



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Magistrado ponente

SL3913-2022

Radicación n.º 92727

Acta 31

Valledupar (Cesar), catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **SONIA PATRICIA RÍOS GIRALDO**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 4 de diciembre de 2020, en el proceso que instauró la recurrente contra **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y fue llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

I. ANTECEDENTES

Sonia Patricia Ríos Giraldo llamó a juicio a Colfondos S.A., con el fin de que se declare que le asiste el derecho a la pensión de invalidez de origen común. En consecuencia, solicitó se condene a la AFP a pagar la pensión de invalidez, con las correspondientes mesadas adicionales, los intereses

moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993 y/o indexación.

En lo que interesa al recurso extraordinario, la demandante fundamentó sus peticiones en que reclamó la pensión de invalidez ante la accionada el 28 de agosto de 2014, dado que se le estructuró una merma de su capacidad laboral del 50.75% a partir del 2 de marzo de 2014. Informó que, para el mes de marzo de 2014, era una afiliada cotizante al sistema general de pensiones en el régimen de ahorro individual.

Igualmente, la demandante aseveró que, con el escrito de 7 de abril de 2015, la pasiva le negó la pensión de invalidez por no contar con las 50 semanas de cotización en el último trienio anterior a la fecha de estructuración de la invalidez. La accionante invocó la condición más beneficiosa y la aplicación del art. 39 de la Ley 100 de 1993, fs. 1 al 4.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones, con el argumento de que la accionante no reunía la densidad de cotizaciones exigida por el art. 1 de la Ley 860 de 2003, pues tenía solo 45,5 semanas en ese lapso y no era posible dar aplicación a la condición más beneficiosa solicitada por la actora en los fundamentos de derecho y reconocérsele la pensión con base en el art. 38 (sic) de la Ley 100 de 1993 en su versión original, ya que tampoco cumple con los presupuestos establecidos en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 25 de julio de 2012, no. 38674.

En cuanto a los hechos, la demandada afirmó que la actora reclamó la pensión de invalidez el 28 de enero de 2015, tal como constaba en el documento que fue anexado y no, como ella lo había aseverado en el hecho primero. Aceptó el dictamen de la pérdida de la capacidad laboral del 50,57% de origen común, con fecha de estructuración el 2 de marzo de 2014; y agregó que, posteriormente, en cumplimiento de un fallo de tutela, MAPFRE le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 57.10% con la misma fecha de estructuración 2 de marzo de 2014, con dictamen emitido el 8 de noviembre de 2015.

La pasiva no refutó la afiliación ni el pago de cotizaciones a nombre de la actora en el mes de marzo de 2014, sino que los admitió expresamente y justificó que le negó la pensión de invalidez a la demandante el 7 de abril de 2015, por no cumplir las semanas requeridas por el art. 1 de la Ley 860 de 2003. La demandada invocó los arts. 6 y 10 de la Ley 100 de 1993 sobre los objetivos del sistema integral de seguridad social y el de pensiones, respectivamente, así como el art. 38 *ibidem*, vigente para el 2 de marzo de 2014, que define la condición de invalidez; y el 70 de la misma ley que regula cómo se financian las pensiones de invalidez; junto con el art. 1 de la Ley 860 de 2003 que define cuando se causa la pensión de invalidez en el sistema.

La administradora propuso las excepciones de inexistencia de obligación alguna frente a Colfondos S.A.; improcedencia de la pensión solicitada; exequibilidad del requisito de 50 semanas con fundamento en la sentencia CC

C-428-2009; inaplicabilidad del art. 39 original de la Ley 100 de 1993 por el principio de la condición más beneficiosa; falta de causa para demandar; cobro de lo no debido; buena fe del fondo y prescripción.

El juez de conocimiento aceptó el llamamiento en garantía de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., f. 126, entidad que se opuso a las pretensiones de la demanda. Aceptó la pérdida de capacidad laboral de la actora, con la fecha de estructuración dictaminada, pero alegó que el caso concreto no estaba cubierto por el seguro previsional que había contratado la administradora, puesto que no cumplen las 50 semanas de cotización en el último trienio anterior a la fecha de estructuración de la invalidez.

La aseguradora sostuvo que ciertamente la AFP enjuiciada había contratado con ella una póliza previsional, para el pago de la suma adicional requerida en exceso del capital que haya en la cuenta de ahorro individual del afiliado, los rendimientos y el bono pensional, siempre y cuando se acrediten los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Con base en lo antes dicho, MAPFRE aseveró que ella no era quien debía pagar la pensión, ni asumir la mora ni el pago de las costas. Propuso las excepciones de ausencia de cobertura de la póliza por falta de cumplimiento de requisitos; improcedencia de intereses moratorios; e improcedencia de pretensión de condena en costas en su contra, fs. 140 al 147.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo de 21 de septiembre de 2016 (fls. Vto. 179 y 180) declaró que la actora tiene derecho a que la AFP Colfondos le reconozca y pague la pensión de invalidez de origen común,

[...] en aplicación directa de la Constitución en lo concerniente a los arts. 1º (Estado Social de derecho), 2º (fines esenciales del Estado), 13 (igualdad), 45 (derechos de los jóvenes y adolescentes), 48 (derecho a la seguridad social) y 53 (derecho al mínimo vital), y dadas las circunstancias especiales del presente caso, interpretando el artículo 1º, parágrafo 1º, de la Ley 860 de 2003 de manera amplia y favorable, comprendiendo dentro de los beneficiarios de la citada norma a la joven SONIA PATRICIA RÍOS GIRALDO, lo que en principio le hace merecedora de la pensión de invalidez, en la forma que se expresó en el desarrollo de esta sentencia.

En segundo lugar, declaró que la aseguradora MAPFRE tienen la obligación de reconocer y pagar a la AFP

[...] la suma adicional a la que existe en el fondo de ahorro individual de la demandante como aportes y rendimientos financieros, para financiar la pensión de invalidez a que tiene derecho la actora, con base en la póliza previsional emitida para cubrir a los beneficiarios de COLFONDOS S.A. en cuanto a los riesgos de invalidez y sobrevivientes, en la forma que se expresó en el desarrollo de esta sentencia.

En consecuencia, condenó a Colfondos a reconocer la pensión de invalidez de origen común, a partir del 2 de marzo de 2014, con disfrute a partir de la cesación del pago del auxilio de incapacidad que le reconoció a la actora la EPS a

la que se encontraba afiliada, en cuantía equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente sobre 13 mesadas por año, con las deducciones y aumentos legales, con la indexación, tal y como se expuso en la parte motiva.

Igualmente, profirió condena en contra de la aseguradora MAPFRE por la suma adicional requerida para financiar la pensión de invalidez por riesgo común a que tiene derecho la accionante. Declaró probada la excepción de inexistencia o procedencia de los intereses moratorios, y absolvió a las demandadas de las restantes pretensiones. Finalmente, impuso costas a cargo de ambas enjuiciadas.

Todas las partes presentaron recurso de apelación contra esta decisión.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante fallo de 4 de diciembre de 2020, decidió revocar la sentencia, para negar las pretensiones de la demanda.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró, como fundamento de su decisión, que le correspondía resolver los siguientes problemas jurídicos: a) la procedencia o no del reconocimiento de pensión de invalidez. En caso afirmativo, b) definir el momento a partir del cual se causó el disfrute y si había lugar a la indexación de la condena, así como c) si la llamada en garantía debe

asumir alguna obligación derivada de la sentencia y d) si hay lugar a condenar en costas a la demandada y a la llamada en garantía.

El juez colegiado dio por demostrados los siguientes hechos con prueba documental:

- La accionante nació el 6 de septiembre de 1983 (fl.16)
- El 7 de abril de 2015, Colfondos S.A. negó pensión de invalidez como consecuencia de que la demandante no cotizó, al menos, 50 semanas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la PCL y autorizó la devolución de saldos correspondiente (fl.5/6, 63/65, 172/173).
- Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. notificó a la demandante del dictamen de PCL, mediante comunicación de 31 de diciembre 2014. El dictamen dio cuenta de haber sido elaborado el 29 de noviembre de 2014 y concluyó que, como consecuencia de las secuelas por trauma craneo encefálico severo, presenta una PCL del 50.75%, con fecha de estructuración el 2 de marzo de 2014, cuando padeció un accidente de tránsito (fl.7/10, 149/151)
- De acuerdo con el reporte de estado de cuenta obrante en fls. 11/14 y 72/73, la demandante inició cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a través de Colfondos S.A., en el mes de julio de 2007, solo por dos días. Reanudó sus cotizaciones del 13 de marzo de 2013 al 31 de diciembre de 2013; suspendió nuevamente y, finalmente, cotizó entre el 2

de febrero de 2014 y el 31 de diciembre de 2015.

- El 8 de diciembre de 2015, Colfondos S.A. notificó a la demandante el dictamen de PCL de 8 de noviembre del mismo año que arrojó un porcentaje del 57.10% de origen común, con fecha de estructuración, el 2 de marzo de 2014 (fl.32/35, 67/70). El dictamen no fue objetado, ni recurrido, ni atacado, dentro de este proceso.
- Inversiones Jubilee S.A.S. certificó el 26 de enero de 2016 que la demandante laboró para esa sociedad entre el 13 de marzo de 2013 y el 31 de diciembre del mismo año como asesora comercial (fl.37); y desde el 2 de febrero de 2014, en el cargo de cajera, encontrándose incapacitada desde el 2 de marzo de 2014 (fl.38). Tales pruebas fueron presentadas por la actora, sin tacharlas, ni contradecirlas; tampoco fueron tachadas u objetadas por la pasiva.
- Colfondos S.A. certificó que la demandante estaba afiliada a esa AFP desde el 25 de julio de 2007, estando activa para el 14 de abril de 2016 (fl.71).

Según el Tribunal, dentro de los hechos de la demanda no se adujeron circunstancias por las cuales no cotizó al sistema, ni la imposibilidad de acceder al mercado laboral, ni que trabajó en el sector informal, como tampoco que hubiera tenido relaciones de trabajo sin aseguramiento. Seguidamente, el juez colegiado estudió los siguientes aspectos:

Comenzó diciendo que, por regla general, la pensión de invalidez se regula por la norma que está vigente a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del afiliado.

La PCL de la demandante se estructuró el 2 de marzo de 2014, momento en el cual regía el art. 1 de la Ley 860 de 2003 que, en su numeral 2º, exige al afiliado haber cotizado 50 semanas en los últimos tres años anteriores a la ocurrencia del hecho causante de la PCL. Igualmente, anotó que el parágrafo 1 de la referida norma dispone que *«los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria»*.

Sobre el parágrafo 1 de esta norma, en la que se fundamentó el juez de primera instancia para reconocer la pensión de invalidez deprecada en la demanda por calificar a la actora como *persona joven*, el juez colegiado anotó que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C020-2015, bajo el entendido de que la población joven cuyos intereses pretende proteger es la que cuente hasta con 26 años.

No obstante, advirtió que, en el asunto concreto, en la fecha de estructuración de su PCL, Sonia Patricia Ríos Giraldo contaba ya con 30 años de edad, pues nació el 6 de septiembre de 1983, f. 6, razón por la que no procedía la pensión de vejez al tenor de lo dispuesto en el parágrafo 1 de

la referida norma, pues ella superaba la edad máxima que el órgano de cierre constitucional dispuso como límite para aplicarlo, sin que pudiera esa Sala exceder una interpretación que contraríe la decisión adoptada en la sentencia CC C-020-2015.

En este sentido, le dio la razón a la demandada y a la llamada en garantía, en su oposición a lo pretendido por la actora.

El sentenciador también asentó que, bajo las referidas circunstancias, la situación de la demandante debió analizarse al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del art. 1 de la Ley 860 de 2003 que exige 50 semanas de cotización en los tres años anteriores a la fecha de estructuración. Para ello, tuvo en cuenta que la demandante contaba con 317 días cotizados entre el 13 de marzo de 2013 y el 2 de marzo de 2014, equivalentes a 45.87 semanas que eran insuficientes por sí solas para causar la prestación por ese riesgo.

Manifestó que esa densidad no se modificaba por el hecho de reflejar la historia laboral una aparente mora en el pago de cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, (no alegada por la demandante) del ciclo de enero de 2014, por dos días del mes de febrero de ese año y 2 más en el mes de marzo del mismo año, equivalentes a 4.86 semanas, que, de ser verídicas, habrían permitido aplicar el precedente judicial en la materia que ha sido reiterado en las sentencias CSJ SL3550-2018, CSJ SL3091-2019 y CSJ SL3665-2019, proferidas por la Sala de Casación Laboral de

la Corte Suprema de Justicia, donde se ha determinado que los periodos reportados en mora, como consecuencia de la falta de pago de cotización de los afiliados por los empleadores, deben validarse como cotizados, al no trasladarse al afiliado las consecuencias de la omisión de pago del empleador, cuando las AFP no demuestran el cumplimiento del deber de cobro de las cotizaciones.

Sin embargo, según el juez de la alzada, de las certificaciones presentadas con la demanda (no desmentidas, ni desvirtuadas) obrantes en fls.37/38, se infiere que durante el periodo que Colfondos S.A. anota la aparente mora, comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 1 de febrero de 2014, no existió vinculación laboral de la hoy demandante con la sociedad Jubilee S.A.S. ni con otro empleador, ni de manera independiente, puesto que la actora inició un segundo contrato de trabajo con esta empresa el 2 de febrero de 2014; de ahí que no exista mora en el pago de tales cotizaciones y sólo pueden contabilizarse los días 1 y 2 de marzo de 2014, equivalentes a 0.29 semanas, según el siguiente cuadro.

Ciclo	Días cotizados	Existencia de la relación laboral	Mora
Julio de 2007	2	Si	No
13/03/13 a 31/12/13	288	Si	No
01/01/14 a 01/02/14	Ninguno	No	No
02/02/14 a 31/12/15	326	Si	Si. De dos días correspondiente a marzo de 2014

Así, el juez de segunda instancia determinó que, al no

reunir la demandante al menos 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores al 2 de marzo de 2014, día en que ocurrió el accidente que originó su PCL, sobre la cual no se adujo objeción ni recurso alguno, no había lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, debiendo revocar la sentencia materia de apelación.

Por otra parte, el Tribunal refirió que, desde el escrito de demanda, la demandante fundamentó sus pretensiones en la procedibilidad de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en el tránsito legislativo entre la Ley 860 de 2003 y la Ley 100 de 1993, por ello, analizó el problema jurídico desde esa perspectiva, a continuación:

Al respecto, el juez colegiado anotó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia determinó la viabilidad de aplicación del principio cuando el afiliado satisface los requisitos exigidos por la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento de su invalidez, en razón a la expectativa legítima del derecho, sin admitir que pueda acudirse a un ejercicio histórico de normas que regulan la materia.

Además, mencionó que, en el caso del tránsito legislativo entre la Ley 860 de 2003 y Ley 100 de 1993, esta Corporación determinó, en la sentencia CSJ SL2358-2017, reiterada posteriormente, entre otras, en la CSJ SL658-2018 y CSJ SL4489-2019, que sólo es posible diferir los efectos de la ley 860 mencionada hasta el 26 de diciembre de 2006, debiendo demostrar además la calidad de cotizante activo

para la época.

En atención a que la PCL de la demandante se estructuró el 2 de marzo de 2014, el Tribunal sentenció que no era posible aplicar dicho principio en este tránsito. Aclaró que, en ocasiones anteriores, al considerar más garantista de los derechos fundamentales de los afiliados la postura adoptada por la Corte Constitucional que no restringe la aplicación del principio de la condición más beneficiosa a que la PCL se presente con antelación al 26 de diciembre de 2006, esa Sala de decisión había analizado cada asunto en el entendido que, para dar aplicación al principio en el referido tránsito, el afiliado debe contar con el número de semanas exigidas por la Ley 100 de 1993 primigenia en vigencia suya, lo que, en este caso, tampoco se presentaba, pues la primera cotización efectuada por la demandante al sistema pensional, obedeció a dos días de julio de 2007 (fls.11/14, 72/73)

Ahora, respecto de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo presentado entre la Ley 860 de 2003 y el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el juez colegiado mencionó que el precedente judicial trazado por la Sala de Casación Laboral considera inviable su aplicación en este tránsito legislativo -postura que ha sido ratificada en múltiples oportunidades, entre ellas, en las CSJ SL4020-2019, CSJ SL45620919 y CSJ SL3985-2019.

También aludió a la postura contraria de la Corte Constitucional contenida en las sentencias SU-446 de 2016

y SU-556 de 2019, en las que esa Corporación fijó la regla de aplicación del principio en este tránsito consistente en que el afiliado haya cotizado al menos 300 semanas en momento anterior al inicio de la vigencia de la Ley 100 de 1993 o 150 semanas en los 6 años anteriores a la fecha de la estructuración de la PCL.

Recordó que casos como éstos fueron ventilados en las sentencias CC T-915-2014 y CC T-235-2015 a que hizo referencia la parte demandante en sus alegatos de conclusión, para anotar que, aun cuando sobre dicho tópico en concreto, esa Sala de decisión venía acogiendo la postura del órgano de cierre constitucional, por considerarla más garante de los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital de los afiliados al Sistema General en Pensiones, en este caso no aplicaba, puesto que el primer periodo cotizado de la demandante lo fue en el 2007 (sólo 2 días), y no tenía en su haber semana alguna con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pues, al 1 de abril de 1994, sólo tenía nueve años de edad y alcanzó los 18 años en el 2001.

Adicionalmente, el sentenciador refirió que, en sus alegatos de conclusión, el apoderado de la parte demandante había invocado las sentencias de SCL (sic) radicados 3275 de 2019 y 4567 de 2019 proferidas por la Corte Suprema de Justicia, donde se estudiaron casos de demandantes que efectivamente realizaron aportes importantes por trabajo desarrollado en virtud de su real capacidad laboral residual con posterioridad a la fecha de estructuración de su

invalidez, y fueron tenidos como válidamente efectuados, y contabilizados dentro de la densidad de semanas de causación de la prestación.

Seguidamente, el Tribunal observó la diferencia de ese precedente con la situación de la hoy demandante, quien, si bien presentaba cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración de la PCL, éstas no obedecen a un efectivo servicio prestado en ejercicio de capacidad laboral residual, porque carece de ella, ya que su PCL se estructuró en la misma fecha del accidente de tránsito que le generó TCE severo y síndrome demencial post TCE, con diagnóstico siquiátrico de secuelas funcionales definitivas y compromiso cognitivo grave, no pudiendo ser independiente. De tal suerte, determinó que los aportes que fueron sufragados por su empleador corresponden a periodos de incapacidades médicas continuas, generadas a partir del accidente (fl.38), según certificó la aseguradora Mapfre. Todo lo cual, hacía inviable estudiar el cumplimiento de requisitos, desde un momento posterior al 2 de marzo de 2014.

Finalmente, el Tribunal dispuso que las excepciones formuladas por la demandada y la llamada en garantía se entendían implícitamente resueltas. También condenó en costas, en ambas instancias, a cargo de la demandante.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte actora, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

La recurrente pretende que la Corte case la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, confirme parcialmente la sentencia de primera instancia en cuanto a las condenas que ordenó y la modifique accediendo al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde que se le estructuró la merma de la capacidad laboral en más del 50%, a partir del 2 de marzo de 2014, sin que se condicione su disfrute a partir de la fecha de cesación del pago de incapacidades reconocidas por el sistema general de seguridad social en el régimen contributivo.

Con tal propósito, la censura formuló dos cargos, por la causal primera de casación, los cuales fueron replicados por la administradora y la aseguradora, y se estudiarán conjuntamente, por acusar las mismas normas y valerse de los mismos argumentos.

VI. CARGO PRIMERO

La recurrente acusa la sentencia por haber infringido directamente la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, los artículos 1, 2, 13, 47, 48, 53, 54, 68 y 230 de la Constitución Política, del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por la Ley 22 de 1967 y ratificado por el Estado colombiano el 4 de marzo de 1969; artículo 4 del Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por la Ley 82 de 1988, Convención Interamericana para la Eliminación

de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobado por la Ley 762 de 2002; artículos 3, 4, 5, 12, 25 y 28 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009; artículos 3, 4, 5, y 12 de la Ley Estatutaria 1618 de 2013; artículo 17 de la Ley 100 de 1963, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, los artículos 19 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo; y la sentencia SU- 588 de 2016 de la Corte Constitucional y aplicó indebidamente el artículo 39 original de la Ley 100 de 1993.

La censura manifestó que no eran tema de controversia las premisas fácticas que fueron asentadas por el Tribunal. Delimitó que la discrepancia era frente a la aplicación que el juzgador le dio al artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en relación con el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, al razonar que no tenía derecho a la pensión de invalidez por estimar que no tenía acreditado, al menos, 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y que las cotizaciones efectuadas por su empleador de manera posterior a la fecha de estructuración de la invalidez no se tendrían en cuenta por corresponder a periodos de incapacidades médicas continuas, generadas a partir del accidente que padeció.

Señaló que, en el razonamiento que concibió el Tribunal, es claro que aplicó indebidamente las normas enlistadas en la proposición jurídica al desconocer la pretendida pensión de invalidez, ya que, en su criterio, ellas deben armonizarse con los artículos 13, 46, 47, 48, 53, 54,

68, 93, 230 superiores que constitucionalizan el derecho a que las personas en condición de discapacidad accedan a una pensión de invalidez.

Manifestó que la Constitución de 1991 consagró, en su artículo 48, la seguridad social como un derecho humano y como un servicio público de carácter obligatorio, el cual se deberá prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, teniendo como principios orientadores la eficiencia, la universalidad y la solidaridad, y tal precepto superior fue reglamentado por la Ley 100 de 1993, creando un sistema integral de seguridad social compuesto, entre otros, por el sistema general de pensiones que vela por el reconocimiento y pago de una serie de prestaciones económicas entre ellas la pensión de invalidez.

Sostuvo que la pensión de invalidez constituye uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social como es el amparar la contingencia derivada de la invalidez.

Agregó que el propósito esencial de esta prestación social es proteger a la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral, puesto que, dicha limitación, física o mental, impacta negativamente la calidad de vida del ser humano y la eficacia de otros derechos sociales y que, de igual manera, busca proteger el mínimo vital de la persona y su núcleo familiar, cuando éste depende de los ingresos económicos del afiliado.

Aseveró que, por lo anterior, los operadores jurídicos (Art. 228 C. N.) deben efectuar una interpretación de las normas jurídicas que guarde armonía con los postulados constitucionales que garantizan a todos los habitantes del territorio nacional el derecho irrenunciable a la seguridad social.

Acusó que la norma que aplicó indebidamente el Tribunal para dirimir la litis fue el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, pues este precepto si bien consagra, como regla general, que para acceder a la prestación, el afiliado debe acreditar 50 semanas de cotización en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, sin embargo, también es cierto que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Laboral han establecido una excepción a dicha regla y permiten que se acrediten las 50 semanas de cotización, bien sea al momento de solicitar la prestación o cuando se realice la calificación de la merma de la capacidad laboral o hasta cuando se efectuó la última cotización al sistema general de pensiones, para de esta manera conceder la pensión de invalidez, densidad que efectivamente tengo, bien en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de calificación de la invalidez, o al momento de solicitar la pensión o en los tres años inmediatamente anteriores cuando efectuó su última cotización al sistema.

Acusó al Tribunal de que se equivocó, erró y aplicó indebidamente la regla jurídica cuando desechó las semanas cotizadas posteriores a la fecha de la estructuración de la

invalidez. De aceptarse esto, afirmó la recurrente, es admitir que las personas que padecen una invalidez por un accidente o una enfermedad de tipo «crónico, degenerativo y/o congénito» por razón de su condición, no tienen la posibilidad de que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez y se discrimina a este contingente de la población que hace parte de ese batallón de discapacitados, señaló la censura.

Argumentó que pensar como lo hace el Tribunal, crea una diferenciación o trato desigual que no deben de existir, pues resultan arbitrarios y contrarios al principio de igualdad consagrado en el artículo 11 (sic) de la Constitución y en el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por la Ley 22 de 1967; también implica desatender principios y mandatos constitucionales, así como instrumentos internacionales ratificados por Colombia que velan por la protección de las personas en situación de discapacidad, particularmente, la igualdad, la prohibición de discriminación y la obligación que tiene el Estado de garantizar el pleno ejercicio de cada una de sus prerrogativas fundamentales de manera que puedan gozar de una vida en condiciones de dignidad y la podrán gozar mediante el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Acusó a la decisión del *ad quem* de ser abiertamente discriminatoria, por cuanto desconoce el principio protector de no discriminación de las personas en condición de discapacidad consagrados en el artículo 5 de la Ley 1346 de 2009, Por medio de la cual se aprueba la «Convención sobre

los Derechos de las personas con Discapacidad», donde indica lo siguiente:

1-Los Estados Parte reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Parte prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Parte adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

Igualmente, acusó la posición del Tribunal de atentar contra lo normado en la *«Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad»*, aprobada por el Estado colombiano mediante la Ley 762 de 2002 y que reza en su artículo 1 numeral 1 literal a):

- a) El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales;

Para la impugnante, el fallo objeto del recurso aplicó indebidamente el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 y se apartó injustificadamente de la finalidad de la pensión de invalidez y, adicional a ello, volvió nugatorio sus derechos humanos

fundamentales y repudia de manera despótica el artículo 13, 47, 48, de la C.P y el artículo 28 numeral 2 de la Ley 1346 de 2009, por medio de la cual se aprueba la «*Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad*», en el cual se reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y a adoptar las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho.

Por consiguiente, la recurrente alegó que, en el *sublite*, era obligación del Tribunal aceptar y convalidar, las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la merma de la capacidad laboral superior al 50% para el reconocimiento de la prestación de invalidez, y dar aplicación al artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

Consideró inequitativo y contrario al postulado legal y a los principios y objetivos de la seguridad social y del sistema integral de seguridad social que no se contabilicen las semanas de cotización posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez para acceder a la pensión por este motivo y que se efectuaron en vigencia del artículo 1 de la Ley 860 de 2003. Además, sostuvo que, si no se tienen en cuenta estas semanas, genera indudablemente un enriquecimiento sin causa para Colfondos S.A al beneficiarse de los aportes efectuados con posterioridad a la estructuración, para luego no tener en cuenta este periodo al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión.

Para reforzar su postura, la censura invocó la sentencia CSJ SL3275-2019 y señaló que, de igual manera, cuando el afiliado, como lo dijo el Tribunal, no cumple a cabalidad con la densidad mínima para pensionarse por invalidez, está dando una aplicación mecánica e indebida del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, pues se desconoce la situación específica de las personas en situación de discapacidad como es la suya y, en tales eventos, la exigencia del requisito de la densidad pensional, como implica la vulneración de derechos fundamentales de manera extrema, se debe inaplicar y reconocer el beneficio pensional, siempre y cuando se hayan cancelado al sistema un número que se acerque a la cifra de 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez, como en el sub judice donde coticé 46,16 semanas, de modo que negar la prestación por esta razón, solo da lugar a una desprotección irrazonable y desproporcionada, en un escenario en el que «*casi*» se acreditan los requisitos para acceder a la pensión, y la aplicación fría y mecánica de la norma genera una franca desprotección a los beneficiarios. Por ello, sostuvo que el análisis debe realizarse con flexibilidad, porque solo faltaron 3,84 semanas para cumplir el requisito.

VII. CARGO SEGUNDO

La censura acusa la sentencia de haber infringido directamente la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, los artículos 1, 2, 13, 47,

48, 53, 54, 68 y 230 de la Constitución Política; del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por la Ley 22 de 1967 y ratificado por el Estado colombiano el 4 de marzo de 1969; artículo 4 del Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por la Ley 82 de 1988; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobado por la Ley 762 de 2002, artículos 3,4,5,12,25,28; de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la Ley 1346 de 2009; artículo 3, 4, 5, y 12 de la Ley Estatutaria 1618 de 2013, artículo 17 de la Ley 100 de 1963, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, los artículos 19 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo; y la sentencia SU- 588 de 2016 de la Corte Constitucional y aplicó indebidamente el artículo 39 original de la Ley 100 de 1993.

La recurrente también dejó en claro que, por la vía de impugnación escogida, no discutía las conclusiones fácticas sobre las que el Tribunal edificó su fallo. Manifestó que lo que no se comparte es la lectura que el juzgador le dio al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y que se hubiese rebelado en la aplicación del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, al razonar que no tenía derecho a la pensión de invalidez por considerar que no tenía acreditado, al menos, 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, y que las cotizaciones efectuadas por su empleador de manera posterior a la fecha de estructuración de la invalidez no se tendrían en cuenta porque corresponden a periodos de incapacidades médicas

continuas, generadas a partir del accidente que padeció.

Para la demostración del cargo, la censura repitió los argumentos expuestos en la sustentación del cargo anterior.

VIII. RÉPLICA DE COLFONDOS

La administradora presentó réplica conjunta contra los dos cargos, teniendo en cuenta que fueron dirigidos por la vía directa y que tienen la misma finalidad. Así, solicitó no casar la sentencia, dado que no existe aplicación indebida y mucho menos interpretación errónea, por las siguientes razones.

La AFP manifestó que, conforme a la fecha de estructuración de la invalidez, no discutida en sede de casación, la norma aplicable al caso es el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, dado que es la norma vigente que regula las cotizaciones mínimas requeridas para alcanzar el derecho a la pensión de invalidez.

Por tanto, argumentó que no hubo aplicación indebida de este artículo, como quiera que no se puede recurrir a ninguna otra norma que regule el reconocimiento de la pensión de invalidez, en atención a la fecha de estructuración que fue establecida y dividió sus consideraciones en cuatro partes, así:

1. Aplicación de la norma vigente a la fecha de estructuración de la invalidez e imposibilidad de

aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

En cuanto a dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, para, en lugar de la norma mencionada, dar aplicación al art. 39 original de la Ley 100 de 1993, o más aún, dejar de aplicar esta para dar paso al Decreto 758 de 1990, la réplica sostuvo que no era de recibo en el presente proceso, puesto que debe recordarse que dicho principio, tal como lo tienen señalado la Sala de Casación Laboral y la Corte Constitucional, opera para validar el cumplimiento de los requisitos de cotización para la causación del derecho a la pensión de invalidez, cuando el trabajador estaba afiliado y cotizando bajo el imperio de normas anteriores a la vigente, siempre que haya cumplido con las semanas mínimas requeridas para cada una de ellas, pero limitado, en todo caso, conforme a la Corte Suprema de Justicia, a la norma anterior a la vigente y, en todo caso, en los eventos en los cuales la invalidez debe estructurarse a más tardar el 26 de diciembre de 2006, como acertadamente lo señaló el Tribunal en su sentencia.

Por lo anterior, sostuvo que, en el caso de la demandante, no resultaba aplicable ese principio, puesto que la actora no se encontraba afiliada ni cotizando a la seguridad social, en vigencia de las normas antes mencionadas.

2. Imposibilidad de aplicación del párrafo 1 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

Respecto de la aplicación del párrafo 1 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, la entidad opositora afirmó que dicha norma no requiere mayor análisis para llegar a la acertada conclusión a la que arribó el Tribunal, en cuanto a que la demandante no podía acceder a la pensión de invalidez.

Recordó que la demandante, para la fecha de estructuración de su invalidez, esto es, el 2 de marzo de 2014, contaba con más de 30 años cumplidos, dada su fecha de nacimiento, de 6 de diciembre de 1983. Por tanto, conforme a la sentencia CC C-020-2015 que declaró la exequibilidad de este artículo, así como conforme a la copiosa y reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sede de tutela, su aplicación se encuentra restringida para aquellos casos en los cuales la fecha de estructuración de invalidez se presenta antes del cumplimiento de la edad de 26 años.

Sostuvo que tampoco era posible alegar la excepción de inconstitucionalidad de una norma que ha sido objeto de declaratoria de exequibilidad mediante sentencia con efectos *erga omnes*, como lo ha señalado la misma Corte Constitucional.

3. Inexistencia de interpretación indebida del artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

La réplica manifestó que la demandante no concretó ni demostró la interpretación indebida del artículo 1 de la Ley

860 de 2003, ni mucho menos aun logró demostrar cómo la interpretación de la misma norma, aplicando la exigencia de 50 semanas de cotización al caso de la demandante, vulnera los convenios y leyes antes mencionados, así como los artículos de la Constitución señalados, recurriendo a manifestaciones genéricas de presunta discriminación, sin demostrarla en forma alguna, siendo ello su carga argumentativa.

Recordó que, por el contrario, el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 fue objeto precisamente de declaratoria de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional, en sentencia C-428 de 2009, al enjuiciarse el requisito de cotización de 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de invalidez, encontrándose que el mismo no resultaba contrario al principio de progresividad de la seguridad social y, por tanto, no era regresivo.

En consecuencia, dado el efecto *erga omnes* de la sentencia en mención que consideró dicho artículo ajustado a la Constitución nacional, para la réplica, ese precepto debe ser aplicado por los jueces y operadores jurídicos, tal como lo señaló la Corte Constitucional en su sentencia T-453 de 2011. Así mismo, la Corte Constitucional, en sentencia T-485 de 2009, consideró que no puede invocarse la inconstitucionalidad por vía de excepción de una norma que ha sido objeto de sentencia de constitucionalidad, en un caso en el cual se pretendió dejar de aplicar esta norma por vía de dicha excepción. En consecuencia, dado que el requisito de

cobertura de 50 semanas para la pensión de invalidez no lesiona el principio de progresividad, no puede el juez competente dejar de aplicarlo.

4. Inexistencia de interpretación errónea del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, por no computarse las semanas de cotización posteriores a la fecha de estructuración de invalidez.

La administradora opositora se lamentó de que la demandante en casación citara jurisprudencia de la Corte Constitucional, reiterada por cierto, conforme a la cual se permite la validación de las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, para efectos de la cobertura, pues, según esta misma jurisprudencia, dicha tesis resulta procedente en los casos precisos en los cuales el afiliado padece una enfermedad catalogada por la Corte *como congénita, catastrófica o degenerativa*, es decir, la limita, en primer término, a enfermedades, no accidentes; segundo, solo refiere para enfermedades con esta connotación; y tercero, cuando dichos aportes se realizaron con base en una probada capacidad laboral residual que le permitió al trabajador laborar, y, por tanto, realizar aportes; de manera que se toman en cuenta los aportes que fueron efectuados con posterioridad a la fecha de estructuración de invalidez, en función de las condiciones propias de agravación del estado de salud del afiliado, dada la especial naturaleza de su enfermedad y, reiteró, en reconocimiento de la capacidad laboral residual y prestación de sus servicios.

Adicionalmente, la parte opositora se quejó de que la demandante pretendiera darle a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que invoca un alcance que no tiene, omitiendo para el efecto apartes de la sentencia en su transcripción, al tiempo que no fue un hecho debatido en el proceso y, por tanto, fue aceptado por las partes, que la demandante sufrió un accidente de origen común, de tal intensidad, que su calificación de invalidez se estructuró precisamente en la fecha en que ocurrió tal suceso, el cual no le permitió volver a laborar, hecho que no es dable discutir en casación y, menos aún, por la vía directa.

Es más, la jurisprudencia que la demandante señala de la Corte Constitucional delimitó la validez de la cotización de dichas semanas, amparado en la capacidad laboral residual del afiliado aquejado por enfermedades congénitas, crónicas y degenerativas, únicamente, y señalando que, si se ignoran las exigencias de cotizaciones previstas en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, favorecería el fraude al sistema de seguridad social.

Finalmente, frente al argumento de interpretación errónea del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, por no conceder la pensión con 46,16 semanas, al faltar 3,84 semanas de cotización, la réplica señaló que dicho pedimento no encuentra sustento jurídico alguno, ni por ello se discrimina a la demandante ni se vulneran normas supralegales, ni sus derechos constitucionales, más aún si se tiene en cuenta la exequibilidad mencionada del requisito de cotización que no puede dejar de ser aplicado por excepción de

constitucionalidad, como antes se expuso, y, por el contrario, de ampararse dicha posibilidad, se desconocería el derecho a la igualdad de miles de colombianos que no han recibido el reconocimiento de la pensión de invalidez, dado que no cumplieron con el número de semanas mínimas requeridas y se dejaría de lado, sin razones jurídicas y técnicas, la exigencia de cotizaciones tantas veces señaladas.

Para finalizar, la réplica sostuvo que no es cierto que existe un enriquecimiento sin causa para Colfondos por el hecho de haber recibido cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración de invalidez, puesto que los pagos no pueden ser rechazados por las administradoras del sistema de pensiones, y los aportes pensionales son depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los cuales integraran la devolución de saldos a la cual tiene derecho.

De manera que, por no ser válidos dichos aportes para cobertura, reiteró la AFP, por no cumplir con el número de semanas mínimas requeridas y no tratarse de una enfermedad crónica, congénita o degenerativa y, por tanto, no dar derecho a la pensión, ni al haberse hecho las cotizaciones bajo la prestación del servicio y por cuenta de una capacidad laboral residual, la demandante no puede injustamente tildar en casación que el sistema se lucra indebidamente de dichos aportes pensionales.

IX. RÉPLICA DE MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Respecto del primer cargo, la aseguradora manifestó que claramente la sustentación y la forma como se invocó la causal conlleva un error incorregible de técnica de casación, toda vez que la sustentación lleva a colegir que la discusión versa sobre un error en el resultado de la utilización de la norma según los hechos que se dieron o no por demostrados (las semanas cotizadas), pero, en su criterio, la forma como se invocó la causal no guarda relación con esto, puesto que no se trata de una indebida escogencia de la norma que permitió decidir el litigio.

Esa situación, según la aseguradora, conlleva a que no se cumplan con los requisitos exigidos por el artículo 90 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, con lo cual el cargo resulta inocuo y no está llamado a ser objeto de estudio.

En el evento de estudiarse de fondo el cargo, anotó, que no le asiste razón a la casacionista en su argumentación, la cual debe ser desechada íntegramente. Refirió que la parte impugnante hizo un análisis parcial de la sentencia, desconociendo que el *ad quem* hizo un estudio del caso desde varias teorías jurídicas que favorecían al afiliado para que se diera el reconocimiento de la prestación, llegando a la conclusión de que la sentencia de primera instancia debía ser revocada.

A la aseguradora, no le mereció reproche alguno el que el Tribunal estableciera que el caso sería analizado a partir del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, puesto que era la norma

vigente para el momento en que estructuró la pérdida de capacidad laboral de la señora Ríos Giraldo (02 de marzo de 2014).

Seguidamente, consideró acertado que el Tribunal determinara el error del *a quo* derivado de la escogencia indebida de la norma aplicable para resolver el caso, ya que la demandante, para el momento la estructuración de la invalidez, contaba con la edad de 30 años, lo que conllevaba a que no se cumpliera el requisito exigido en la norma, ni el presupuesto de tener menos de 26 años, establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-020 de 2015.

La réplica señaló que, contrario a lo indicado por la casacionista, el Tribunal, en búsqueda de evitar una vulneración del derecho a la seguridad social de la demandante y del mínimo vital, hizo un estudio del caso desde la aplicación del denominado principio de la condición más beneficiosa, encontrando que este no podía perseverar en el caso de estudio, por cuanto la actora no estuvo afiliada ni cotizó en vigencia de normas anteriores a la Ley 860 de 2003.

La antagonista del recurso estimó evidente que el Tribunal hizo un estudio del caso aplicando de manera correcta los artículos 13, 46, 47, 48, 53, 54, 68 93 y 230 de la norma superior que regulan el derecho a la seguridad social, el mínimo vital y la posibilidad de que las personas con alguna discapacidad accedan a la pensión de invalidez. Sin embargo, no puede predicarse un error en la aplicación

de dichas normas, por el hecho de no reconocerse la referida pensión, más cuando esa decisión tiene fundamento en un análisis detallado y amplio que derivó en la negativa ante un hecho como era que la ausencia de las cotizaciones mínimas exigidas por la ley impide el reconocimiento de la prestación.

La aseguradora manifestó que no se puede discutir que las normas mencionadas buscan en la pensión de invalidez un mecanismo de protección para aquellas personas con una discapacidad, para lo cual el legislador, haciendo una regulación de esta prestación, fija unos presupuestos mínimos para su reconocimiento, e incluso el órgano jurisdiccional establece una “flexibilidad” en estos, en procura de cobijar una extensión mayor de la población.

Agregó que, como en el caso de estudio, a pesar del razonamiento del *ad quem* de todas las teorías favorables a la demandante, ésta no cumplía con los requisitos mínimos exigidos por el legislador, situación que derivó en la negativa de la pretensión incoada, pues de acogerse la solicitud de la parte demandante sin el cumplimiento de los requisitos legales o jurisprudenciales, no tendría sentido alguno el establecimiento de los mismos y la pensión de invalidez procedería para toda aquella persona que pida su reconocimiento, lo que haría inviable el sistema de seguridad social en un Estado Social de Derecho; pretender que se omitan los requisitos que la jurisprudencia ha señalado para que se aplique el principio de la condición más beneficiosa como lo pretende la accionante, es buscar que a toda persona se le reconozca la pensión de invalidez.

Le criticó a la recurrente por extrañar la aplicación de la sentencia CSJ SL3275-2019 que indicó la procedencia de contabilizar los aportes realizados por el afiliado con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, haciendo uso de su capacidad residual, pues desconoció que el Tribunal hizo un estudio de la sentencia considerando que no era aplicable al caso, porque no se cumplieron los presupuestos de que el caso se trate de persona con enfermedad degenerativa, crónica y/o congénita, patologías que, debido a sus características, se presentan desde el nacimiento o son de larga duración y progresivas. Aunado a que las cotizaciones efectuadas después de la estructuración de la invalidez debieron ser sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado, todo lo cual no aparece acreditado en el proceso.

En lo concerniente al enriquecimiento sin causa, la aseguradora manifestó que no se cumplen los presupuestos de esta figura, es decir, no hay un enriquecimiento o aumento del patrimonio de Colfondos, pues los aportes no son de ésta, sino del sistema; no hay un empobrecimiento correlativo de otro, dado que fueron aportes realizados por el empleador de la demandante; y el pago de estos se dio con fundamento en la ley.

Finalmente, le réplica reprochó que la parte impugnante hiciera una exposición de las normas cuya violación predica, pero no una demostración, es decir, no existe en la argumentación nada que sustente el cargo, es decir, un por

qué de la violación predicada, llevando esto a que no se cumpla con los requisitos del artículo 90 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, para que prospere el cargo.

X. CONSIDERACIONES

Como los dos cargos fueron presentados por la vía directa, no es materia de controversia en casación los supuestos fácticos establecidos por el juez colegiado y que son relevantes para resolver el recurso, a saber:

- La accionante nació el 6 de septiembre de 1983 (fl.16)
- El primer dictamen de 29 de noviembre de 2014 concluyó que, como consecuencia de las secuelas por trauma craneo encefálico severo, la actora presenta una PCL del 50.75%, con fecha de estructuración el 2 de marzo de 2014, cuando padeció un accidente de tránsito (fl.7/10, 149/151)
- De acuerdo con el reporte de estado de cuenta obrante en fls. 11/14 y 72/73, la demandante inició cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a través de Colfondos S.A., en el mes de julio de 2007, solo por dos días. Reanudó sus cotizaciones del 13 de marzo de 2013 al 31 de diciembre de 2013; suspendió nuevamente y, finalmente, cotizó entre el 2 de febrero de 2014 al 31 de diciembre de 2015.
- El 8 de diciembre de 2015, Colfondos S.A. notificó a la demandante el segundo dictamen de PCL de 8 de noviembre del mismo año, el cual arrojó un porcentaje

del 57.10% de pérdida de capacidad origen común, con fecha de estructuración, el 2 de marzo de 2014 (fl.32/35, 67/70). Ese dictamen no fue objetado, ni recurrido, ni atacado, dentro de este proceso.

- Inversiones Jubilee S.A.S. certificó el 26 de enero de 2016 que la demandante laboró para esa sociedad entre el 13 de marzo de 2013 y el 31 de diciembre del mismo año como asesora comercial (fl.37); y desde el 2 de febrero de 2014, en el cargo de cajera, encontrándose incapacitada desde el 2 de marzo de 2014 (fl.38).
- Colfondos S.A. certificó que la demandante estaba afiliada a esa AFP desde el 25 de julio de 2007, encontrándose activa para el 14 de abril de 2016 (fl.71).

Dado los precitados supuestos fácticos, el Tribunal negó la pensión de invalidez, porque la actora no cumple con el requisito de las 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez en el 57.10%, esto es, al 2 de marzo de 2014, por cuanto ella solo completó 45.87 semanas para ese momento. Además, decidió que el principio de la condición más beneficiosa no tenía aplicación en este caso, porque la demandante no estuvo afiliada ni cotizó en vigencia de normas anteriores; y tampoco se le podía aplicar el parágrafo 1º del nl. 2º del art. 39 de la Ley 100 de 1993, modificado el art. 1 de la Ley 860 de 2003, dado que ella tenía 30 años para el momento de la estructuración, por tanto, no entraba a la categoría de joven como se definió en la sentencia CC C-020 de 2015.

Los reparos que hizo la parte recurrente por la vía

directa, por interpretación errónea y aplicación indebida, en cargos separados, del art. 1 de la Ley 860 de 2003 y demás normas constitucionales e internacionales relacionadas con los derechos humanos de las personas en condición de discapacidad y no discriminación que fueron incluidas en la proposición jurídica, se pueden sintetizar en que, en su criterio, la trasgresión legal denunciada se presentó, por cuanto el juez colegiado no podía aplicar automáticamente el requisito de la densidad de cotizaciones que exige dicho precepto legal, esto es, 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores al 2 de marzo de 2014, y, por tanto, debió incluir en dicho cómputo las semanas cotizadas después de esta fecha que realizó la accionante, cuando se encontraba en incapacidad médica, pues, de lo contrario, se desconocen los derechos humanos de las personas en estado de discapacidad y se les discrimina.

Conforme a la jurisprudencia de esta Sala, corresponde decir que la razón no está de lado de la censura.

La censura acusa de forma separada la aplicación indebida y la interpretación errónea del art. 1 de la Ley 860 de 2003. Si bien en la demostración de los cargos no se dieron mayores argumentos para demostrar la aplicación indebida o la interpretación errónea de la citada disposición de cara a las normas internacionales invocada por la recurrente, esto no es un yerro de técnica relevante, porque bien puede entender la Sala que la censura le reprochó al juez colegiado que le negara la pensión de invalidez por no reunir la densidad de cotizaciones que prevé el referido art. 1

de la Ley 860 de 2003, en tanto que la censura alegó que el Tribunal no tuvo en cuenta que le faltaron muy pocas semanas cotizadas a la fecha de estructuración y, de acuerdo con sus argumentos jurídicos, se podía dar por cumplido ese requisito del citado art. 1, pero que, además, se le debieron tomar en cuenta las cotizaciones realizadas después de la estructuración con fundamento en el mismo art. 1 de la Ley 860 de 2003 y en la jurisprudencia, para que se acogiera en todo caso la mejor interpretación o se aplicara de mejor manera el precepto y se le reconociera la pensión, para así garantizar los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

Precisado lo anterior, la Sala considera que la censura no tiene razón, puesto que el art. 1 de la Ley 860 de 2003 tiene claramente preestablecido el requisito de la densidad de cotizaciones para causar la pensión, tal y como lo entendió el juez colegiado, y la pérdida de capacidad laboral de la actora del 57.10% se derivó de un accidente de origen común que no le permitió volver a laborar, por tanto, la pérdida de capacidad laboral no provino de una enfermedad catalogada como crónica, degenerativa o congénita, tampoco de secuelas tardías, ni las cotizaciones fueron realizadas en virtud de un trabajo practicado después del accidente o de la fecha de estructuración que, para este caso, coinciden.

Esos son los únicos eventos en los cuales, esta Sala de Casación, a partir de la sentencia CSJ SL3275-2019, varió su línea de pensamiento en cuanto al momento desde cuándo deben contabilizarse los aportes o semanas que dan lugar a

la prestación pensional originada en una de esas particulares contingencias, y abrió la posibilidad de que se tenga en cuenta, entre otras, la de la última cotización efectuada, en el entendido de que es esa calenda donde se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando.

Ahora bien, la censura no controvierte que el derecho pensional pretendido se regula por el art. 1 de la Ley 860 de 2003 que modificó el art. 39 de la Ley 100 de 1993, pues solo se lamentó del sentido que le dio el juez colegiado y de su forma de aplicación.

En el caso de autos, los dos dictámenes de pérdida de la capacidad laboral fueron practicados en vigencia del D. 1507 de 2014, por el cual se expidió el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional. El art. 3 del referido D. 1507 define la fecha de estructuración así:

Fecha de estructuración: Se entiende como la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.

Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral.

Por otra parte, esta Sala reconoce que hay situaciones específicas donde el cómputo de la densidad de cotizaciones puede variar, pero se debe advertir que se trata de una excepción por razones justificadas y no es la regla general, como parece entenderlo la censura en su argumentación. Así lo tiene dicho esta Sala, entre otras, en la sentencia CSJ SL3480-2022, así:

[...] a partir de la sentencia CSJ SL3275-2019, la Corte varió su línea de pensamiento en cuanto al momento desde cuando deben contabilizarse los aportes o semanas que dan lugar a la prestación pensional originada en contingencias particulares, relacionadas con enfermedades catalogadas como crónicas, degenerativas o congénitas, casos en los cuales se puede tener en cuenta entre otras, la de la última cotización efectuada, bajo el entendido de que en esa calenda se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando.

[...]
Conforme al criterio actual de la Sala, la regla general para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez consiste en acreditar una pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 50% y una densidad de semanas cotizadas dentro de un lapso o tiempo determinado, anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y, de manera excepcional, en relación con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, es posible contabilizar las semanas posteriores a la estructuración de dicho estado, siempre y cuando sean producto de la capacidad laboral que le permita al afiliado desempeñar una labor y, en esa medida, trabajar y cotizar (CSJ SL2332-2021).

Conforme a lo anterior, a *contrario sensu*, si la pérdida de capacidad laboral proviene de otras enfermedades que no sean congénitas, crónicas, degenerativas, ni sea de eventos en que se presentan secuelas ulteriores o tardías, la regla en el cómputo de la densidad de cotizaciones del art. 1 de la Ley 860 de 2003 se aplica tal cual como dice claramente la norma y lo entendió el juez colegiado, y, en estos casos, las cotizaciones que se realicen **en estado de incapacidad**, con

posterioridad a la fecha de estructuración no llevan a modificar la fecha de corte para el cómputo de los tres años dentro de los cuales se deben reunir las 50 semanas de cotización.

Lo anterior guarda consonancia con lo que se dijo en otra decisión más reciente, la CSJ SL5170-2021, cuando resolvió la cuestión desde cuándo se comenzaba a reconocer la pensión de invalidez en los casos donde el afiliado estuvo en incapacidad después de la fecha de estructuración y la Sala asentó que la pensión de invalidez se comienza a disfrutar desde el día en que se dejó de recibir el subsidio por incapacidad médica y que las cotizaciones efectuadas durante estas incapacidades se tenían en cuenta para efectos de la definición del IBL y el monto, pero que no servían para completar la densidad de las 50 semanas de cotización en el último trienio, porque eran realizadas después de la fecha de estructuración y no correspondían a la actividad laboral, como sí se aceptaban en el caso de las enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas o en eventos de secuelas tardías. Esto fue lo que dijo la Sala en esa decisión:

[...] no resulta equivocada la exegesis del sentenciador que lo llevó a negar el retroactivo pensional para disponer el pago de las mesadas pensionales *a partir de la cancelación de la última incapacidad*, con fundamento en el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, que estableció:

[...]

Teniendo en cuenta todo lo expuesto en líneas precedentes, la Sala considera necesario precisar su doctrina, en el sentido de señalar que cuando existen subsidios por incapacidad temporal, continuos o discontinuos, con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, las mesadas pensionales se comenzarán a pagar

sólo a partir del momento en que expire el derecho a la última incapacidad, postura con la cual queda rectificadas y delineada su posición con relación a criterios anteriores que le hubieren sido contrarios (SL1562-2019). Destaca esta vez la Sala.

[...]

De otro parte, la discusión que plantea el recurrente en el segundo cargo sobre la liquidación pensional efectuada por el *ad quem*, tiene que ver con los aspectos técnicos relativos al número de semanas cotizadas, al ingreso base de cotización, el ingreso base de liquidación correspondiente al promedio de los salarios cotizados durante los 10 últimos años anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez y al monto de la pensión de invalidez, que se definen y concentran su atención en la historia laboral obrante en el expediente.

En cuanto al monto de la pensión, señala la censura que acreditó un número mayor de semanas cotizadas que le incrementarían el 45% reconocido como monto pensional. Al efecto, revisada la historia laboral (fl. 63 y 64) aparecen cotizadas un total de 534 semanas a la fecha de la estructuración del estado de invalidez, 28 de mayo de 2012, como efectivamente lo determinó la entidad demandada en la Resolución n.º 408374 del 24 de noviembre de 2014, al igual que en número similar encontró el Tribunal al efectuar la liquidación (fl.125).

Al respecto cabe decir que si bien el artículo 40 de la Ley 100 de 1993 dispone que la pensión de invalidez comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado, por lo tanto, para determinar el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión son válidas las cotizaciones efectuadas hasta la fecha de estructuración del estado de invalidez, también lo es que, como con posterioridad a esta fecha al actor le fueron reconocidas incapacidades temporales en algunos períodos, sobre las cuales resultaba *obligatorio* realizar los aportes --art. 70 del Decreto 806 de 1998--, para la Corte resulta más que pertinente incluir en la liquidación de la pensión las cotizaciones realizadas hasta la finalización de la última incapacidad, es decir, hasta el 6 de mayo de 2013.

Al efecto cabe recordar que la jurisprudencia tiene adocinado que para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión de invalidez no se tendrán en cuenta los aportes sufragados con posterioridad a la fecha de estructuración de tal estado (CSJ SL2159-2019, CSJ SL2769-2015, CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 41822), no obstante, en esta oportunidad interesa indicar que, en principio, tal razonamiento está acorde con el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone, como atrás se dijo, que

la pensión de invalidez se comenzará a pagar a partir de la fecha de estructuración, preceptiva que por demás constituye un mecanismo de control a posibles fraudes que se puedan hacer al sistema, pues impide que con posterioridad a dicha data se incremente injustificadamente el ingreso base de cotización o el número de semanas cotizadas, con el fin de acceder a una pensión más alta que la concebida por sistema de manera proporcional al ingreso realmente percibido, pero tal razonamiento no puede conducir a desconocer que la obligación de cotizar subsiste durante el período en que se reconoce al afiliado una incapacidad temporal, por manera que, ese período debe considerarse como de cotización efectiva, por lo que los aportes que se efectúen en tal condición tienen validez para efecto de establecer el ingreso base de liquidación del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, así fueren posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, máxime cuando, como en este caso, la pensión no se reconoce a partir de la fecha de estructuración sino, precisamente, de la expiración de la última incapacidad temporal durante la cual esos aportes son obligatorios, por lo que no existe una razón válida para excluirlos de esa consideración.

Debe reiterarse que el aporte realizado por el período de la incapacidad temporal se tendrá como válido en la medida que guarda relación con la base salarial o el ingreso sobre el cual se venía cotizando de forma regular tanto por los afiliados como por los empleadores, con el fin de preservar el diseño actuarial y financiero del sistema general de pensiones, a través del cual se garantiza el pago de las prestaciones en los dos regímenes, evitando de esta forma que se cometa fraude en el monto de la pensión.

Al respecto, vale la pena memorar que la Corte, en relación con la pensión de invalidez, ya ha aceptado que se puedan contabilizar semanas referentes con posterioridad a la fecha de estructuración del infortunio, no obstante que la referida fecha sigue siendo la misma, por ejemplo, con el fin de acceder al derecho pensional en razón de afecciones de tipo «*congénito, crónico, degenerativo y/o progresivo*», en tres situaciones distintas, esto es: la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, incluso, la data de la última cotización efectuada, de esa manera, de asentarse que las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez no solamente surten efectos para acceder al derecho pensional, sino también, en casos como los citados, para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión. (CSJ SL3275-2019).

En esa línea, si se reconoce la pensión de invalidez a partir del pago de la última incapacidad, es procedente incluir en

el ingreso base de liquidación las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de tal estado, advirtiéndose, eso sí, que la fecha de causación del derecho sigue siendo la misma, es decir, la fecha de estructuración de la invalidez, pues se trata simplemente de atender al efecto económico propio de la cotización obligatoria del sistema de pensiones que cumple con la función de ayudar a financiar la prestación, en otras palabras, las cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración no son válidas para acreditar el requisito de semanas exigido para acceder al derecho pensional, salvo con lo que ocurre tratándose de afiliados que padecen afecciones de tipo «congénito, crónico, degenerativo y/o progresivo», pero sí para establecer el IBL pensional en situaciones en las cuales se está en uso de incapacidades médicas contándose con una estructuración pretérita del derecho pensional, como en este caso ocurrió. Destaca esta vez la Sala.

El anterior criterio armoniza con justicia la imposibilidad de generar mesadas pensionales cuando se está en uso de incapacidades médicas, con la consideración de los aportes pensionales causados durante el curso de las mismas para el establecimiento del IBL pensional.

Igualmente, en la sentencia CSJ SL5576-2021, esta Sala reiteró los casos excepcionales en que se pueden contabilizar las semanas de cotización después de la fecha de estructuración, inclusive las realizadas en incapacidad médica, de la siguiente manera:

De modo que los aportes que una persona trabajadora en estas condiciones efectúe al sistema de seguridad social en pensiones deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento eventual de la prestación, así estos se hagan con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada en un dictamen y, en consecuencia, se reitera, para analizar el requisito de la densidad de semanas es posible computar la última cotización efectuada al estimarse que a partir de allí el individuo tuvo una situación de invalidez en los términos establecidos en el artículo 3.º del Decreto 917 de 1999, esto es, *una pérdida de capacidad laboral en forma permanente y definitiva*.

Ahora, no se trata en estricto rigor de que se cambie la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral en el porcentaje requerido para la configuración del estado de invalidez; lo que se permite es la posibilidad que la fecha hito para marcar el trienio en el que se deban cotizar las 50 semanas

que exige la Ley 860 de 2003, se pueda fijar también en la de calificación del mencionado estado, de la solicitud de reconocimiento pensional, o la de la última cotización realizada.

La Sala advierte que las cotizaciones que efectuó el actor mientras estuvo incapacitado son válidas, en cuanto se hicieron en virtud de una relación laboral subordinada. En efecto, el empleador tenía la obligación de realizar aportes a la seguridad social en pensiones, incluso si el trabajador estuvo cobijado por incapacidad laboral por enfermedad común en los términos de artículo 40 de Decreto 1406 de 1999, y como la entidad administradora de pensiones las recibió, el actor estuvo amparado por la protección al riesgo de invalidez. Destaca la Sala.

Conforme a lo antes expuesto, no incurrió el juez colegiado en la trasgresión del art. 1 de la Ley 860 de 2003 que modificó el art. 39 de la Ley 100 de 1993, pues, conforme a lo que tiene asentado la Sala, en el presente caso no se podían tener en cuenta las cotizaciones efectuadas después de la fecha de estructuración para sumar las semanas requeridas para causar el derecho a la pensión de invalidez, comoquiera que el caso de la actora no se adecuaba a las situaciones excepcionales que lo permiten, y, por tanto, debe aplicársele la regla general.

Igualmente, le corresponde a la Sala decir que la interpretación del art. 1 de la Ley 860 de 2003 que exige, por regla general, las 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez y lleva a negar el derecho de la accionante, es la que se deriva del propio texto legal y no contradice los derechos constitucionales de la actora en su condición de invalidez, ni por su discapacidad.

Ciertamente, la Constitución y la Convención de los

derechos de las personas con discapacidad debidamente ratificada, entre otras normas internacionales, reconoce que este grupo poblacional no puede ser discriminado, pero no se discrimina a la accionante porque se le niega la pensión, dado que ella no reúne las semanas de cotización que exige la ley para *todas* las personas que se encuentran en condición de invalidez en los términos del art. 38 de la Ley 100 de 1993. Aunado a que su estado de invalidez no se deriva de una enfermedad, congénita, crónica o degenerativa ni de secuelas tardías que justifique el cambio de la fecha de corte para contabilizar la densidad de cotizaciones exigidas por el legislador, como una excepción.

Por otro lado, con la aplicación del art. 1 de la Ley 860 de 2003 siguiendo su texto, tampoco se desconocen los tratados internacionales ratificados por Colombia que garantizan los derechos humanos de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, toda vez que estos instrumentos reconocen, entre otros, el derecho de protección a la seguridad social a este grupo poblacional por parte de los estados y, bajo los parámetros trazados en esos instrumentos, a cada Estado le corresponde definir, en su derecho interno, las políticas de seguridad social para su población y, justamente, el art. 48 de la Constitución define la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que será prestado de conformidad con lo que defina la *ley*, en concordancia con el art. 365 *ibidem*.

Igualmente, el citado art. 48 reafirma que los requisitos

y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del sistema general de pensiones. En ese orden, se observa que la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 860 de 2003, cuyo art. 1 define los requisitos para causar la pensión de invalidez (entre ellos, la densidad de cotizaciones) y fue declarado exequible con las sentencias CC C-428-2009 y C-727-2009. En la primera se dijo:

3.5. El derecho a la seguridad social en pensiones y la potestad de configuración del Legislador en esta materia.[41]

3.5.1. La Corte ha reconocido el amplio margen de configuración que tiene el Legislador para regular lo concerniente al sistema de seguridad social[42], de acuerdo con los artículos 48 y 365 de la Constitución que establecen una fórmula abierta para organizar y coordinar la prestación de dicho servicio, sin limitar su desarrollo a una estructura única, siempre que se respeten los principios constitucionales que lo rigen y los derechos constitucionales. De esta manera, el Legislador puede diseñar el sistema de seguridad social a través de distintos modelos, y el hecho de optar por alguno en una reforma legal, no implica per se la existencia de una inconstitucionalidad. En sentencia C-789 de 2002, esta Corporación sostuvo:

“La Constitución delega al legislador la función de configurar el sistema de pensiones, y le da un amplio margen de discrecionalidad para hacerlo, precisamente para garantizar que el sistema cuente con los “medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante,” y para darle eficacia a los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, conforme al artículo 48 de la Carta. De tal modo, es necesario que el legislador pueda transformar las expectativas respecto de la edad y tiempo de servicios necesarios para adquirir la pensión, de tal forma que el Estado pueda cumplir sus obligaciones en relación con la seguridad social, a pesar de las dificultades que planteen los cambios en las circunstancias sociales”.

3.5.2. En otra oportunidad, frente a una demanda propuesta contra algunos apartes de los artículos 15, 19 y 21 de la Ley 100 de 1993, este Tribunal reiteró los criterios establecidos anteriormente al señalar en la sentencia C-714 de 1998 que “A juicio de la Corte las disposiciones jurídicas acusadas descansan en la libertad que la Constitución le otorga al legislador para diseñar el sistema o los subsistemas de seguridad social que

mejor se adecuen a los propósitos que éste debe cumplir dentro de un estado social de derecho y para disponer que ella se extienda de manera progresiva, cuantitativa y cualitativa a la totalidad de la población colombiana, según los artículos 46 y 48 superiores”[43].

3.5.3. Acorde con lo expuesto es claro, que en función del cumplimiento de los mandatos contenidos en el artículo 48 superior y en particular de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, el Legislador bien podía adoptar dentro del ámbito de su potestad de configuración las medidas que estime adecuadas para asegurar la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social y la garantía a todos los habitantes del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Por lo anterior, tampoco puede ser acogida la tesis de la censura de que se dé por satisfecho el requisito de las 50 semanas de cotización en el último trienio para causar la pensión a favor de la actora, por haber cancelado 46,16 semanas al sistema y solo faltarle 3.84, pues estima que una aplicación fría y mecánica de la norma genera una franca desprotección a los beneficiarios y, por ello, el análisis debe realizarse con *flexibilidad*.

En la práctica, lo que propone la censura es desconocer o inaplicar el requisito legal de la densidad de las 50 semanas de cotización, para favorecer la pensión de la accionante, pero esto no es de recibo, pues, si se aceptara, se abriría la posibilidad infinita de rebajar el tope mínimo de las semanas de cotización por la sola razón de haberse «casi» cumplido, lo cual no es acorde con la misma Constitución, comoquiera que, se itera, se trata de un requisito que fue fijado por el legislador en desarrollo del mandato constitucional del art. 48 y ya fue declarado exequible por la Corte Constitucional, por considerar que el legislador tiene un papel protagónico en materia de regulación de la

seguridad social, con el propósito de garantizar la viabilidad económica del sistema, la eficiencia de los principios que lo gobiernan, derivando de ello las potestades de configuración de las condiciones y los mecanismos de afiliación, CC C-428-2009. En consecuencia, por virtud del mismo art. 48 constitucional, en concordancia con el 365 *ibidem*, el art. 1 de la Ley 860 de 2003 se trata de una norma de orden público que no puede ser desconocida.

Por último, no se presenta el enriquecimiento sin causa que alega la censura por no contabilizarse las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración. Las cotizaciones realizadas a nombre del afiliado en el RAIS son abonadas a su cuenta de ahorro individual y, conforme al art. 72 de la Ley 100 de 1993, cuando el afiliado se invalida sin cumplir los requisitos para acceder a una pensión de invalidez, la AFP debe entregar la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, con los rendimientos financieros y el bono pensional si es del caso, por tanto, el afiliado conserva el derecho de propiedad frente a esas cotizaciones.

Por todas las razones anteriormente expuestas, no prosperan los cargos y no se casará la sentencia.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la parte actora, dado el resultado de la impugnación y que hubo réplica. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$4.700.000 que se incluirán en la liquidación que se practique conforme a lo preceptuado en el artículo 366 del

Código General del Proceso.

XI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 4 de diciembre de 2020, en el proceso que instauró **SONIA PATRICIA RÍOS GIRALDO**, contra **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y fue llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

Costas como se dijo en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

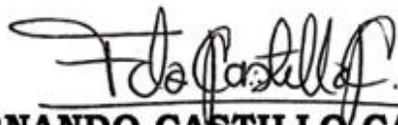


IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Presidente de la Sala



GERARDO BOTERO ZULUAGA



FERNANDO CASTILLO CADENA

Aclaro voto



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Magistrado Ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n° 92727

**REFERENCIA: SONIA PATRICIA RIOS GIRALDO vs.
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y OTRA**

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala, aun cuando comparto la decisión mayoritaria de no casar la sentencia acusada, me permito aclarar el voto por cuanto estimo que, si bien, como regla general, para acceder a la pensión por estado de invalidez se requiere contar con la declaración de pérdida de la capacidad laboral en un 50% o más, y haber cotizado un número mínimo de semanas anteriores *al momento de la estructuración del estado invalidez del afiliado*, esta pauta no es absoluta, como lo ha aceptado la Sala, toda vez que existen situaciones en las cuales las semanas posteriores a la data de estructuración deben aceptarse pero, eso sí, solo *hasta la calenda de declaratoria del estado de invalidez-fecha de emisión del dictamen-* dado que en determinados eventos, la persona efectivamente *mantiene su capacidad laboral*, lo que le

permite participar en forma activa en el mundo laboral y, por ende, aportar al sistema pensional.

La ley expresamente estatuyó como requisito de la pensión por estado de invalidez haber cotizado 50 semanas antes de la fecha de estructuración del estado de invalidez, definiendo ésta como la data en que la persona perdió el 50% o más de su capacidad laboral. Pero además, el texto del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, impone como requisito de acceso a la pensión la declaratoria del estado de invalidez. En ese contexto, para cerrar cualquier vacío de interpretación, se aclaró que la calenda de estructuración puede ser anterior o coincidir con la fecha de declaratoria de la pérdida de capacidad laboral del 50% o más. Esto implica, desde luego, *que el día máximo que la ley permite como fecha de estructuración es la de la declaratoria* y, en este último evento, las 50 semanas de cotización deben satisfacerse dentro de los tres años precedentes, toda vez que no existe habilitación legal alguna para tener en consideración semanas cotizadas después de la fecha de declaratoria para verificar tal supuesto.

El legislador colombiano desde 1946 diseñó el modelo pensional con la mirada en la teoría financiera, económica y jurídica de la institución del seguro, lo que de hecho supone varios supuestos como que: i) el siniestro no haya sido provocado intencionalmente; ii) el riesgo asegurado sea futuro e incierto; y iii) el pago de la prima del seguro se dé dentro de los plazos estipulados. Este modelo fue acogido por la Ley 100 de 1993 y se encuentra completamente vigente.

Así las cosas, la exigencia de tener cotizadas al sistema 50 semanas antes de la fecha de estructuración tiene que ver con la eliminación de los incentivos al fraude, la afiliación de personas que ya están en estado de invalidez, indudablemente, no son sujeto de protección del sistema contributivo de pensiones, no obstante, sí serlo del sistema integral de seguridad social y de los demás programas del esquema constitucional y legal de protección social. Así, la ley asume que una persona no tiene manera de saber que después de 50 semanas se le estructurará un estado de invalidez, sea por enfermedad o accidente común.

En el horizonte trazado, en nuestro criterio, es meridianamente transparente que el problema jurídico que se asoma, tiene que ver con la determinación de la data de estructuración del estado de invalidez, la cual legalmente, acorde con el modelo de seguro, no se puede, ni se debe, fijar pasada la fecha de declaratoria. En otras palabras, para el subsistema no son relevantes las denominadas *pérdidas residuales*, las subsiguientes mermas de capacidad laboral a partir del 50% o en expresiones de la sala «*actividad productiva en uso de su capacidad laboral*», sino lo trascendente es definir cuándo el afiliado perdió el 50% de su capacidad laboral y debe ser declarado en estado invalidez.

Entonces, lo que debe acreditarse en el juicio laboral es que la Junta de Calificación de invalidez *se equivocó en la determinación de la fecha de estructuración y, por rebote o repercusión, afectó el periodo sobre el cual se debió realizar la*

contabilización de las semanas de cotización exigidas por la ley.

Dicho de otra forma: en aquellas declaratorias en que el hito fijado como estructuración del estado de invalidez por parte de las Juntas, no se acompasa con el momento en que el grado de pérdida de capacidad laboral ascendió al 50% o más, demostrándose además la actividad laboral más allá de dicha data, *como puede ocurrir en el caso de enfermedades crónicas o degenerativas*, es totalmente viable atacar el dictamen con el fin de demostrar que la estructuración *real* fue ulterior a la fijada, teniendo eso sí, y aún a riesgo de fatigar, como extremo máximo la fecha de declaratoria del estado de invalidez. Debo aclarar que en el caso, en honor a la brevedad, no estudiamos el tema concerniente a enfermedades congénitas, que, sin hesitación ninguna, merecen un capítulo especial y diferente.

De otro lado, el problema jurídico relevante para los afiliados que pretenden hacer valer cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración e inclusive de la declaratoria del estado de invalidez tiene que ver con la demostración de que, a dichas datas, no habían perdido el 50% de su capacidad laboral y, por tanto, estaban habilitados para trabajar y obligados legalmente a realizar los aportes a la seguridad social. La discusión típica en estos asuntos, normativamente hablando, trata sobre pérdidas de capacidad laboral inferiores al 50%, es decir, cuando se increpa el dictamen traído al proceso por equivocación, tanto en la fecha de estructuración como en el grado de pérdida de capacidad

laboral, porque a la fecha del dictamen todavía no se ha estructurado la pérdida del 50% de capacidad laboral. Aunque el remedio inicial debiera pasar por una nueva valoración ante las juntas de invalidez, lo cierto es que en nuestra legislación, a mi juicio con bastante incongruencia, no es requisito de procedibilidad de la acción judicial el dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por las Juntas de Calificación de Invalidez. Como se muestra, entonces, el debate que propone nuestra legislación no es si existe capacidad residual de trabajo o si se mantiene una actividad productiva en uso de esa capacidad laboral, sino si la fecha de estructuración y el grado de pérdida de capacidad laboral fueron debidamente establecidos. Todo lo anterior, teniendo en cuenta que el estatuto de seguridad social privilegia el estado de invalidez parcial, 50% de pérdida de capacidad laboral, y no la invalidez plena, correspondiente a las 2/3 partes de pérdida de capacidad laboral, o del 75% como lo disponía la ley para el sector público, lo que de por sí conlleva un trato favorable a los problemas de situación de discapacidad que afectan el mundo del trabajo.

Es del caso puntualizar que la primera respuesta de la seguridad social es el restablecimiento de la salud del afiliado para recuperar la pérdida de capacidad del individuo, que en principio se estima de carácter temporal, en cabeza del subsistema de salud, que implica valoraciones, tratamientos y revaloraciones de los médicos tratantes, inclusive contemplando que se deba otorgar, el concepto favorable o no de rehabilitación; y en el caso de proceder el concepto favorable de rehabilitación, obliga a suspender la calificación

del estado de invalidez, para dar un lapso (de hasta 360 días) para que se obtenga la mejoría máxima posible.

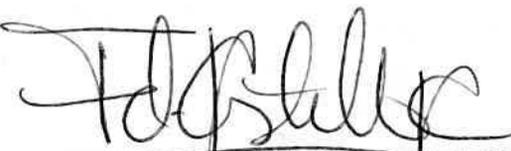
Esto presenta una relevancia en cuanto a que, si bien hay estados de invalidez que no presentan mejoría posible, los avances científico tecnológicos han permitido la recuperación de ciertos de esos estadios en la condición de la invalidez de un trabajador y, por ende, la viabilidad de la reincorporación del afiliado a su trabajo, lo cual es acorde con la inclusión que rige como principio en nuestro país y justifica la naturaleza temporal de la pensión de invalidez.

Así las cosas, antes de propender por la declaratoria del estado de invalidez, es menester contemplar la posibilidad de rehabilitación del individuo a través de los servicios del subsistema referido y *solo* cuando no hay posibilidad de ello y la persona encuentra una pérdida que realmente le impide continuar trabajando, se habilita la prestación de invalidez.

No se puede olvidar que nuestra normatividad instituye que la pensión de invalidez, se paga a partir del momento en que *haya vencido la última incapacidad*, objeto de subsidio, y como hasta ese momento el empleador tiene la obligación legal de cotizar, todas las semanas de cotización, incluidas aquellas que se hayan realizado durante tal periodo son válidas para constituir el monto de la prestación, con independencia de la determinación de la fecha de estructuración, en tanto, la incapacidad fue ordenada por una institución de la seguridad social.

Por ello, tratándose de personas con *enfermedades crónicas o degenerativas*, al funcionario judicial le corresponde analizar varias aristas del asunto a definir, tales como la naturaleza misma de la patología padecida, lo que abarcó el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, su historia laboral, y la fecha en que se declaró la pérdida permanente de capacidad laboral del 50% o superior, por parte de la entidad calificadora habilitada legalmente para tales efectos; y únicamente a partir de dicho estudio global determinar si la fecha de estructuración no corresponde al momento en que se perdió la capacidad laboral en el 50% o más, o si, eventualmente a la data de declaratoria no se había perdido la capacidad de trabajo habilitante para acceder a la pensión.

Fecha ut supra,


FERNANDO CASTILLO CADENA