



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, doce de agosto de dos mil veintidós

19-174

Proceso:	APELACIÓN SENTENCIA
Demandante:	JUAN JOSÉ TABORDA ESTRADA
Demandados:	PROTECCIÓN S.A.
Llamado en garantía:	COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR
Litis consorte por pasiva:	JHON JAIRO SEGURO TABORDA
Radicado No.:	05001-31-05-018-2017-00158-01.
Decisión:	MODIFICA SENTENCIA

La Sala Tercera de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **LUZ AMPARO GÓMEZ ARÍSTIZABAL**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por Protección y Seguros Bolívar contra la sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 023** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA Y ANTECEDENTES

1.1 LO PRETENDIDO

Pretende el demandante que se condene a **PROTECCIÓN S.A.** a reconocer la pensión de invalidez de origen común a partir del 7 de marzo de 2012, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios o en subsidio la indexación y las costas procesales.

1.2. PARA FUNDAMENTAR SUS PRETENSIONES, EN SÍNTESIS, EXPUSO LOS SIGUIENTES HECHOS:

- Que fue declarado inválido de origen común por medio de dictamen emitido por SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. asignándole una pérdida de capacidad laboral del 58.14% con fecha de estructuración 7 de marzo de 2012.
- Que el 23 de agosto de 2013 solicitó a Protección S.A. el reconocimiento de la pensión de invalidez, siéndole negada con el argumento que no cumplía con el requisito de 50 semanas de cotización en los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, toda vez que solo cotizó 32.62 semanas en este lapso.
- Que se equivoca la entidad, pues entre el 7 de marzo de 2009 y el 7 de marzo de 2012 en realidad cotizó 76.5 semanas, como se verifica en su historia laboral.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.3.1. RESPUESTA DE PROTECCIÓN

Controvirtió **la demandada** el derecho pretendido oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que en efecto el demandante no cumple con el requisito de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, dado que entre el 7 de marzo de 2009 y el 7 de marzo de 2012 tan solo cotizó 33.71 semanas. Aclaró que si bien en la historia laboral aportada por el demandante se evidencia un número superior de semanas cotizadas, ello tienen su explicación en una presenta irregularidad cometida por el supuesto empleador JHON JAIRO SEGURO TABORDA, quien en una actitud fraudulenta realizó el pago de aportes de forma extemporánea de los periodos comprendidos entre mayo de 2010 y febrero de 2011, los cuales fueron pagados el 27 de agosto de 2015, cuando ya el demandante ya había sido calificado desde el 8 de enero de 2014 determinándose que tenía la calidad de inválido y se le había negado la pensión de invalidez, por tanto estas cotizaciones no pueden ser tenidas en cuenta, pues se hicieron con el fin de defraudar el sistema.. Frente a los hechos aceptó como cierto el porcentaje de pérdida de capacidad que le fue asignado, que le fue negada la pensión de invalidez por no contar con las 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, por lo que no es cierto que tenga 76 semanas en este lapso, ya que para efectos de la pensión de invalidez solo pueden valorarse las cotizadas antes de haberse estructurado el estado de invalidez, sin que tenga validez el pago realizado por el empleador SEGURO, dado que este nunca reportó la reactivación de la afiliación y solo se limitó en agosto de 2015 a hacer el pago de unos aportes faltantes entre mayo de 2010 y febrero de 2011.

1.3.2. RESPUESTA DE LA LLAMADA EN GARANTÍA COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas por la parte actora, en razón a que el actor no cumple los requisitos para acceder a la pensión de invalidez reclamada, dado que en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez solo cuenta con 33.71 semanas cotizadas. Aduce que tal y como lo explica PROTECCIÓN en su contestación, si bien la historia laboral se refleja un número superior de semanas, esto se debe a que de manera fraudulenta el señor JHON JAIRO SEGURO como empleador del demandante realizó aportes con posterioridad a la fecha en que fue notificado del dictamen de pérdida de capacidad laboral, los cuales resultan ser extemporáneos e ilegales, pues se hicieron con el único fin de completar las semanas para que el actor pudiera completar las semanas para acceder a la pensión de invalidez realizando el pago de los ciclos de mayo de 2010 a febrero de 2011 sin hacer el reporte de reactivación al sistema, pues la última cotización a través del mismo empleador había sido para el mes de julio de 2009, sin que dentro del plenario exista prueba alguna de que el demandante hubiera laborado para el referido empleador durante los ciclos que fueron pagados de forma extemporánea, por lo que los mismos devienen inválidos. Por tanto aduce que no es procedente el pago de la suma adicional estipulado en la póliza dado que no se reúnen los requisitos para la pensión de invalidez. Además aduce que la póliza se suscribió con ING Pensiones y Cesantías, sin que se hubiera contemplado la posibilidad de cubrimiento de eventualidades de invalidez y muerte a otras AFP en caso de fusión, liquidación o disolución de la compañía asegurada.

1.3.3. RESPUESTA DEL LITIS CONSORTE POR PASIVA JHON JAIRO SEGURO

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones impetradas por el actor, toda vez que no se encuentra legitimado en la causa para garantizar el derecho a la pensión de invalidez solicitado. Frente a los hechos aceptó como cierto el porcentaje de pérdida de capacidad laboral asignado al actor, que PROTECCIÓN le negó la pensión de invalidez al demandante por tener solo 32.62 semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y que según el reporte semanas aportado el actor en realidad cotizó entre 7 de marzo de 2009 y el 7 de marzo de 2012 un total de 76.5 semanas cotizadas.

1.4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia proferida el 28 de mayo de 2019 se **CONDENÓ** a **PROTECCIÓN** a reconocer y pagar al señor **JUAN JOSÉ TABORDA ESTRADA**:

-La pensión de invalidez a partir del 7 de marzo de 2012, en cuantía equivalente al salario mínimo, adeudándole un retroactivo equivalente a \$62.190.243, liquidado hasta el 30 de abril de 2019, suma de la cual se autorizó descontar el porcentaje correspondiente al aporte en salud, además de la suma de \$5.507.970 por concepto de incapacidades que le fueron pagadas.

-Los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 9 de mayo de 2012 y hasta el momento que se efectúe el pago.

De otro lado **CONDENÓ** a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR** a reembolsa las sumas que sufrague **PROTECCIÓN** correspondientes a la suma adicional necesaria para financiar la pensión de invalidez del señor **JUAN JOSÉ TABORDA ESTRADA** conforme a la póliza suscrita y vigente para la fecha de ocurrencia del siniestro.

Así mismo **CONDENÓ** en costas a **PROTECCIÓN** y a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR** a favor del demandante fijando las agencias en derecho en el equivalente a 8 SMLMV para el primero y 1 SMLMV para el segundo.

Finalmente **ABSOLVIÓ** al señor **JHON JAIRO SEGURO** de todas las pretensiones formuladas en su contra.

2. ARGUMENTOS

2.1. ARGUMENTOS DE LA JUEZ

Señaló que conforme a las pruebas allegadas está acreditado que la demandante tiene una pérdida de capacidad laboral del 58.14% con fecha de estructuración 7 de marzo de 2012 de origen común., acreditándose la calidad de invalido, por lo que la norma aplicable es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 con la modificación de la Ley 797 de 2003, que exige como requisitos para acceder a la pensión de invalidez, acreditar 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, requisito que cumple el actor, pues entre el 7 de marzo de 2009 y el 7 de marzo de 2012, cuenta con 536 días de cotización que equivalen a 76.57 semanas.

Aclaró que, si bien es cierto que los ciclos de mayo de 2010 a febrero de 2011 fueron cancelados el 27 de agosto de 2015, cuando ya el actor ya había sido calificado con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y había sido notificada la negativa de la pensión de invalidez por no acreditar los requisitos contemplados en la norma, lo que ocurrió a través de comunicación remitida el 28 de septiembre de 2014, los mismos debían tenerse en cuenta dado que según la historia laboral visible a folios 14/17, se advierte que por el empleador **SEGURO TABORDA** se efectuaron aportes para los ciclos agosto, septiembre, octubre de 2002 por 30 días y mayo de 2009 por 9 días, es decir, que con anterioridad a los periodos que hoy son objeto de reproche por parte de Protección, ya se

efectuaban aportes por parte de ese empleador, además de lo anterior de la documentación que reposa a folios 54/55 que corresponde a la historia laboral para bono pensional de la OBP se evidencia que incluso existieron a nombre del actor cotizaciones anteriores a las citadas fechas a cargo del mismo empleador que corresponden a los ciclos noviembre de 1999, octubre y diciembre de 2001, de donde puede colegirse que entre las aportes en efecto existió una relación laboral que tuvo sus inicios desde antes de la calificación de pérdida de la capacidad laboral, por tanto como no existe prueba de que el empleador SEGURO TABORDA, haya reportado la novedad de retiro, debe considerarse que este incurrió en mora, caso en el cual, le corresponde a la AFP efectuar el cobro respectivo sin que se haya probado que hubiera efectuado tal gestión o que la deuda se haya declarado como incobrable, por lo que ante la omiso del fondo de sus obligaciones cobro se deben validar tales semanas y por tanto el fondo debe asumir la prestación que eventualmente se hubiera causado ya que esa mora no puede imputársele al afiliado, pues esa es la línea jurisprudencial que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia.

Agregó que tampoco puede desconocerse que la AFP con posterioridad recibió las sumas pagadas sin que hubiera puesto reparo alguno, es decir, que se allanó a la mora, en los términos esbozados por la Corte Constitucional en sentencia T-238 de 2018, al hacer recibido el pago de los periodos que se habían omitido por parte del empleador junto con los intereses, lo que permitió imputarlos a los periodos que efectivamente se pagaran y sin que se pueda hacer una imputación selectiva conforme a las normas traídas a colación por parte de la entidad, respecto a que ese pago posterior solo cubre el riesgo de vejez, pues ante la omisión de sus deberes igualmente debe cubrir el riesgo que acaeció en esta oportunidad, que fue el de invalidez.

Por tanto concluyó que dado que según la historia laboral del actor este cotizó entre el 7 de marzo de 2009 y el 7 de marzo de 2012 un total de 76.57 semanas de cotización, cumple con el requisito de 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, por lo que tiene derecho a la pensión de invalidez, por tanto condenó a PROTECCIÓN a reconocer dicha prestación a partir de 7 de marzo de 2012, fecha de estructuración, dado que ninguna mesada se vio afectada de prescripción, retroactivo del cual autorizó descontar la suma de \$5.207.970 que recibió por subsidio de incapacidad de forma discontinua después de la fecha de estructuración, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 9 de mayo de 2014, es decir, 4 meses después de la solicitud y hasta la fecha del pago efectivo de la obligación.

De otro lado estimó que era procedente condenar a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR, en los términos del artículo 70 de la Ley 100 de 1993, a cubrir la suma adicional para financiar la pensión de invalidez conforme la póliza de seguro previsional suscrita entre esta entidad y la AFP, que estaba vigente para la fecha de estructuración de la invalidez del demandante

2.2. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

2.2.1. APELACIÓN DE PROTECCIÓN

Adujo que no está de acuerdo con el análisis de la a quo para otorgar la pensión de invalidez de que como la relación laboral había iniciado incluso antes de la notificación del dictamen y que existían cotizaciones anteriores se trataba de una mora en los aportes, pues no se tuvo en cuenta que tal lo indicó el señor JUAN JOSÉ TABORDA realmente las vinculaciones entre el demandante y el señor Jhon Jairo fueron interrumpidas, fueron por días, inclusive dependiendo de las obras, pues él indicó que realmente solo trabajó de manera continua solo dos años, de la cual ni él mismo supo decir si había sido desde el 2009 o el 2010. Insiste que si se tiene en cuenta que fueron relaciones laborales interrumpidas y por las cuales se realizaron cotizaciones por días, sí existe prueba dentro de la historia laboral del demandante de la novedad de retiro, pues el demandante estuvo vinculado, desde antes de las cotizaciones que hoy se reclaman, siendo su el ultimo aporte con el referido empleador en mayo de 2009 por solo 9 días, es decir, que el señor JHON JAIRO reportó la novedad de retiro y por tanto PROTECCIÓN no tenía conocimiento de dicha relación laboral, pues PROTECCIÓN solo se limita a tener conocimiento de lo que se le reporta y no puede dar por sentado que porque el demandante trabajó varias veces con el mismo empleador, entonces la relación laboral tenga que ser de manera continua desde 1999 según se relata en la historia laboral, pues por el mero hecho de haber cotizaciones anteriores no significa que se le haya reportado a PROTECCIÓN una vinculación desde los períodos que hoy se reclaman que fueron pagados con irregularidad, en tal sentido, tampoco existe prueba dentro del plenario de que tampoco existió relación laboral del demandante de manera continua, pues ni el actor ni el demandado JHON JAIRO SEGURO aportaron prueba alguna frente a esa relación laboral y al no existir ningún reporte de la relación laboral en ese periodo para PROTECCIÓN no era posible conocer de la existencia de la misma y por tanto no podía saber que había ausencia de aportes y ni siquiera había afiliación, por lo que no es el caso de una mora, sino falta de afiliación.

Agrega que en este caso no hay pago de ningún calculo actuarial, sino que el demandado realizó el pago de unos periodos faltantes a través de PILA, que es un agente recaudador externo, por lo que Protección no podía oponerse a ese pago, adicionalmente ese pago debió ser imputado a efectos del cálculo de una pensión de vejez, tampoco el señor Jhon Jairo aportó prueba alguna de haber realizado cálculo actuarial sino que se ha dejado por cierto las manifestaciones del demandante, trasladándole a Protección la carga de demostrar, cuando efectivamente aportó con la contestación de la demanda, que estos pagos se realizaron a través de liquidación y recaudo de aportes el 27 de agosto de 2015. En gracia de discusión tampoco puede hablarse de que hubo un allanamiento a la

mora cuando PROTECCION no fue el que recibió ese pago, y si se recibió fue para efectos de la cotización de vejez.

Por consiguiente insiste que se debe revocar la sentencia de primera instancia dado que no es procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez y en caso de mantenerse tal condena se debe revocar la condena a intereses moratorios, toda vez que para el momento en que se negó la prestación al actor fue porque efectivamente no existían las cotizaciones, sin que el demandante hubiera manifestado que existiera algún tipo de error o mora en el pago de los mismos, solo a partir de esta demanda es que se alegan los periodos cotizados con posterioridad, además de que la AFP ni siquiera tenía conocimiento de la relación laboral, por lo que de ser procedentes los intereses solo serían a partir de que se realizó el pago y la entidad se enteró la existencia de la supuesta relación laboral.

2.2.2. APELACIÓN COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR

Manifestó que no está de acuerdo con la decisión de reconocer la pensión de invalidez dando valor a los aportes efectuados con posterioridad a la ocurrencia del siniestro, dado que está suficientemente probado que el tiempo laborado por el demandante no fue continuo y que las cotizaciones fueron intermitentes a través de intermediación de otro empleador como CONSTRUCCIONES JJST, además de la confesión del actor, donde en el interrogatorio de parte el mismo mencionó que trabajó la mayor parte de su tiempo como vendedor de comidas rápidas, en calidad de independiente, por lo que resulta evidente que no hubo una prueba de la relación laboral para esos ciclos que se alegan para efectos de completar las semanas mínimas necesarias para causar el derecho a la pensión de invalidez.

Agrega que debe tenerse en cuenta la teoría del riesgo asegurado, criterio acogido por la Sala Laboral del TSM a través de sentencia con radicado 007-2015-00107, donde acogen la sentencia de la CSJ con radicado SL103-2017 radicado 49638 en relación a que las pensiones de vejez se conciben en razón de la conformación de un mínimo de capital respecto del cual la integración de aportes del empleador omiso encuentra pleno sentido, mientras que las pensiones de invalidez y sobrevivientes se conciben en función de un aseguramiento del riesgo, respecto del cual la integración de aportes no tiene la misma funcionalidad ni puede producir las mismas consecuencias, por tal razón la orientación jurisprudencial que defiende el pago de cálculos actuariales y la responsabilidades de las administradoras de pensiones a las que se hizo alusión no puede ser irrestrictamente aplicable tratándose de pensiones de sobrevivientes, es por ello que tratándose de una pensión definida en razón del aseguramiento del riesgo, como la pensión de sobrevivientes e

invalidez, antes de ocurrir el riesgo las entidades de seguridad social hubieran contado con la posibilidad de gestionarlo, lo que solo se logra con la afiliación oportuna del trabajador o algún trámite de convalidación de aportes, pero con antelación a la ocurrencia del riesgo.

Indica que en el caso de autos, una vez ocurrido el siniestro, es decir, después de ocurrida la invalidez, que tiene como fecha de estructuración 7 de marzo de 2012, con posterioridad se efectuaron unos aportes, que a la luz de la teoría del aseguramiento del riesgo, no pueden servir para condenar al fondo de pensiones al pago de la pensión y consecuentemente a la aseguradora al pago de la suma adicional, en razón de que era imposible poder saber si el empleador estaba incurriendo en mora u omisión, pues conforme a las pruebas, la relación fue intermitente y hubieron unos aportes discontinuos.

Agregó que tampoco está de acuerdo con la fecha de reconocimiento de la pensión, pues esto debió ser a partir del pago de la última incapacidad como lo dispone el Decreto 917.

Finalmente aduce que SEGUROS BOLIVAR suscribió póliza de carácter previsional con el entonces fondo de pensiones ING y por tratarse de una pensión previsional el amparo es de carácter taxativo, por lo que no procede el pago de costas, ya que esta póliza solo ampara la suma adicional en caso de configurarse los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.3.1. ALEGATOS DE PROTECCIÓN

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a PROTECCIÓN de todos los cargos formulados en su contra. Indica que en el presente caso no puede hablarse en este caso de mora del empleador sino que se trata de falta de afiliación, toda vez que el empleador no afilió al demandante en las relaciones laborales que se aducen en la demanda y que sólo ahora en virtud de la misma, son de conocimiento de la AFP PROTECCIÓN, por tanto, no puede endilgarse a la AFP responsabilidad alguna ni con respecto al no pago de aportes ni mucho menos con respecto a la pensión que se deprecia, ya que la AFP no podía ejercer acciones de cobro cuando ni siquiera conocía de la existencia de la supuesta relación laboral.

Agrega que el pago extemporáneo de aportes no significa que el fondo se allanara a la mora del empleador como se considera en la sentencia, por cuanto, de un lado, se insiste, no se conoció de la existencia de la presunta relación laboral y, de otro lado, dicho pago de aportes se hizo a través de

un tercero, planilla PILA, sin intervención alguna de la AFP. Aquí el único responsable del reconocimiento de la pensión de invalidez es el empleador, señor JHON JAIRO SEGURA TABORDA co demandado en este proceso, toda vez que en su momento no cumplió con la obligación de afiliar en pensión al demandante y el pago extemporáneo después de ocurrido el evento no lo libera en manera alguna de su responsabilidad.

De otro lado indica que la a quo no tuvo en cuenta que según se estableció en el proceso, la presunta relación laboral no fue continua sino por épocas, según la propia confesión del actor, por lo que no le es dable al fallador presumir una vinculación laboral continua y seguidamente deducir que la AFP la conocía y por el contrario PROTECCIÓN si probó en el proceso la novedad de retiro del trabajador, toda vez que en la Historia Laboral aportada se ve claramente que el empleador, señor SEGURA TABORDA, en el año 2009 sólo cotizó 9 días en el mes de mayo de dicho año y la siguiente cotización la hace después de un año, de lo cual claramente se concluye la interrupción de la relación laboral.

Finalmente aduce que en caso de que se confirme la condena a la pensión de invalidez se revoken los intereses moratorios, por cuanto no hubo mala fe al negar la pensión sino que se actuó conforme a los hechos que se conocían, se insiste, PROTECCIÓN no conoció de la presunta relación laboral que se ahora se aduce y menos aún de que se tratara de una vinculación continua, hechos que sólo se conocieron en el proceso, por lo que no puede decirse de un proceder infundado o de mala fe.

2.3.2. ALEGATOS COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR

Señala que debe revocarse en su integridad la sentencia de primera instancia, toda vez que el señor JUAN JOSE TABORDA ESTRADA, no tiene derecho a la prestación económica solicitada, ya que no cumple los requisitos exigidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, por cuanto para la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, el 7 de marzo de 2012, no tenía 50 semanas de cotización en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, acreditando tal solo 33.71 semanas cotizadas, las cuales son insuficientes para acceder a la prestación pensional incoada.

Indica que si bien en la historia laboral del actor se observa que el demandado JHON JAIRO SEGURO TABORDA, realizó una serie de cotizaciones en pensión en favor del señor JUAN JOSE TABORDA ESTRADA, para ser imputados a los periodos de junio de 2010 a febrero de 2011, estos pagos se hicieron el 27 de agosto de 2015, momento para el cual ya había sido notificado el dictamen de merma de capacidad laboral del demandante, lo cual es claramente indicativo de que

tales aportes se realizaron de manera extemporánea, con el único objetivo de completar el requisitos de semanas con las cuales se pudiera acceder a la pensión de invalidez, actuación que es a todas luces fraudulenta y si bien la a quo estimó que estos debían tenerse en cuenta oyes según su criterio se trataba de una mora del empleador y que PROTECCIÓN debió efectuar el cobro de los mismos, lo cierto es que eso no fue lo que quedó probado en el proceso, pues no se demostró de manera alguna que, durante el periodo comprendido entre junio de 2010 a febrero de 2011, el señor JUAN JOSE TABORDA ESTRADA haya estado vinculado laboralmente al servicio de JHON JAIRO SEGURO TABORDA, quienes dicho sea de paso poseen un parentesco (primos), por lo que, al no haberse acreditado la relación laboral, lo procedente hubiera sido declarar inválidos los aportes para efectos de conceder la pensión de invalidez, máxime si se tiene en cuenta que, al momento de pagar las cotizaciones por los periodos en discusión, el señor JHON JAIRO SEGURO TABORDA no realizó el cálculo actuarial ni generó formulario de afiliación para los ciclos cotizados. En ese sentido, al no existir una afiliación formal a la seguridad social, el perfectamente plausible, contrario a lo manifestado por la señora Juez, aplicar la jurisprudencia contenida en la Sentencia emanada de la Corte Suprema de Justicia SL 4103-2017, reiterada en la SL 21506-2017, en la cual se señala:

“(…) Así las cosas, se repite, las pensiones de vejez se conciben en función de la conformación de un mínimo de capital, respecto del cual la integración de aportes del empleador omiso encuentra pleno sentido, mientras que las pensiones de sobrevivientes se conciben en función de un aseguramiento del riesgo, respecto del cual la integración de aportes no tiene la misma funcionalidad ni puede producir las mismas consecuencias. Por esa razón, la orientación jurisprudencial que defiende el pago de cálculos actuariales y la responsabilidad de las administradoras de pensiones, a la que se hizo alusión, no puede ser irrestrictamente aplicable en tratándose de pensiones de sobrevivientes. Es por ello que, en tratándose de una prestación definida en función del aseguramiento del riesgo, como la pensión de sobrevivientes, para la Corte resulta trascendental que, antes de asumir las prestaciones correspondientes a la realización del riesgo, las entidades de seguridad social hubieran contado con la posibilidad de gestionarlo, lo que solo se logra con la afiliación oportuna del trabajador o, en subsidio, con algún trámite de convalidación de los tiempos servidos, pero con antelación a que se concrete el riesgo(…)”

Tal criterio ha sido igualmente reiterado en reciente jurisprudencia emanada de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 4698-2020 radicación 86013 del 25 de noviembre de 2020.

Por tanto, insiste que conforme a las sentencias reseñadas, quien deberá eventualmente responder por el pago de la pensión de invalidez del actor, ante la falta de afiliación de su supuesto trabajador, sería el señor JHON JAIRO SEGURO TABORDA y no el fondo de pensiones.

De otro lado, afirma que respecto del cubrimiento de la suma adicional por parte de SEGUROS BOLÍVAR S.A. con ocasión de la póliza previsional N° 6000-0000013 vigente entre el 31 de marzo de 2011 hasta el 31 de marzo de 2012, es menester revocar la sentencia en cuanto a la condena impartida en contra de la aseguradora, por cuanto no se cumplieron los presupuestos contractuales

ni legales para que el amparo allí prescrito naciera, en razón a lo siguiente: Si bien la estructuración de la invalidez del actor fue declarada para el 7 de marzo de 2012, momento para el cual se encontraba vigente la póliza previsional, se debe tener en cuenta que dicha póliza se limita a cubrir única y exclusivamente la suma adicional que sea necesaria para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes de los afiliados al fondo de pensiones, delimitándose de común acuerdo los límites legales y contractuales de la póliza, donde en la condición primera numeral 1° y condición tercera numeral 6°, se definió claramente que el amparo opera siempre y cuando tal afiliado reúna las exigencias legales para acceder a la pensión, es decir, que al no cumplir el demandante con el requisito legal exigido para el reconocimiento de la pensión de invalidez, no está obligada SEGUROS BOLIVAR al reconocimiento y pago de la suma adicional pues de lo contrario se estarían aplicando cláusulas extensivas a las pactadas y la responsabilidad de la aseguradora estaría por fuera de los términos legales. Así mismo indica que para la fecha de estructuración de la invalidez o causación del siniestro, el afiliado no contaba con las semanas de cotización necesarias para acceder a la prestación pensional de invalidez, sin que puedan darse validez a los aportes realizados en agosto de 2015, correspondiente a los ciclos de mayo de 2010 a febrero de 2011, ello, por cuanto, en lo que concierne a esta aseguradora, por estos ciclos no se realizó el pago de la prima correspondiente a SEGUROS BOLÍVAR S.A.

A la luz del artículo 1068 del código de comercio, modificado por el Art. 82 de la Ley 45 de 1990, no es posible endilgar responsabilidad en el pago de la suma adicional por cuanto en esos periodos existe mora en el pago de la prima:

Artículo 82. Terminación automática del contrato de seguro. El inciso 1o del artículo 1068 del Código de Comercio, quedará así: "La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato. "Lo dispuesto en el inciso anterior deberá consignarse por parte del asegurador en la carátula de la póliza, en caracteres destacados. "Lo dispuesto en este artículo no podrá ser modificado por las partes".

Por tanto, insiste que si en gracia de discusión se aceptara el argumento de la señora juez de primera instancia en el sentido de indicar que sí existe afiliación laboral del demandante y que de lo que se trata es de una mora en las cotizaciones, de las cuales estaba facultada la AFP PROTECCIÓN S.A. para hacer las respectivas acciones de recobro al empleador moroso; bajo este panorama tampoco podría esta aseguradora responder por la inacción del fondo de pensiones pues la aseguradora previsional, no asegura ni la responsabilidad profesional ni el saldo de la cuenta individual, siendo esto responsabilidad única y exclusivamente de PROTECCIÓN S.A., por lo que bajo este supuesto SEGUROS BOLÍVAR S.A. tampoco está llamada a responder por el pago de la suma adicional.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

El problema jurídico a resolver consiste en determinar el señor JUAN JOSÉ TABORDA ESTRADA cumple los requisitos para acceder a la pensión de invalidez analizando si se debe dársele valor a las semanas que fueron pagadas de forma extemporánea por el señor JHON JAIRO SEGURO, para lo cual se debe determinar si se trató de una mora en el pago de los aportes o una omisión al deber de afiliación, dependiendo de ello se estudiará a quien le corresponde pagar la prestación y si hay lugar a los intereses moratorios.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar, no es objeto de discusión que el señor JUAN JOSÉ TABORDA ESTRADA fue calificada por parte de SURAMERICANA SEGUROS DE VIDA S.A. mediante dictamen emitido el 5 de noviembre de 2013, el cual reposa a folios 8/9 del plenario, con una pérdida de capacidad laboral del 58.14% con fecha de estructuración 7 de marzo de 2012. Y que a través de comunicación del 18 de septiembre de 2014 (fl 11) PROTECCIÓN le negó la pensión de invalidez por tener 154.57 semanas cotizadas, de las cuales 32.62 lo fueron dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, por lo que no cumplía los requisitos exigidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Según se visualiza a folios 14/17 en la historia laboral del señor JUAN JOSÉ TABORDA, después de la negativa de la entidad, el señor JHON JAIRO SEGURO, en calidad de empleador, realizó el pago de los ciclos comprendidos entre mayo de 2010 a febrero de 2011, los cuales fueron cancelados el 27 de agosto de 2015.

Así mismo está demostrado que PROTECCIÓN el 2 de febrero de 2016, negó nuevamente la prestación al actor, aduciendo que no cumplía con el requisito de las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración y sin contabilizar los ciclos de mayo de 2010 a febrero de 2011 que fueron pagados de forma extemporánea por el empleador JHON JAIRO SEGURO.

La a quo estimó que debía dársele validez a dichos aportes pues se trataba de una mora en el pago, ya que el actor presentaba cotizaciones con el empleador JHON JAIRO SEGURO para los ciclos de noviembre de 1999, octubre y diciembre de 2001 y agosto, septiembre, octubre de 2002 por 30 días y mayo de 2009 por 9 días, sin que se hubiera probado en esta última que el empleador reportó la novedad de retiro, por lo que debía asumirse la continuidad del vínculo laboral, por tanto, como el fondo no había probado haber ejercido las acciones de cobro de los aportes en mora, debía responder por las prestaciones que se hubieren causado. Mientras que tanto PROTECCIÓN como

SEGUROS BOLIVAR aducen que no se trata de una mora en el pago de aportes, sino que el empleador JHON JAIRO SEGURO omitió afiliar al demandante al sistema por lo que la AFP no tenía conocimiento del vínculo laboral y por tanto no pudo haber ejercido ninguna acción, caso en el cual no puede realizarse el pago del cálculo actuarial después de ocurrido el riesgo.

Pues bien, debe precisarse que si bien es cierto que cuando se acredita la existencia de una **mora por parte del empleador** dichos ciclos, para todos los efectos, se han de totalizar en la Historia Laboral, toda vez que ésta Magistratura comparte la tesis según la cual, como lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia, quien es el llamado a responder por la prestación es el Fondo de Pensiones, pues la ley lo dotó con facultades legales y mecanismos coactivos para ejercer las acciones de cobro en caso de mora por parte de un empleador. Si dicha entidad no hizo uso de los mismos, no puede alegar su propia negligencia para escudarse del reconocimiento de prestaciones alegando la omisión en el pago de aportes, y la consecuencia a dicha negligencia, no puede ser en ningún momento que la afiliada pierda el derecho a su pensión. Véase para el efecto la sentencia hito del 22 de julio de 2008, Radicación 34270.

Ahora, cuando se presentan situaciones donde se alega la mora del empleador, no basta con alegar la misma, sino que es carga de la prueba de la parte actora acreditar, siquiera sumariamente, la existencia de la relación de trabajo, dado que es precisamente de tal hecho que se desprende la obligación del empleador de efectuar cotizaciones al sistema, toda vez que bien puede suceder que el vínculo laboral fenezca y el empleador omita reportar la respectiva novedad de retiro, razón por la cual se exige además del reporte de la mora, allegar algún elemento material probatorio que dé cuenta de la existencia del contrato de trabajo, exigencia que pretende evitar que se presenten situaciones a todas luces desproporcionadas, si se tiene en cuenta que en algunos eventos realmente la mora es inexistente y por lo tanto no son períodos sujetos a contabilización en la Historia Laboral.

En el caso de autos, contrario a lo que concluyó la a quo, no existe ningún elemento probatorio que permita concluir que se trata de una mora en el pago de aportes pensionales como se pasa a explicar.

En primer lugar, si bien el empleador JHON JAIRO SEGURO fue vinculado al proceso y al contestar la demanda aceptó los hechos, ninguno de estos se refería a la existencia del vínculo laboral, a los extremos del mismo o la posible mora en el pago de los aportes, por tanto los hechos aceptados por este fueron básicamente que el demandante tenía una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, que PROTECCIÓN le negó la pensión por tener 32.62 semanas en los 3 años anteriores a la invalidez y que según la historia laboral en este lapso se reflejan 76.5, por tanto en parte alguna

puede deducirse de allí, que dicho empleador estuviera en mora en el pago de aportes después del 9 de mayo de 2009 que es cuando se refleja su ultimo aporte al sistema pagado de forma oportuna, según la historia laboral.

De otro lado, aduce la a quo que se trata de una mora porque no se refleja la novedad de retiro, pero si se observa el formato de historia laboral que expide Protección, en este no existe la casilla de novedades, por tanto la novedad de retiro no se refleja para ninguno de los empleadores que tuvo el demandante, por lo que no podría pensarse que cada que hay un cese de aportes o cambio de empleador se trata de una mora porque no se visualiza la referida novedad. Así mismo según se observa en la misma historia laboral y en el resumen para bono pensional de OBP a folio 54 en las diferentes vinculaciones que tuvo el demandante con el empleador JHON JAIRO SEGURO, este tenía la costumbre de afiliarlo por unos pocos y días y luego retirarlo, como se observa en el ciclo de noviembre de 1999 que se le cotizó 1 solo día, o diciembre de 2001 que se le cotizaron 2 días, lo que también ocurrió en octubre de 2002 donde el mismo empleador solo cotizó 2 días y en mayo de 2009 que solo cotizó 9 días.

Esto concatenado con lo informado por el propio actor en su interrogatorio de parte donde al preguntársele porque los antecedentes laborales del dictamen de pérdida de capacidad laboral solo había indicado que trabajó 2 años y medio con CONSTRUCCIONES JJT S y 17 años como independiente, dijo que porque con JHON JAIRO SEGURO solo trabajó de seguido los últimos dos años hasta 2012 y antes era interrumpido el tiempo, sin haber podido indicarle el despacho los extremos temporales de la relación laboral, incurriendo en contradicciones en sus propios dichos, mencionando año 2004, año 2009, 2010 y 2012, no pudiendo decir con claridad cuáles fueron los periodos y las fechas laboradas, pues solo indicó que laboró en varias partes dependiendo de las obras, que entraba a una y luego a los días lo cambiaba.

Afirmaciones que por demás no tienen ningún otro soporte probatorio por lo que no pueden servir de sustento para establecer que efectivamente después del 9 de mayo de 2009, cuando se presenta el ultimo aporte al sistema con el empleador JHON JAIRO SEGURO, la relación laboral continuó y que por tanto se trató de una mora en el pago de aportes, sino que más bien lo que puede concluirse es que efectivamente este empleador, quien además es sobrino del demandante, al parecer tenía la costumbre de afiliarlo y después de unos pocos días retirarlo del sistema como efectivamente ocurrió el 9 de mayo de 2009.

Por tanto concluye la Sala que no se trata de un empleador que afilió a su trabajador y después de esto omitió hacer el pago de aportes al sistema, sino que según la historia laboral, se presenta un cese en los aportes a continuación del 9 de mayo de 2009 y después es afiliado nuevamente a

través de otro empleador, CONSTRUCCION JJST en marzo de 2011. Y posteriormente, el señor JHON JAIRO SEGURO, sin mediar una nueva afiliación, el 27 de agosto de 2015, realiza el pago de los aportes por los ciclos de mayo de 2010 a febrero de 2011, es decir, casi un año después a que al señor JUAN JOSÉ TABORDA se le había determinado que tenía una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, es decir, cuando ya se consideraba una persona inválida y que la AFP le había negado la pensión precisamente porque no había cotizado el número de semanas requerido.

Por tanto, es claro que en el presente asunto, no se trata de un caso de mora por parte de un empleador, pues ni siquiera se probó la continuidad del vínculo laboral después de mayo de 2009, sino que por el contrario se estableció que efectivamente si fue retirado del sistema, por lo que el pago que hizo el señor JHON JAIRO TABORDA en 2015 lo hizo habiéndose omitido la obligación de afiliarse a su supuesto empleado, después de haberlo retirado años atrás, por lo que no es dable exigir a la entidad efectuar las acciones de cobro de que trata el art. 24 de la Ley 100 de 1993, toda vez para que esto ocurra debe existir una afiliación por parte del empleador donde se reporte al fondo de pensiones que determinado afiliado es su trabajador, ya que a partir de allí, el fondo de pensiones tiene conocimiento de la existencia del vínculo laboral y por tanto ante la ausencia de pago, surge la obligación para el fondo de exigir los aportes no efectuados oportunamente y ante la falta de las acciones de cobro, la entidad de pensiones deberá entrar a responder por las prestaciones que se causen así no se hayan efectuado los aportes o se hayan hecho de forma extemporánea.

En el presente asunto, conforme se observa de las pruebas reseñadas, el supuesto empleador del demandante, ante la omisión en la afiliación procedió en el año 2015 a hacer el pago de los ciclos de mayo de 2010 a febrero de 2011, sin embargo, estos ciclos no pueden ser validados ni tenidos en cuenta a fin de acreditar los requisitos de la pensión de invalidez; pues si bien es cierto que la jurisprudencia ha admitido el pago de aportes de manera extemporánea, incluso sin existir afiliación a través de pagos de cálculo actuarial con el fin de convalidar estos aportes y no afectar derechos pensionales, esto solo es posible para las pensiones de vejez, ya que se trata de un derecho en formación que se consolida en un largo periodo de tiempo, pero en tratándose de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes esto solo es posible cuando el riesgo no ha ocurrido, lo que no sucede en el caso de autos, donde se realizó el pago de un cálculo actuarial de casi un año de aportes, sin preceder afiliación, pero se hizo varios meses después de que el demandante fue calificado como inválido, no pudiendo validarse dichos aportes para efectos de tener por acreditadas las semanas exigidas para obtener la pensión de invalidez, pues cuando se realizó el pago en agosto de 2015, ya el señor JUAN JOSÉ TABPRDA había sido calificada como inválido, con una fecha de estructuración de 2012.

En este sentido se ha pronunciado varias veces la Corte Suprema de Justicia, indicado que el pago de cálculo actuarial cuando no existe afiliación, en pensiones de invalidez y sobrevivientes, solo procede cuando el riesgo aún no ha ocurrido, ya que estas prestaciones están sometidas a un sistema de aseguramiento. Así lo analizó en sentencia con radicado 49638 de 2017, cuando dijo:

“Ahora bien, la Corte considera preciso advertir que es cierto que, en la evolución de su jurisprudencia, ha concluido que *«...ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.»* (CSJ SL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015). Es decir que, en principio, bajo los nuevos criterios de la jurisprudencia, la comprobada falta de afiliación de la trabajadora daría lugar a la emisión de un cálculo actuarial por parte del empleador y no a que se le imponga el pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones.

No obstante, para la Corte es necesario aclarar que la referida orientación ha estado dirigida a las pensiones de jubilación y de vejez, en aplicación de las normas y principios de la Ley 100 de 1993 y bajo la idea de que son *derechos en formación*, respecto de los cuales se puede predicar *«...el carácter retrospectivo, que ya ha definido la jurisprudencia de la Sala, tienen las normas de seguridad social, y que permite sean aplicables a situaciones en curso, en el momento que han entrado a regir, como es el caso del derecho a la pensión, que requiere de un término bastante largo para su consolidación, durante el cual el afiliado debe acumular un mínimo de aportes.»* (CSJ SL2731-2015 y CSJ SL14388-2015). Con razón en estas decisiones se ha hecho uso, principalmente, de las normas relacionadas con el cómputo de las semanas necesarias para la causación de una pensión de vejez, como el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones.

De otro lado, es preciso destacar que las pensiones de sobrevivientes tienen unas características particulares y diferentes a las que guían a las pensiones de vejez, pues encuentran una fecha cierta de causación, atada a la realización cierta del riesgo que cubren, a la vez que están fundamentadas sobre otras concepciones de solidaridad, financiación y aseguramiento, diferentes de la acumulación de una cantidad suficiente de capital o de aportes, durante largos años.
(....)

Y más adelante indicó:

Es por ello que, en tratándose de una prestación definida en función del aseguramiento del riesgo, como la pensión de sobrevivientes, para la Corte resulta trascendental que, antes de asumir las prestaciones correspondientes a la realización del riesgo, las entidades de seguridad social hubieran contado con la posibilidad de gestionarlo, lo que solo se logra con la afiliación oportuna del trabajador o, en subsidio, con algún trámite de convalidación de los tiempos servidos, pero con antelación a que se concrete el riesgo.

Lo contrario equivaldría a imponer una carga desproporcionada en contra de las entidades de seguridad social, que tendrían que asumir el pago completo de una pensión de sobrevivientes, por la convalidación de un tiempo mínimo e indeterminado de servicios y sin poder adoptar medidas para la gestión adecuada del riesgo, por la falta de afiliación. Así, por ejemplo, si se admitiera irrestrictamente que, ante la falta de afiliación, las administradoras de pensiones son las encargadas del pago de la pensión, se llegaría a la conclusión de que el Instituto de Seguros Sociales, como administradora del régimen de prima media, debe asumir el pago de una pensión respecto de la cual: *i)* no tuvo conocimiento para iniciar acciones de cobro de los aportes; *ii)* no pudo prever y gestionar el riesgo de sobrevivientes, a través de reservas o seguros; *iii)* y tiene que financiar en un 100%, aun si los aportes que puede convalidar a través de título pensional no alcanzan para ello.

Con arreglo a lo anterior, para la Corte, en el caso específico de las pensiones de sobrevivientes, la subrogación del riesgo pensional en el Instituto de Seguros Sociales, por la vía de la convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial, solo resulta admisible si dicho procedimiento es realizado en su integridad, antes de que se produzca el riesgo que da origen a la prestación, vale decir, la muerte. Si ello es así, la entidad de seguridad social puede asumir y gestionar

válidamente el riesgo, a través de los mecanismos y recursos establecidos legalmente para ello, mientras que, si se admitiera esa posibilidad una vez causado el riesgo, se podría dar lugar a que la entidad tenga que financiar una pensión completa, tras el pago de escasos recursos por tiempos indeterminados de servicios.” (subrayas fuera de texto)

Esta sentencia fue ratificada en la de radicación 71715, SL 4318 de 2020, pero refiriéndose esta vez concretamente a la pensión de invalidez, prestación que es la que se solicita en el caso de autos. En esta oportunidad se dijo:

“Los soportes de hecho antes referidos evidencian el error jurídico en que incurrió el sentenciador de segundo grado al señalar que a las entidades administradoras de pensiones, previo el pago del correspondiente cálculo actuarial por parte del empresario, les corresponde asumir el pago de la pensión de invalidez de aquellos trabajadores que por omisión de estos (empleadores), no fueron afiliados a alguna AFP, y por tanto, tampoco realizaron aportes durante las semanas que legalmente se requerían para la configuración del derecho; pues de entrada se advierte que confundió dos circunstancias disímiles, esto es, la falta de afiliación y la mora en el pago de los aportes, figuras que provocan consecuencias bien distintas.

En efecto, esta Corte tiene señalado que cuando el empleador no cumple con la obligación de afiliar a su trabajador en el régimen de seguridad social en pensiones, que aquel escoja, ni gestiona íntegramente antes de la ocurrencia del riesgo (muerte o estructuración del estado de invalidez) la respectiva convalidación del tiempo, ello impide el nacimiento de la obligación a cargo de la AFP, por la sencilla razón que tales entidades no están en la obligación de conocer la existencia del contrato de trabajo que origine la cobertura de los diferentes riesgos, y ante esa imposibilidad física, emerge también la jurídica de asumirlos.

En tales eventos, según lo dispone el artículo 8 del Decreto 1642 de 1995, corresponde al empleador asumir el reconocimiento y pago de la respectiva pensión, sin que sea dable imponerle la obligación de cancelar el periodo servido a través de un cálculo actuarial.

En providencia CSJ SL3512-2018, en la que esta Sala reiteró la CSJ SL4103-2017, se recordó que la convalidación de los tiempos dejados de cotizar por falta de afiliación al sistema pensional, mediante título pensional o cálculo actuarial, aplica exclusivamente para las pensiones de jubilación y vejez, respecto de las cuales se pueda predicar el carácter retrospectivo de las normas que la regulan, pero en manera alguna para las pensiones de invalidez o sobrevivientes, las cuales tienen unas características particulares y diferentes a las de vejez, pues aquellas no se fundamentan en «el hecho de la acumulación de un capital suficiente para financiar una pensión, sino en el **aseguramiento del riesgo**» (fallecimiento o estructuración de la invalidez, según el caso). (subrayas fuera de texto)

Posición reiterada en sentencias SL1807-2022, Radicación n.º 85533 del 24 de mayo de 2022 y SL138-2022, Radicación n.º 87139 del 2 de febrero de dos 2022, entre otras.

Se concluye entonces que en presente caso no es posible validar los ciclos de mayo de 2010 a febrero de 2011 que fueron pagados el 27 de agosto de 2015, pues para tal data al señor JUAN JOSE TABORDA ESTRADA ya se le había determinado que tenía la calidad de inválido, y según se analizó, no se acreditó que se tratara de un caso de mora del empleador en el pago de aportes sino que se trató de una falta de afiliación al sistema, que de haberse realizado hubiera generado en la AFP la obligación de efectuar las acciones de cobro, ante cuya omisión debería responder sumando las semanas no cobradas oportunamente, por lo que no puede convalidarse el pago extemporáneo

que se realizó sin haber precedido una afiliación, porque el mismo se hizo cuando ya había acaecido el riesgo.

Por consiguiente, solo podrán tenerse en cuenta los aportes realizados oportunamente por el actor, es decir las 36.71 semanas cotizadas entre el 7 de marzo de 2009 y el 7 de marzo de 2012, es decir, dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, con las cuales no acredita los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, como lo exige la Ley 860 de 2003.

En consecuencia, se debe REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar se debe ABSOLVER a PROTECCION y la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Empero, tal y como lo ha analizado la jurisprudencia, cuando existe una omisión en la afiliación y ocurre el riesgo durante la duración de la relación laboral, quien debe responder por las prestaciones es el empleador, pues al no haber cumplido su deber de información no se subrogó en el riesgo. Así lo analizó la Corte Suprema en sentencia SL5061-2021, Radicación n.º del 2 de noviembre de 2021, donde se dijo:

“(…)Que al tenor de lo razonado, entre otras, en las sentencias CSJ SL514-2020; CSJ SL514-2020 y CSJ SL3807-2020, el hecho generador de las mismas en el sistema pensional es la relación de trabajo, por tanto, demostrado el vínculo laboral, se impone la contribución al sistema, inclusive, en la modalidad de traslado de cálculos actuariales, para aquellos casos, diferentes de la mora patronal, en los que el empleador no ha cumplido con el deber de inscripción o afiliación al sistema.

Lo anterior, por cuanto no es el trabajador el llamado a soportar las consecuencias negativas de los incumplimientos involucrados en la relación jurídica de la afiliación o cotización, que se generan entre el empleador y el fondo administrador de pensiones.

6. Que ampliando esa máxima, en relación con las pensiones de sobrevivientes e invalidez, que tienen características particulares y diferentes de las de vejez, por encontrarse atadas a la realización del riesgo que se cubre y a unas concepciones de solidaridad, financiación y aseguramiento distintas de la acumulación de capital o aportes, ha de concluirse, que frente a la falta de inscripción o afiliación del trabajador y la estructuración del riesgo, que el llamado a responder por la prestación, es el empleador que omitió su deber.

7. Que, efectivamente, el incumplimiento de esa obligación, por parte del patrono en esos específicos casos, no impide la causación del derecho y, por tanto, su materialización efectiva, sino que imposibilita a la entidad del sistema de pensiones para que subrogue un riesgo que no tuvo oportunidad de gestionar, previo a su ocurrencia, precisamente porque lo que ampara el sistema, tratándose de la invalidez o la muerte, se insiste, es su eventual consolidación.

Al respecto, de manera contundente la Corte en la sentencia CSJ SL1740-2021, puntualizó:

Visto, entonces, que la lógica que guía las pensiones de vejez y sobrevivientes es diferente, se impone también que las consecuencias por las cotizaciones impagadas, varían entre una prestación y otra, así como el remedio que ha de aplicarse para que el trabajador o sus beneficiarios no sufran las consecuencias de una situación anómala que, como se ha dicho, de ninguna manera les es imputable.

En providencia CSJ SL4698-2020, se dijo respecto de la temática que se ha venido estudiando:

De ahí que no le está dado al empleador liberarse de responsabilidad cuando no afilia al trabajador o no cotiza al sistema de seguridad social a su nombre y, en consecuencia, se trunca el derecho pensional, pues si la afiliación no se produce, con independencia de su razón, será responsable de la prestación que hubiera podido otorgar el sistema; y cuando no paga o incurre en mora en la cotización será objeto de las acciones de cobro que la ley prevé para obtener el pago de las cotizaciones causadas y no cubiertas con sus intereses correspondientes.

Es decir, tal como lo adujo la AFP, no se le puede endilgar la omisión de realizar acciones de cobro de los aportes, toda vez que para que exista mora del empleador debe mediar el incumplimiento de una determinada prestación adquirida en virtud de la afiliación del trabajador o de novedad de vinculación laboral; pero como en este asunto, se reitera, no hubo afiliación, si bien no exonera de responsabilidad al dador del empleo, sí impide que se establezca su condición de deudor moroso del sistema. En ese sentido, resulta pertinente reiterar lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL, 23 feb. 2010, rad. 37555, CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211 y CSJ SL1342-2019.

Entonces, tal omisión no genera para el trabajador la pérdida del derecho a la prestación, pero sí apareja, a cargo del empleador el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez o de sobrevivientes o sustitución, por riesgo común, que se llegase a causar, tal como lo dispone el artículo 8.º del Decreto 1642 de 1995 mediante el cual se reglamentó la afiliación de los trabajadores al sistema general de pensiones compilado en el artículo 2.2.4.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que prevé:

[...]

Ahora, esta Sala ha determinado que «ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social» (CSJ SL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJ SL17300-2014, CSJ SL2731-2015, CSJ SL14388-2015). Es decir, en principio, bajo los nuevos criterios de la jurisprudencia, la comprobada falta de afiliación del trabajador daría lugar a la emisión de un cálculo actuarial por parte del empleador y no a que se le imponga el pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones.

No obstante, también ha admitido que la referida orientación ha estado dirigida a las pensiones de jubilación y de vejez, en aplicación de las normas y principios de la Ley 100 de 1993 y bajo la idea de que son derechos en formación, respecto de los cuales se puede predicar «el carácter retrospectivo, que ya ha definido la jurisprudencia de la Sala, tienen las normas de seguridad social, y que permite sean aplicables a situaciones en curso, en el momento que han entrado a regir, como es el caso del derecho a la pensión, que requiere de un término bastante largo para su consolidación, durante el cual el afiliado debe acumular un mínimo de aportes» (CSJ SL2731-2015 y CSJ SL14388-2015).

[...]

En consecuencia, se itera, como la omisión de afiliar al accionante al sistema de pensiones le impidió acceder a las prestaciones a cargo de este, el responsable del pago de la pensión de invalidez y demás prestaciones que de ella deriven es el empleador, en los precisos términos del estatuto de seguridad social y tal como lo concluyó el juez de primera instancia, como quiera que su monto no fue objeto de apelación por ninguna de las partes.”

En el caso de autos, según se analizó, el empleador JHON JAIRO SEGURO, retiró del sistema de pensiones al demandante JUAN JOSÉ TABORDA en mayo de 2009 y si bien no hay prueba de la continuidad de la relación laboral después de esa fecha, no puede desconocerse que el propio empleador realizó el pago de los aportes por los ciclos de mayo de 2010 a febrero de 2011, aceptando así la existencia de la relación laboral durante este periodo y por tanto al haber omitido realizar la afiliación de su empleado al fondo de pensiones debe responder por las prestaciones que se causaron en dicho lapso ya que la falta de afiliación hizo que no se subrogara en el riesgo con el fondo de pensiones.

Habr   pues de CONDENARSE al señor JHON JAIRO SEGURO a pagar la pensión de invalidez del señor JUAN JOSÉ TABORDA, pues esta no corresponde a la AFP PROTECCIÓN y por tanto deberá hacerlo en los mismos términos ordenados por la a quo, es decir, a partir de la fecha de la estructuración de la invalidez y descontando las incapacidades, ya que esto no hizo parte del recurso de apelación, sumas que deberán ser indexadas a la fecha de pago para compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

No se condena al pago de intereses moratorios como lo había hecho la a quo por cuanto los mismos proceden en caso de mora por parte de los fondos de pensiones, no pudiendo extenderse dicha sanción cuando el pagador es el empleador en virtud de una sentencia judicial que determinó su deber de responder por la prestación por incumplir sus obligaciones patronales.

En consecuencia, la sentencia de primera instancia será REVOCADA y en su lugar se ABSOLVER   a PROTECCIÓN y la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR y se CONDENARÁ a JHON JAIRO SEGURO

Costas en ambas instancias a cargo de JHON JAIRO SEGURO y a favor del demandante. En esta instancia se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1.000.000.

4. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en el nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

DECIDE

PRIMERO: MODIFICA la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín el 28 de mayo de 2019, dentro del proceso ordinario promovido por el señor **JUAN JOSÉ TABORDA ESTRADA** identificado con cedula de ciudadanía 70.410.456 en contra de **PROTECCIÓN**, teniendo como **Litis consorte necesario por pasiva a JHON JAIRO SEGURO y como llamada en garantía a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: REVOCA y en su lugar **ABSUELVE** a **PROTECCIÓN** y a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR** de todas las pretensiones formuladas en su contra.

TERCERO: CONDENA a JHON JAIRO SEGURO identificado con c.c. 98.526.142 a reconocer y pagar al señor **JUAN JOSÉ TABORDA ESTRADA** la pensión de invalidez en cuantía equivalente al salario mínimo al salario mínimo a partir del 7 de marzo de 2012, adeudándole como retroactivo la suma de \$62.190.243, liquidados hasta el 30 de abril de 2019, tal y como fue liquidado por la a quo, descontando los \$5.207.207 pagados por concepto de incapacidades, con la correspondiente indexación a la fecha de pago.

SEGUNDO: Costas en ambas instancias a cargo de JHON JAIRO SEGURO y a favor del demandante. En esta instancia se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1.000.000.

Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.

Los magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL**



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Demandante:	JUAN JOSÉ TABORDA ESTRADA
Demandados:	PROTECCIÓN S.A.
Llamado en garantía:	COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR
Litis consorte por pasiva:	JHON JAIRO SEGURO TABORDA
Radicado No.:	05001-31-05-018-2017-00158-01.
Decisión:	MODIFICA SENTENCIA
Fecha de la sentencia:	12/08/2022

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/100> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 16/08/2022 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario