3. De ser positiva la respuesta anterior ¿Se causaron a favor del demandante los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?

**2. Solución a los problemas jurídicos planteados**

Está probado y fuera de discusión que el señor José Hernán Martínez Villegas (i) nació el 1-01-1953, tal como se desprende de la cédula de ciudadanía –fl. 18; (ii) que sufrió el 21-11-2011 un accidente de trabajo, estando al servicio del señor del señor Diego Tamayo, reportado a la ARL SEGUROS BOLÍVAR, según lo aceptaron éstos en sus contestaciones -fls. 92 y ss, 202 y ss-; (iii) al igual que las 14 incapacidades que pagó la última, por dos (2) días en el mes de noviembre de 2011, y las otras entre el periodo 12- 2011 a 12-2012; (iv) se le dictaminó, por la Administradora Colombiana de Pensiones el 14-04-2014, una pérdida de la capacidad laboral del 63.21%, de origen común, y con fecha de estructuración del 14-02-2013- fl. 64-.

Previamente debe decirse que por no ser tema de la demanda, ni discutido en primera instancia, la terminación del contrato del actor con ocasión del accidente de trabajo, la Sala no hará manifestación alguna.

**2.1. Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y Salud, al presentarse incapacidad temporal el trabajador**

**2.1.1. Fundamento jurídico.**

La ley 776 de 2002 regula lo atinente al Sistema General de Riesgos Profesionales y precisa para el caso de los accidentes de trabajo, será la ARL a la cual se encuentre afiliado el trabajador al mo*mento de su ocurrencia, la que debe atender las prestaciones asistenciales y económicas “…* ***tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora.* (art. 1 parágrafo 2)**

Por su parte en el canon 3 dispone que durante esas contingencias las entidades administradoras de riesgos profesionales serán las responsables de hacer los aportes a la seguridad social; quien para el efecto deberá descontar las cotizaciones a los Sistemas Generales de Pensiones y de Salud, previo a cancelarse las incapacidades.

Para ello, les otorgó la posibilidad de hacerlo directamente o a través del empleador; en el primer caso, deberá descontar el valor de los aportes, incluyendo el correspondiente al empleador, y trasladarlo a los subsistemas generales de la Seguridad Social.

De otro lado, los decretos 1295 de 1994, 1772 de 1994 y 1406 de 1999, regulan lo referente a la organización, administración, afiliaciones y cotizaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales, y se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, así como lo pertinente al régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema, respectivamente.

El artículo 40 en sus incisos 4 y 5 del Decreto 1406 de 1999 disponen que “s*erán de cargo de la respectiva administradora de riesgos profesionales, ARP, el valor de los aportes para los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones que se causen durante los períodos de incapacidad originados por una enfermedad o accidente de carácter profesional, en la parte que de ordinario correspondería al aportante con trabajadores dependientes. En este evento, la ARP descontará del valor de la incapacidad el monto correspondiente a la cotización del trabajador dependiente.*

Ahora, cuando se trata de trabajadores independientes será de su cargo la totalidad de las cotizaciones para el Sistema de Pensiones que se causen durante el periodo de duración de una incapacidad o una licencia de maternidad*.* Pero “*en el Sistema de Salud, serán de cargo de dichos trabajadores la parte de los aportes que de ordinario corresponderían a los trabajadores dependientes, y el excedente será de cargo de la respectiva EPS.”*

**2.1.2. Fundamento Fáctico.**

Descendiendo al caso de marras, tenemos que el señor José Hernán Martínez Villegas para la fecha en que presentó el accidente de trabajo 21-11-201-, se encontraba laborando para el señor Diego Tamayo Serna y afiliado por éste a la ARL Seguros Bolívar.

Por tal razón la ARL lo atendió inicialmente en el mes de noviembre de 2011, cuando se accidentó (fl. 107 c.1), y posteriormente en el mes de diciembre de 2011 al intervenirlo quirúrgicamente, ante una secuela que presentó, ya el actor se había desvinculado laboralmente y desafiliado de la entidad de riesgos profesionales. Hechos que aceptaron estos demandados al contestar la demanda-fls, 91 y ss y 202 y ss c.1-.

Lo anterior le generó las incapacidades que le fueron canceladas por la ARL durante el periodo diciembre de 2011 a diciembre de 2012, hecho que aceptan las dos partes en la demanda y contestación; igualmente, el pagó la indemnización por incapacidad permanente parcial (fl. 128 c.1), y finalmente, se le dieron los servicios que durante este periodo requirió el demandante, como él mismo lo expone en la demanda.

De acuerdo con tales hechos probados y lo dispuesto en las normas citadas anteriormente, se colige que el actuar de la ARL Seguros Bolívar se ciñó a lo reglado a las disposiciones que la rigen, en el entendido que es la obligada a prestar sus servicios de manera integral ante la ocurrencia de un accidente de trabajo, como se presentó con el señor Martínez Villegas; así como también frente a las secuelas que sean producto del accidente, indiferentemente de que se encuentre vinculado o no a la entidad de Riesgos Profesionales, tal como se concluyó por la a quo.

Ahora, es importante resaltar que la demandada ARL Seguros Bolívar se equivocó al pagar al empleador parte de las incapacidades que se le otorgaron al señor Martínez Villegas (fl. 158 y ss c.1), dado que las normas que hacen referencia a ese asunto, solamente lo facultaban a pagar al empleador cuando se presentaran incapacidades en vigencia de la relación laboral, lo cual no aconteció en el caso bajo estudio, pues el actor se encontraba, como ya se dijo, desvinculado laboralmente y, por ende, debió pagarse en su totalidad las incapacidades a éste, indiferentemente del acuerdo celebrado entre el señor Tamayo Serna y el demandante.

Sin embargo, en este sentido no se dispondrá nada, puesto que este tema no fue objeto de reparo en la alzada, ni en el litigio en sí, y en realidad lo que corresponde es verificar si es responsable la ARL del pago de los aportes a pensión y salud, durante los periodos de las incapacidades otorgadas al demandante entre diciembre de 2011 y diciembre de 2012.

Para ello, se dirá con fundamento en la normatividad citada, que en sentir de esta Sala la obligación de descontar el valor correspondiente a las cotizaciones a los subsistemas de seguridad social, durante las incapacidades antes citadas, no estaba en cabeza de la ARL, tal como fuera resuelto por la Juez de Primera Instancia.

Para tal cometido, es pertinente indicar que las normas que rigen lo atinente al sistema de riesgos profesionales, contemplan la vinculación a dicho sistema, tanto para los trabajadores dependientes como independientes; dentro del primer grupo, se encuentra todo aquel afiliado que tengan una vinculación a través de un contrato de trabajo o una relación legal o reglamentaria; y dentro del segundo, todo aquel excluido del primer grupo, además de los afiliados a través del régimen subsidiado, a quienes para efectos de los aportes los asemeja[[1]](#footnote-1), y finalmente, aquellos aportantes que coticen en ambas calidades.

Que dentro de dicho sistema al presentarse prestaciones a cargo de la entidad de Riesgos Profesionales ante la ocurrencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional dentro un afiliado dependiente, le corresponderá a ésta descontar el valor del aporte, el cual comúnmente estarían a cargo del aportante con trabajadores dependientes; pero también, se tiene que dicha obligación varía cuando nos encontramos frente a un trabajador independiente, quien es directamente el responsable de dichos pagos durante el tiempo que se generen las incapacidades.

De acuerdo con lo anterior, y lo expuesto párrafos atrás, no se puede arribar a conclusión diferente a la adoptada en primera la instancia, dado que el demandante al no encontrarse en el marco de una relación laboral, debe asemejarse o tratarse como un trabajador independiente para efectos de su vinculación a los Subsistemas, pues éste no prevé otra posibilidad de afiliación a las enunciadas; situación, que avizoró el señor Martínez Villegas, quien aparece afiliado y cotizando interrumpidamente al sistema para el ciclo de agosto de 2012 a abril de 2014, dentro del Régimen Subsidiado, es decir, inclusive dentro de los periodos en que se encontraba percibiendo incapacidades por parte de la ARL, calidad que de acuerdo con la norma lo enmarca o asemeja a un trabajador independiente.

Así pues, tratándose de este tipo de aportantes, se itera, la obligación de efectuar las cotizaciones están completamente a su cargo, indiferentemente de que las prestaciones otorgadas al afiliado hayan sido como consecuencia de un accidente de trabajo, que en principio se suscitó dentro de un vínculo laboral, pues este lazo se torna inexistente al haberse marcado el retiro al sistema por parte del empleador, y si bien es atendido por las entidades de riesgos profesionales, ante las secuelas presentadas ante la acaecimiento de dicho suceso, es en cumplimiento a las normas legales que así lo disponen, pero con ello no quiere significar que la vinculación siga siendo la dependiente, como erradamente se infiere por la parte demandante en su apelación.

En suma, al no tener la condición de dependiente el demandante, no podía la ARL descontar del valor de la incapacidad el aporte que en tal condición debía hacer, y de haber ejecutado tal conducta, no podía descontarle lo atinente al empleador, que ya no existía, por lo que no había cruce de cuentas.

En ese orden de ideas, se tiene que el señor José Hernán Martínez Villegas efectivamente tiene la calidad independiente, una vez finalizado el vínculo laboral que lo ataban, y por tanto, al percibir las incapacidades durante el periodo 2011-12 al 2012-12, como secuela de un accidente de trabajo sufrido, se encontraba obligado éste a efectuar directamente sus aportes al sistema general de Pensiones y en Salud.

En consecuencia, es dable concluir que efectivamente el actuar de la ARL se ciñó estrictamente a las normas que lo rigen, y por ende, no es posible endilgársele la responsabilidad en el pago de los aportes reclamados por el demandante.

**2.2. De la pensión de invalidez.**

**2.2.1. Fundamento jurídico.**

De conformidad con la fecha de estructuración del estado de invalidez del señor José Hernán Martínez Villegas, 14/02/2013, la norma vigente es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, por lo que excluyendo el requisito de fidelidad al sistema, que fue declarado inexequible mediante sentencia C-428 de 2009, los que debe cumplir para causar el derecho a la pensión de invalidez, es haber cotizado por lo menos 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de su estado de invalidez superior al 50%.

**2.2.2. Fundamento fáctico**

El señor José Hernán Martínez Villegas, conforme al dictamen médico laboral, emitido por el Departamento de Medicina Laboral – de Colpensiones, tiene una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 63,21%, estructurada el 14/02/2013.

En relación con el cumplimiento del requisito de la densidad de cotizaciones, en atención a los registros plasmados en la historia laboral visible a folios 234 y s.s del cuaderno de esta sede, se advierte que entre 14/02/2010 y la misma fecha de 2013, 3 años anteriores a la estructuración del estado de invalidez, el demandante logró acreditar un total de 28.14 semanas, contraria a las 24.33 semanas que contabilizó la a quo, si n embargo, en ambos casos es fácil colegir que no satisfizo las exigencias del artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

Ahora bien, y previo a verificarse si cumple las exigencias contempladas en la norma anterior, en virtud al principio de la condición más beneficiosa, se efectuará el siguiente análisis, pues no puede pasarse por alto el hecho de que la estructuración de la PCL se generó cuando el tenía cumplidos 61 años, es decir, cuando cumplía ya el requisito de edad mínima para tener derecho a la pensión.

Al respecto, esta Corporación ha tenido una línea constante y definida[[2]](#footnote-2), en la que se ha manifestado que en estos eventos, esto es, cuando la invalidez se estructura con posterioridad al cumplimiento de la edad mínima para pensionarse, no es posible reconocer la prestación por invalidez, dado que ha fenecido su asegurabilidad, teniendo en cuenta que la cobertura cesa al momento de haberse arribado al cumplimiento de la edad mínima, cuando emerge el derecho a la pensión de vejez, o su indemnización sustitutiva.

Tal posición tiene como sustento normativo el artículo 9° del Acuerdo 049 de 1990 aplicable de conformidad con el inciso 2 del artículo 31 de la Ley 100 de 1993 que expresamente tiene previsto una prestación diferente para estos eventos, como lo es la indemnización sustitutiva, específicamente, cuando la persona se invalide luego de la edad para pensionarse.

Y tiene razón de ser que las normas establezcan tales situaciones, pues de lo contrario será muy sencillo comenzar a “crear” beneficiarios de pensiones de invalidez y sobrevivientes que en realidad no obedezcan a los criterios que inspiraron la protección original de la norma y que afectarían sin justificación el equilibrio financiero del sistema de pensiones, de que trata el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005.

Y es que es apenas normal que las personas de la tercera edad presenten afecciones de salud que mermen su capacidad laboral. Pero precisamente esa condición natural del ser humano a perder su salud con el paso del tiempo corresponde al riesgo de vejez y es protegida por las prestaciones previstas para ese riesgo.

Empero, con la posibilidad de obtener pensión de invalidez después de superar la edad de pensión de vejez, es fácil que ocurra, como se ha ido observando en el medio, que personas que jamás cotizaron paguen seguridad social por un año o un poco más después de los 60, 65, 70, y más años de edad, y posteriormente se hagan calificar, siendo prácticamente seguro en todos los casos que la pérdida de capacidad laboral va a ser superior al 50% debido a las afecciones propias de la vejez. Así, con un simple año de cotización de servicios, sin haber aportado en realidad nunca al sistema de pensiones bajo alguna modalidad de trabajo (dependiente o independiente), se causa una pensión de invalidez o de sobrevivientes.

Ahora bien, el artículo 83 de la Constitución Política obliga a presumir la buena fe de los particulares en sus actuaciones frente al Estado. Por ello, es pertinente aclarar que el criterio que ha mantenido esta Sala no está fundamentado en la observación que insertamos en el párrafo anterior, sino en las normas ya citadas. Cosa distinta es que esta Sala haga tal observación, porque se considera que al omitir la aplicación literal y llana del artículo 9° del Acuerdo 049 de 1990 en concordancia con el inciso 2 del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, sin que exista una justificación constitucional y legal suficiente para ello, se da oportunidad a la ocurrencia de fenómenos de abuso del derecho como el ya dicho.

Sin embargo, en relación con la posición que venimos explicando, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sede constitucional[[3]](#footnote-3), ha dejado sin efecto varias sentencias de esta Sala. Por ello, teniendo este nuevo caso un problema jurídico similar a aquellos en los que se ha negado la pensión de invalidez por haberse estructurado tal estado con posterioridad al cumplimiento del requisito de la edad, encuentra esta colegiatura la necesidad de recoger la posición acá asumida y modificar el criterio planteado en su Sala Mayoritaria, para acoger el adoptado por el superior funcional, que consiste en que llegada la edad mínima para pensionarse no genera la pérdida automática de seguir cotizando, y por ende, la posibilidad de ser cubierto por las contingencias de Invalidez, Vejez y Muerte “IVM”, todo ello, en aplicación del fenómeno de la doctrina probable y el principio de economía procesal.

Aplicación del fenómeno de la doctrina probable porque la misma Corte Suprema de Justicia, en las decisiones de tutela que han ordenado a este órgano colegiado dictar una nueva sentencia en procesos que han finalizado con una absolución a Colpensiones por haberse estructurado el estado de invalidez del demandante con posterioridad al cumplimiento del requisito de la edad, ha concluido que al contar con cuatro pronunciamientos[[4]](#footnote-4) totalmente uniformes en ese sentido, juzgados y tribunales estamos llamados a adoptar la posición establecida por el superior funcional.

Economía procesal, porque es infructuoso y contrario a dicho principio mantener una postura que con cada fallo proferido va a generar una nueva acción de tutela en la cual el superior funcional va a ordenar que se dicte una nueva sentencia aplicando el precedente vertical, lo que implica que la decisión de esta Sala únicamente va a tener por objeto posponer el reconocimiento obligatorio de una pensión de invalidez que posterior va a ser impuesto por orden tutelar de la Sala de Casación Laboral, con el desgaste totalmente innecesario que ello implica para las partes y para el Estado mismo.

En ese orden de ideas, al aplicar al caso bajo estudio el precedente marcado por la Corte Suprema de Justicia, en caso de pensión de sobrevivientes donde cita como sustento la sentencia 30123 del 2007, considerada la sentencia hito, que se ocupó de un evento de pensión invalidez debemos arribar a la conclusión de que, en caso de cumplirse los requisitos de ley, no será obstáculo para el reconocimiento de la pensión reclamada por el demandante el hecho de que la estructuración de la invalidez haya sido posterior al cumplimiento del requisito de edad para alcanzar la pensión de vejez, en primer lugar, porque éste podía continuar efectuando aportes voluntarios al tenor de lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003[[5]](#footnote-5), y en segundo lugar, porque que en todo caso según lo explica la Corte Suprema de Justicia, la pensión de vejez o su indemnización sustitutiva y la Invalidez, cubren contingencias distintas y por lo tanto, es inclusive posible que quien ha recibido indemnización sustitutiva continúe cotizando al sistema de pensiones para cubrir el riesgo de invalidez, al no quedar excluido al tenor del literal d) del artículo 2 y el artículo 49 del Acuerdo 049 de 1990.

Analizado lo anterior, corresponde estudiar la procedencia de la prestación reclamada, conforme la Ley 100 de 1993 original, en razón al principio de la condición más beneficiosa, por ser la norma que antecede a la vigente, al momento de estructurarse la invalidez, lo que es posible a la luz de lo que tiene adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.[[6]](#footnote-6)

Ahora, el mismo órgano de cierre de esta especialidad más recientemente[[7]](#footnote-7) precisó que la aplicación del citado principio no era ilimitada, sino temporal, pues su finalidad es la de proteger a aquellas personas que tenían una situación jurídica concreta al momento de presentarse el cambio legislativo, entendida esta como la acumulación de las semanas necesarias para acceder a la prestación; por lo que se les permite que en vigencia de la nueva normativa acrediten los requisitos de la anterior, pero siempre y cuando la contingencia –*invalidez*-, se presente dentro de los 3 años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003 -*26/12/2003 y el 26/12/2006*-.

En la misma providencia, planteó 4 supuestos fácticos diferentes que podrían presentarse: ***(i)*** que el afiliado se encuentre cotizando al momento del cambio legislativo; ***(ii)*** que el afiliado no se encuentre cotizando al momento del cambio legislativo; ***(iii)*** que el afiliado se encuentre cotizando al momento del cambio legislativo pero no al momento de la muerte y; ***(iv)*** que el afiliado no se encuentre cotizando al momento del cambio legislativo pero sí al momento de la muerte.

Indicó la Corte a renglón seguido cuáles eran los requisitos que debían cumplirse en cada uno de estos eventos; mas no se traerán a colación por ser inoficioso en este asunto como pasa a explicarse.

Por consiguiente, además de los argumentos señalados inicialmente, como en el caso concreto, el señor José Hernán Martínez Villegas se invalidó el 14/02/2013, es decir, por fuera de los tres años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, no puede ser destinatario de la Ley 100/93 en su versión original, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, debido a la temporalidad que del mismo se predica en la jurisprudencia antes descrita, la cual comparte esta Sala, con los matices que se dejarán planteados en el salvamento de voto.

Así las cosas, como no surge el derecho en el actor, no hay lugar a abordar los demás interrogantes.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, se revocará la decisión revisada, excepto los numerales primero y segundo, en donde se declaró probadas las excepciones propuestas, y en consecuencia, se absolvió a la demandada ARL SEGUROS BOLIVAR y al vinculado DIEGO TAMAYO SERNA; en su lugar, se absolverá a Colpensiones de todas las pretensiones presentadas en su contra.

Costas en primera instancia a favor de Colpensiones, y en segunda instancia a favor de Colpensiones y la ARL

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2016 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor **José Hernán Martínez Villegas,** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones** **COLPENSIONES,** salvo en los numerales primeros y segundo, en donde se absolvió a los demandados ARL SEGUROS BOLIVAR S.A y al vinculado DIEGO TAMAYO SERNA, que se confirma; en su lugar**, ABSOLVER** a Colpensionesde todas las pretensiones incoadas en su contra.

**SEGUNDO:** Costas en primera instancia a favor de Colpensiones, y en segunda instancia a favor de Colpensiones y la ARL

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**  **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 Magistrado Magistrado

1. Decreto 1406 de 1999, artículo 15. [↑](#footnote-ref-1)
2. M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares Rad. 2014-00181-01 del 10/12/2015 Dte: Luis Eduardo Henao y Rad. 2014-00283-01 del 05/05/2016 Dte: Javier Toro Escudero.

M.P. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda 2015-00117 del 01/11/2016 **Dte**: Blanca Reina Garibello Aldana.

M.P. Julio César Salazar Muñoz, 2015-00148-01. Dte: Hernando Henao Calderón, entre otros. [↑](#footnote-ref-2)
3. STL4333-2017 Radicado 46506 del 22/03/2017 y la STL 12714-2017 del 15-08-2017. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencias bajo los radicados 30123 del 20-11-2007, con ponencia del Magistrado Camilo Tarquino Gallego; la No. 33885 del 27-08-2008, magistrado ponente Luis Javier Osorio López; la 34014 del 25-03-2009, Magistrado ponente Camilo Tarquino Gallego, y la SL.372-2013, radicado 46315 del 22-05-2013, magistrado ponente Rigoberto Echeverry Bueno. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ibídem. [↑](#footnote-ref-5)
6. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas. SL18545-2016. Radicación N° 54796 de 30 de noviembre de 2016, entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. SL2358-2017, Radicación N.° 44596 del 25/01/2017. [↑](#footnote-ref-7)