



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**

Sala de Casación Laboral  
Sala de Descongestión N.º 1



**DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA**

**Magistrada ponente**

**SL5204-2018**

**Radicación n.º 67674**

**Acta 42**

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A.**, contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 28 de febrero de 2013, en el proceso ordinario laboral que le instauró **LIBARDO CASTILLA ESALAS**.

## I. ANTECEDENTES

Libardo Castilla Esalas presentó demanda ordinaria laboral contra Porvenir S.A. con el fin de que se la condene al reconocimiento de la pensión de invalidez, por enfermedad de origen común, a partir del 9 de agosto de 2010, al cumplir con los requisitos legales para ello, en virtud de lo previsto en el Acuerdo 049 de 1990 y el principio de la condición más beneficiosa; el retroactivo pensional; los intereses legales; los intereses moratorios; la indexación de las condenas; lo ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

Como fundamento de sus peticiones, informó que el 1º de junio de 2011 fue valorado por el grupo interdisciplinario de calificación de Seguros de Vida Alfa S.A., el cual dictaminó un 56.36% de pérdida de capacidad laboral, de origen común, con fecha de estructuración, el 9 de agosto de 2010, determinación que no fue apelada. Precisó que solicitó a la accionada el reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual le fue negada mediante comunicado del 9 de agosto de 2011, alegando que no contaba con 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores al momento de su estructuración.

Agregó que cuenta con 1.669 semanas cotizadas; que estuvo afiliado al ISS y posteriormente se trasladó al fondo de pensiones Porvenir S.A., dentro del cual efectuó aportes entre 1994 y 2009, esto es, durante más de 15 años; que es beneficiario del régimen de transición y que, por ende, le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990, el cual exige 300 semanas

en cualquier tiempo, pero que, en todo caso, cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la enfermedad y que agotó la vía gubernativa.

Porvenir S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones; frente a los hechos, aceptó la pérdida de capacidad laboral del actor, la solicitud pensional por él elevada y su correspondiente negativa, su vinculación al régimen de ahorro individual a partir de 1994; los demás, dijo no ser ciertos o no constarle. Explicó que el actor no cumple con las exigencias previstas en la Ley 860 de 2003, esto es, haber cotizado 50 semanas durante los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, que en este caso corresponden al periodo comprendido entre el 9 de agosto de 2007 y el 9 de agosto de 2010, pues en ese tiempo registraba cero semanas. Estimó que no resulta viable la aplicación de una normativa diferente a la vigente al momento de ocurrencia del siniestro, lo que desconoce los pronunciamientos que sobre este tema ha emitido la Sala de Casación Laboral.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia de acción y falta de causa, buena fe, prescripción, compensación y la genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla, mediante fallo del 15 de junio de 2012, condenó a la accionada a pagar al actor la pensión de invalidez, a partir del 10 de agosto de 2010 y a las costas del proceso (f.º 148). Explicó que, revisados los folios 21 a 27 del expediente, era posible constatar que esta persona, entre el 9 de agosto de 2007 y el 9 de agosto de 2010, cotizó 81.42 semanas, las que resultaban suficientes para obtener el reconocimiento del derecho invocado.

### **III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Por apelación de la parte demandada, la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en sentencia del 28 de febrero de 2013, confirmó el fallo apelado y se abstuvo de imponer costas en la alzada.

Precisó que no era objeto de discusión que: *(i)* al actor le fue dictaminado un 56.36% de pérdida de capacidad laboral, por enfermedad común, con fecha de estructuración, el 9 de agosto de 2010 y *(ii)* que la pensión estudiada debía analizarse a la luz de las disposiciones contenidas en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Explicó que no le asistía razón a la entidad recurrente al afirmar que el afiliado no cumplía con el mínimo de semanas exigido en esa normativa pues, de acuerdo con los documentos que obran a folios 25 a 27 y 119 a 123 del

expediente, aquél no estaba desafiliado al sistema entre el 9 de agosto de 2007 y el 9 de agosto de 2010, esto es, dentro de los tres años previos a la configuración de su discapacidad; de manera que si en ese periodo no se efectuaron las cotizaciones obligatorias por parte del empleador, dicha omisión no podía serle imputable al demandante. Para fundamentar lo anterior, citó jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral en la cual se explica que la mora en el pago de los aportes no es imputable al trabajador afiliado y, por ende, es la administradora de pensiones la que debe responder por las contingencias amparadas, dejando a salvo las acciones que pueda adelantar para recuperar los aportes dejados de percibir por el incumplimiento en tales cotizaciones.

Agregó que, aunque la entidad refirió que en la historia laboral del actor se registra la anotación «*comisión cesante*», ello pudo tener lugar, de un lado, porque en ese periodo no estuvo vigente un vínculo laboral con algún empleador, del otro, porque el empleador se encontraba en mora, por lo que «*no es de recibo que saque provecho de su propia desinformación, pues ello estaría en contravía del principio, según el cual, nadie puede favorecerse de su propia culpa*» (f.º 172).

Resaltó que esta persona cotizó una alta densidad de semanas con destino al amparo de las contingencias de invalidez, vejez y muerte, ya que laboró, al menos, desde enero de 1981 hasta agosto de 2010, conforme se infiere de las documentales obrantes en los folios 119 a 123 y 140 a

141 del expediente, de manera que la negativa en el reconocimiento pensional desconocería los principios de universalidad, solidaridad e integralidad consagrados en la Ley 100 de 1993.

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN**

El recurso fue interpuesto por la parte demandada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, por lo que se procede a resolver.

#### **V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN**

La entidad recurrente pretende que la Corte case la sentencia impugnada para que, en sede de instancia, revoque el fallo de primer grado y se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. En subsidio, pide que se case parcialmente la decisión en cuanto no la autorizó a descontar los aportes a la seguridad social en salud y a cargo exclusivo del beneficiario de la pensión, para que, en sede de instancia, se le autorice a realizar tales deducciones.

Con tal propósito formula cuatro cargos, por la causal primera de casación, replicados oportunamente.

Por razones de metodología y teniendo en cuenta la similitud de las argumentaciones, la Sala abordará el estudio conjunto de los tres primeros cargos y, de ser procedente, analizará el cuarto, planteado de manera subsidiaria.

## VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia impugnada de aplicar indebidamente el numeral 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003; 4º de la Ley 797 de 2003; literales b), c) y d) del artículo 2º y 24 de la Ley 100 de 1993, el artículo 276 del CPC, 48 de la Constitución Política y porque se infringieron en forma directa los artículos 13 del Decreto 692 de 1995; 1º del Decreto 2282 de 1989; 31 del CC, 8º de la Ley 153 de 1887, literal b) del artículo 39 y 69 de la Ley 100 de 1993, 174 y 177 del CPC, 60 y 61 del CPTSS, 29 y 230 de la Constitución «según prédica reiterada de la H. Sala, cuando un cargo se entabla por la vía de los hechos, como ahora, la infracción directa se equipara a la aplicación indebida (f.º 13).

Estima que el Tribunal incurrió en los siguientes yerros fácticos:

*No dar por demostrado, estándolo, que el señor Castilla Esalas no había aportado al menos 50 semanas dentro del trienio que precedió a la fecha declarada como de inicio de su minusvalía.*

*No dar por demostrado, estándolo, que al 9 de agosto de 2010, el señor Castilla no estaba cotizando y, además, no contaba con 26 semanas aportadas en el año que precedió esa calenda.*

*No dar por demostrado, estándolo, que dentro del año inmediatamente anterior al momento en el que entró a regir la Ley 860 de 2003, esto es, en el periodo comprendido entre el 26 de diciembre de 2002 y el 26 de diciembre de 2003, el señor Castilla no contabilizó una sola semana aportada.*

*Tener como cierto, sin serlo, que como el señor Castilla no estaba desafiliado del sistema de seguridad social en pensiones a la calenda declarada como de inicio de su minusvalía, debían tenerse como cotizados los tres años previos a esa fecha.*

*Dar por comprobado, sin estarlo, que la administradora podía ser condenada a pagar la prestación de invalidez.*

*No dar por demostrado, estándolo, que como el señor Libardo Castilla Esalas no cumplía con los requisitos exigidos por la ley para favorecerse con la pensión impetrada, ni siquiera al amparo del principio de condición más beneficiosa, obviamente no estaba acreditado para que ésta le fuera concedida.*

Considera que los anteriores errores se cometieron por la desatinada apreciación de las historias laborales del actor, expedidas por el ISS (f.º 141 y 142) y por la administradora Porvenir S.A. (f.º 25 a 27 y 119 a 123).

Para fundamentar la acusación, explica que basta con el análisis de las historias laborales denunciadas para tener por demostrado que el actor no cotizó 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez pues, de hecho, en ese periodo, no aportó ninguna semana, por lo que no era procedente reconocer en su favor la pensión de invalidez.

Agrega que esta persona tampoco puede acceder al reconocimiento pensional, a la luz de lo previsto en los artículos 39 y 69 de la Ley 100 de 1993, en su texto original, en virtud del principio de la condición más beneficiosa y en los términos de la sentencia CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 38674, ya que para el momento en que se estructuró la invalidez, no se encontraba efectuando aportes al sistema ni tampoco había cotizado una sola semana en el año que antecedió a esa declaratoria -9 de agosto de 2009 y 9 de agosto de 2010-. Además, dentro del año anterior a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003-, esto es, entre el

29 de diciembre de 2002 y el 29 de diciembre de 2003, tampoco se encontraba haciendo aportes a la seguridad social ni en el año que antecede a ese periodo.

En consecuencia, manifiesta que el actor no acredita los requisitos para obtener la pensión de invalidez ni siquiera conforme a la norma que es aplicable a su caso ni en virtud de la condición más beneficiosa.

Precisa que, contrario a lo expuesto por el juez de segundo grado, aunque la afiliación al sistema de pensiones es permanente, cuando una persona deja de cotizar seis o más periodos, se convierte en afiliado inactivo, máxime si no existe ninguna prueba que demuestre que, desde agosto de 2000, estuvo a órdenes de algún empleador que hubiera incurrido en mora en el pago de sus aportes.

## **VII. RÉPLICA**

El procurador judicial de la parte demandante indica que en este caso sí se cumplen las exigencias consagradas en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez pues, del análisis de los documentos obrantes a folio 21 a 27 del expediente se logra evidenciar que entre el 9 de agosto de 2007 y el 9 de agosto de 2010, el afiliado registra 81.42 semanas cotizadas al sistema, por lo que solicita que se declare improcedente el presente recurso.

Indica que, aún en el evento que se comprobare mora en el pago de los aportes, dicha circunstancia no puede serle imputable al afiliado, sino al empleador o a la administradora del sistema.

### **VIII. SEGUNDO CARGO**

Denuncia la sentencia de aplicar indebidamente el numeral 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003; 4º de la Ley 797 de 2003; literales b), c) y d) del artículo 2º y 24 de la Ley 100 de 1993, el artículo 276 del CPC, 48 de la Constitución Política y porque se infringieron en forma directa los artículos 13 del Decreto 692 de 1995; 1º del Decreto 2282 de 1989; 31 del CC, 8º de la Ley 153 de 1887, literal b) del artículo 39 y 69 de la Ley 100 de 1993, 174 y 177 del CPC, 60 y 61 del CPTSS, 29 y 230 de la Constitución.

Explica que, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, la afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado, pero que dicha afiliación es distinta del concepto de cotización, por lo que el primero no significa, en todos los eventos, que una persona esté efectuando sus aportes materialmente. Indica que en el expediente no existe ninguna prueba que demuestre que pudo haber existido alguna mora por parte del empleador del demandante, de modo que la convalidación de ciertos periodos en los que, en realidad, no se efectuó cotización alguna, no deja de ser un

mecanismo acomodado del juzgador para conceder la pensión de invalidez a toda costa.

Insiste en que la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones no significa que se estén haciendo los aportes de ley y, si al proceso no se allegaron medios de convicción que demostraran la presunta mora del empleador *«es de bulto el desatino del Tribunal al haber condenado a la entidad a pagar la pensión [...] con base en una retorcida imaginación y un descarado enfrentamiento con las normas rectoras del asunto»* (f.º 23).

## **IX. RÉPLICA**

En el escrito de oposición, el demandante se abstuvo de referirse a este cargo.

## **X. TERCER CARGO**

Denuncia la sentencia de aplicar indebidamente el numeral 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003; 4º de la Ley 797 de 2003; literales b), c) y d) del artículo 2º y 24 de la Ley 100 de 1993, el artículo 276 del CPC, 48 de la Constitución Política y porque se infringieron en forma directa los artículos 13 del Decreto 692 de 1995; 1º del Decreto 2282 de 1989; 31 del CC, 8º de la Ley 153 de 1887, literal b) del artículo 39 y 69 de la Ley 100 de 1993, 174 y 177 del CPC, 60 y 61 del CPTSS, 29 y 230 de la Constitución (*Según prédica reiterada de la H. Sala, cuando un cargo se formula por la vía indirecta,*

*como ahora, la infracción directa se equipara a la aplicación indebida) (f.º 29).*

Estima que el Tribunal incurrió en el siguiente error de hecho:

*A pesar de que ni en la demanda inicial ni a lo largo del proceso fue objeto de debate que hubiera existido una mora patronal en el pago de aportes a la seguridad social, el Tribunal incurrió en una evidente incongruencia al concebir que el señor Castilla acumulaba el tiempo legalmente exigido para poder acceder a la pensión de invalidez que reclamó fundado en que el demandante no se encontraba desafiliado al sistema en el interregno comprendido entre el 9 de agosto de 2007 al 9 de agosto de 2010, vale decir, los tres últimos años anteriores a la estructuración del estado de invalidez [...] (f.º 25).*

Considera que el anterior yerro se cometió por la indebida apreciación del escrito de demanda inicial; la correspondiente contestación y la sustentación del recurso de apelación.

Precisa que, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 2282 de 1989, la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y que, para el caso concreto, el actor en ningún momento adujo que hubiera existido retraso por parte de algún empleador en el pago de sus cotizaciones al sistema o que la administradora hubiera desconocido su deber de adelantar las gestiones de cobro correspondientes ante los casos de mora. Agrega que esa circunstancia tampoco se puso de presente en la contestación de la demanda ni en el recurso de apelación, por lo tanto, la supuesta mora patronal referida en este caso por el Tribunal, carece de soporte

probatorio, aparte de que se desconoció el derecho al debido proceso de la entidad. Por último, cita una sentencia de la Sala de Casación Laboral sobre el principio de congruencia.

## **XI. RÉPLICA**

En el escrito de oposición, el demandante se abstuvo de referirse a este específico cargo.

## **XII. CONSIDERACIONES**

Sin perjuicio de que dos de los cargos se hubieran planteado por la vía indirecta, no es objeto de cuestionamiento que el grupo interdisciplinario de calificación de pérdida de la capacidad laboral y origen de Seguros de Vida Alfa S.A. le dictaminó a Libardo Castilla Esalas un 56.36% de pérdida de su capacidad laboral, con fecha de estructuración el 9 de agosto de 2010, de origen común.

Ahora bien, la entidad recurrente le cuestiona al Tribunal haber considerado que el actor cumplía con las semanas de cotización exigidas por la ley para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez, pese a que las pruebas demuestran lo contrario. Señala que, sin que existiera ningún soporte para ello, el juez de segundo grado concluyó que se estaba ante un evento de mora patronal, lo que lo condujo a contabilizar periodo no cotizado y sobre el cual no existe prueba de que el actor hubiera laborado.

El Tribunal, por su parte, estimó que, de conformidad con la historia laboral, el actor sí cumplía con el mínimo de semanas exigidas por la Ley 860 de 2003, esto es, que había cotizado 50 semanas entre el 9 de agosto de 2007 y el 9 de agosto de 2010 pues, si bien, en ese periodo registra la anotación «*comisión cesante*», debía entenderse que se trató de un tiempo trabajado, pero no cotizado oportunamente por el empleador, mora que no podía imputársele al afiliado. Preciso que, si bien esta anotación también podía significar que el trabajador no estuvo vinculado laboralmente en ese lapso, no era admisible que la accionada obtuviera «*provecho de su propia desinformación, pues ello estaría en contravía del principio, según el cual, nadie puede favorecerse de su propia culpa*» (f.º 172)

Como quiera que, para fundamentar los yerros denunciados, la entidad recurrente hace referencia a elementos de prueba, la Sala procede a su estudio:

### **Pruebas indebidamente valoradas**

#### **a. Escrito de demanda inicial (f.º 2 a 7)**

En la demanda inaugural, el actor manifestó que le había sido dictaminada una pérdida de capacidad laboral del 56.36%; que cotizó 1669 semanas durante toda su vida laboral y que, en el fondo de pensiones demandado, efectuó aportes entre 1994 y 2009, completando 15 años de cotizaciones, por lo que, adujo, cumple con la exigencia de 50 semanas aportadas dentro de los tres años anteriores a la

fecha en que se estructuró su invalidez (hecho octavo). Agrega que, en todo caso, es beneficiario del régimen de transición previsto en el Acuerdo 049 de 1990 y que tiene más de 300 semanas de aportes en toda su vida laboral. Según la censura, como en este escrito el demandante no hizo alusión a la presunta mora del empleador, el Tribunal se extralimitó al pronunciarse sobre este asunto.

Pues bien, aunque es cierto que el actor no hizo referencia expresa a la existencia de mora por parte de algún empleador en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, sí afirmó que había cumplido con las exigencias previstas en la Ley 860 de 2003, esto es, 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, así como que cotizó en el fondo de pensiones desde 1994 hasta 2009; por lo que debe entenderse que considera que ese periodo que registraba como «*comisión cesante*» sí era válido para efectos de adquirir su derecho pensional y, en esa medida, aceptó implícitamente, que se trataba de una circunstancia que no le era imputable.

En esa medida, no se advierte que el Tribunal hubiese alterado los términos en los que fue planteada la demanda inaugural, por lo que no se evidencia algún error fáctico en la apreciación de esta pieza procesal.

#### **b. Escrito de contestación de la demanda y recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A.**

Según la censura, en ninguna de estas piezas procesales

se hizo alusión a la eventual mora en el pago de las cotizaciones, por lo que no le era dable al Tribunal inferir esa circunstancia, teniendo en cuenta que no existía ningún soporte probatorio para ello.

No obstante, como quiera que esa presunta mora del empleador en el pago de los aportes la infirió el Tribunal, del análisis de las historias laborales del demandante -en la medida en que entendió que la expresión «*comisión cesante*» implicaba un retardo en los aportes y, por ende, una responsabilidad de la administradora de pensiones en ejercer las respectivas acciones de cobro- resulta indiferente que la parte accionada no se hubiera pronunciado sobre este específico asunto pues, en todo caso, de verificarse dicha mora, lo procedente era contabilizar ese tiempo para efectos pensionales, tal como lo ha entendido la jurisprudencia. Así las cosas, no se advierte el yerro del *ad quem* en la apreciación de tales piezas procesales.

**c. Historias laborales del actor (f.º 25 a 27; 119 a 123 y 141 a 142)**

Se trata de las historias laborales a nombre del demandante, expedidas por el Instituto de Seguros Sociales y por la administradora accionada.

En el primero de los documentos, se observa que Libardo Castilla Esalas cotizó al ISS un total de 597,86 semanas, entre el 1º de enero de 1982 y el 31 de octubre de 1997, aportadas por los empleadores Multi Craffman Ltda.;

Constructora Villamizar; Servicios Múltiples del Caribe; Oscubar Ltda.; Imserlin Ltda; Servicios Eventuales de la Costa Maosclub y Compañía Ltda.

Por su parte, obra la relación histórica de movimientos de la cuenta del actor, expedida por la sociedad de pensiones y cesantías Porvenir S.A., en la que reportan los aportes efectuados desde mayo de 1994 hasta julio de 2009, realizados, entre otros, por Multi Craffman Ltda.; Diversservicios Ltda.; Imserlin Ltda y Asesorías y Suministro.

Debe precisarse que, en el periodo comprendido entre septiembre de 2000 y julio de 2009 –esto es, durante 9 años– en la casilla referida a «razón social», aparece la anotación «comisión cesante», con valores negativos en la casilla de aportes obligatorios y con un reporte de 30 días como trabajador dependiente. Para el Tribunal, esta anotación podía significar dos cosas: la primera, que el trabajador hubiese estado cesante durante ese tiempo al no haber existido ningún vínculo laboral con algún empleador; la segunda, que se tratase de un evento de mora patronal. En criterio del Tribunal, se estaba ante ésta última opción, razón por la cual consideró que dicho retardo no podía serle imputable al trabajador y que era la administradora de pensiones la que le asistía el deber de responder por tal omisión, toda vez que no ejerció oportunamente las acciones de cobro que para el efecto prevé la ley.

Pues bien, de entrada, la Sala advierte que le asiste razón a la censura cuando afirma que no existe prueba que

demuestre la supuesta mora patronal en que incurrió el empleador del trabajador durante el periodo en el que registran aportes cesantes y, en esa medida, no le era dable contabilizar ese tiempo como válido para efectos pensionales pues, tal como fue puesto de presente por la censura, el hecho de que esta persona permaneciera como afiliada al sistema, no equipara su situación a la de un cotizante activo.

En efecto, el hecho de que el demandante estuviera afiliado al momento en que se estructuró su invalidez, no significa que toda falta de cotizaciones que registra su historia laboral obedezca a mora patronal, pues la afiliación y la cotización son dos figuras jurídicas que, pese a estar íntimamente relacionadas y ser complementarias entre sí, son diferentes. Al respecto, en sentencia CSJ SL 9 sep. 2009, rad. 35211, reiterada en sentencia CSJ SL16086 -2015, la Sala precisó:

*Claro que la afiliación y la cotización, si bien hacen parte de la relación jurídica de seguridad social y, por consiguiente, con estrechas vinculaciones y recíprocas influencias, son conceptos jurídicos distintos, que no es dable confundirlos, y que están llamados a producir secuelas totalmente diferentes en el mundo del derecho.*

*La afiliación es la puerta de acceso al sistema de seguridad social y constituye la fuente de los derechos y obligaciones que ofrece o impone aquél.*

*De tal suerte que la pertenencia al sistema de seguridad social está determinada por la afiliación y en ésta encuentran venero todos los derechos y obligaciones, consagrados a favor y a cargo de los afiliados y de las administradoras o entes gestores.*

*Nadie puede predicar pertenencia al sistema de seguridad social, mientras no medie su afiliación; y ningún derecho o ninguna obligación de los previstos en dicho sistema se causa a su cargo sin la afiliación.*

*La cotización, por su parte, es una de las obligaciones que emanan de la pertenencia al sistema de seguridad social, que, como ya se explicó, deriva, justamente, de la afiliación.*

*Mientras que la afiliación ofrece una pertenencia permanente al sistema, ganada merced a una primera inscripción, la cotización es una obligación eventual que nace bajo un determinado supuesto, como lo es la ejecución de una actividad en el mundo del trabajo o el despliegue de una actividad económica.*

*A partir de esa distinción, brota espontánea una conclusión: la afiliación al sistema de seguridad social, en ningún caso, se pierde o se suspende porque se dejen de causar cotizaciones o éstas no se cubran efectivamente.*

*Así surge de lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, que al regular la permanencia de la afiliación, dispone: “La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones”.*

Así las cosas, tal como lo expuso el censor en el segundo cargo, no es suficiente que se hubiera probado el hecho de la afiliación del demandante para que, de manera automática, el Tribunal pudiera concluir que el afiliado tenía derecho a la pensión deprecada, ya que debía acreditarse que cotizó el número de semanas exigidos por la norma aplicable al caso, con un grado de certeza. Debe recordarse que la afiliación al sistema es una condición permanente que no se pierde porque se presente un cese las cotizaciones, pero ello no es determinante para establecer cuál fue la densidad real de aportes de una persona, como equivocadamente lo entendió el Tribunal (ver CSJ SL4521 -2018).

La Sala concluye que el Tribunal erró al deducir que existía mora en el pago de los aportes del actor entre los años 2000 y 2009 y con ello, concluir que el actor sí acreditaba el

número de semanas exigidas por la ley para obtener la prestación aquí reclamada. Ese alcance desbordado que le dio al *ad quem* a la historia laboral denunciada configura los yerros fácticos advertidos por la censura.

Por lo demás, la Sala no advierte ningún elemento del que se pueda inferir que el actor tuvo un contrato de trabajo vigente durante el periodo que reclama como válido para efectos pensionales, asunto que no fue aducido expresamente en la demanda inicial – pues en ella, se limitó a solicitar que se tuviera en cuenta ese tiempo, sin alegar que durante el mismo hubiera laborado ni mucho menos en favor de cuál empleador- ni tampoco se encuentra soportado en algún medio que, al menos, permita suponer que esta persona tuvo un vínculo laboral durante esos 9 años –toda vez que no se aporta certificados laborales, comprobantes de nómina, liquidación de prestaciones, entre otros documentos que acreditarían ese supuesto-; circunstancia que, se insiste, no puede derivarse de la simple existencia de cotizaciones cesantes, las cuales, además, no registran a nombre de un empleador específico sino de manera genérica a la razón social «*comisión cesante*».

En esa medida, tal como lo puso de presente la censura, no sólo no hay prueba suficiente para demostrar que en ese tiempo cuestionado se hubiera incurrido en mora en el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social, sino que ni siquiera puede presumirse que hubo algún contrato que justificara el pago de esos aportes, panorama que impide

contabilizarlo para efectos del reconocimiento pensional, como erradamente lo hizo el Tribunal.

Por lo anterior, se casará el fallo de segundo grado.

Como quiera que en el cuarto cargo la entidad recurrente solicitó que, en caso de no prosperar los cargos precedentes, se autorizaran los descuentos por salud, la Sala se abstiene de su estudio en sede de casación, por sustracción de materia.

Sin costas en el recurso extraordinario.

### **XIII. SENTENCIA DE INSTANCIA**

El juez de primera instancia consideró que la solicitud pensional elevada por el demandante era procedente, a la luz de lo previsto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, ya que, según la historia laboral del actor, éste reportaba 81.42 semanas dentro de los tres años anteriores a la configuración del estado de invalidez -9 de agosto de 2007 y 9 de agosto de 2010-, razón por la cual le reconoció la pensión causada por este riesgo, a partir del 10 de agosto de 2010.

Porvenir S.A. en el escrito de apelación, explica que el juez de primer grado se equivocó al valorar la relación histórica de los movimientos de la cuenta del demandante, pues lo único que se infiere de ese documento es que el actor, dentro de los tres años anteriores a la configuración de su

invalidez, no cotizó ninguna semana. Precisó que el último pago de aportes que registra el afiliado es en septiembre de 2000 pues, a partir de ese momento y hasta el 2011, registra la anotación «*comisión cesante*», lo que demuestra que no se hicieron cotizaciones en ese periodo.

Pues bien, aparte de las consideraciones hechas en sede de casación, en las que se concluyó que, en efecto, de la historia laboral del demandante no podía inferirse la existencia de un vínculo laboral con algún empleador entre los años 2000 y 2009 ni mucho menos, una presunta mora que permitiera tener en cuenta ese tiempo para efectos pensionales; lo cierto es que no obra ninguna prueba en el expediente que permita inferir esa circunstancia, esto es, que entre el año 2000 y 2009, el actor sí tuvo un contrato de trabajo vigente como dependiente y que, pese a ello, su empleador incurrió en un retraso injustificado en el pago de los aportes al sistema de pensiones, sin el respectivo recobro de parte de la administradora accionada. De ese modo, al no existir soporte probatorio que justifique la contabilización de un tiempo no cotizado, a título de mora del empleador, es claro que el juez de primera instancia se equivocó al darle a la historia laboral un alcance indebido, en tanto de ella no se deriva lo que erradamente se infirió en el fallo apelado.

En esa medida, teniendo en cuenta que lo que se registra en ese periodo y, más concretamente, en los tres años anteriores al reconocimiento de la estructuración de la invalidez, es un tiempo no cotizado, calificado como «*comisión cesante*»; que esa falta de pago de las cotizaciones se prolongó

durante 9 años y que no hay ningún elemento de prueba que permita soportar un supuesto retraso de parte de un empleador omiso, resulta razonable concluir que el actor no acreditó el número de semanas que exige la ley para acceder a la pensión deprecada, en los periodos que resultan válidos para tales efectos.

Es más, para la Sala resulta relevante que en el escrito dirigido a Porvenir S.A., a través del cual el actor agotó la vía gubernativa, éste admitió que fue «*trabajador activo hasta el mes de agosto de 2000, teniendo hasta esa fecha un total de 1041 semanas para los riesgos de vejez, invalidez y muerte [...] 729 semanas para el régimen de prima media*» (f.º 28), afirmación que evidenciaría que, en realidad, no existió vínculo laboral alguno entre los años 2000 y 2009 y, por ende, que al momento en que se estructuró la invalidez -9 de agosto de 2010- no contaba con las 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a ese suceso, lo que le impide obtener la prestación pretendida, tal como lo advirtió la entidad apelante.

De hecho, en esa reclamación, el actor solicita la aplicación de la norma que le resultase más favorable, concretamente, pide que su pensión se estudie a la luz del Acuerdo 049 de 1990, lo que demostraría que aquél sabía que no cumplía con los presupuestos legales previstos en la norma que le resultaba aplicable.

Debe recordarse que la norma que regula el derecho a la pensión de invalidez, es la que se encuentra

vigente al momento en que se estructura la pérdida de la capacidad laboral (CSJ SL2008 -2018). En ese sentido, como tal suceso ocurrió el 9 de agosto de 2010, se advierte que la disposición que, en principio, gobierna la situación pensional, es el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Dentro de los requisitos que exige tal normativa, se encuentra el haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral y, dado que el demandante no cotizó ninguna semana en ese periodo, es claro que no tiene derecho a la pensión deprecada.

Ahora, respecto a la aplicación de la condición más beneficiosa, debe indicarse que de acudir a este principio, la norma inmediatamente anterior a la Ley 860 de 2003, es la Ley 100 de 1993, en su versión original, norma que establece como requisitos para acceder al pretendido derecho *a)* Que el afiliado haya cotizado por lo menos veintiséis semanas al momento de producirse la invalidez o que, *b)* habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiera realizado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez, presupuestos que tampoco se cumplen en este caso pues, se insiste, entre el año 2000 y 2009 no se registra ninguna semana de aportes a nombre del actor –lo que excluye que estuviera cotizando al momento del cambio legislativo -2003- ni dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de ese tránsito legislativo -29 de enero de 2002 y

29 de enero de 2003 (CSJ SL4650 -2017) ni algún elemento que permita deducir la existencia de mora durante ese periodo.

Por último, en cuanto a la posibilidad de resolver el asunto de acuerdo con los requisitos señalados en el Acuerdo 049 de 1990, baste reiterar el criterio que esta Sala ha adoctrinado sobre la imposibilidad de dar aplicación a la plus ultractividad de la ley, esto es, hacer una búsqueda de legislaciones anteriores a fin de determinar cuál se ajusta a las condiciones particulares del afiliado o resulta ser más favorable, ya que ello desconoce el principio de aplicación inmediata de las leyes laborales. En sentencia CSJ SL16886-2015, la Corte expuso:

*Frente a la inconformidad de la censura, no se encuentra que el ad quem haya cometido error alguno en su decisión, por cuanto la mayoría de la Sala ha sostenido de tiempo atrás que la norma que regula la prestación de invalidez es la que se encuentra vigente al momento en que se estructura el estado de invalidez y que, en aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, se permite dar efectos a la norma inmediatamente anterior, sin que le sea dable al fallador efectuar una búsqueda histórica en las leyes precedentes, a fin de encontrar la más conveniente al caso particular en estudio.*

*Bajo este entendido, se ha asentado que los casos de pensión de invalidez que, en principio, están gobernados por la Ley 860 de 2003, por haber ocurrido la estructuración de la invalidez en su vigencia, pueden ser analizados, por mandato del principio de la condición más beneficiosa, a la luz de las exigencias de la Ley 100 de 1993, por ser la normatividad inmediatamente anterior a aquélla, para determinar si se cumplen con las mismas, pero que este análisis jurídico no avala, de ninguna manera, que el juez examine la situación fáctica con base en las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, anteriores a la Ley 100 de 1993, pues un entendimiento en tal sentido desnaturaliza dicho principio*

*constitucional y afecta de manera grave la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento jurídico.*

*[...] Como lo anterior implica un cambio de criterio de la Sala frente a la PENSION DE INVALIDEZ, cuando el estado de invalidez se estructura en vigor del artículo 1º de Ley 860 de 2003 y para el momento en que entró a regir este nuevo ordenamiento legal se tenían satisfechos los requisitos de la norma precedente, se rectifica y recoge cualquier pronunciamiento que en contrario se hubiera proferido, aclarando que lo expresado también tendría plena aplicación en lo concerniente a la PENSION DE SOBREVIVIENTES y la Ley 797 de 2003, para efectos de ampliar los alcances del mencionado principio legal y constitucional de la condición más beneficiosa a legislaciones posteriores a la Ley 100 de 1993.*

*[...] El afiliado demandante para la fecha de estructuración de la invalidez, que como está comprobado se produjo el 1º de junio de 2004, no tenía 50 semanas cotizadas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a ese hecho, pues como lo estableció el Tribunal y no es materia de controversia en sede de casación, en ese lapso del 1º de junio de 2000 al 1º junio de 2004, no cotizó ninguna semana.*

*Como atrás quedó explicado, para poder aplicar el principio de la condición más beneficiosa de acuerdo con el criterio jurisprudencial que se está fijando, es necesario que el afiliado cumpla con la densidad de semanas de la norma inmediatamente precedente en las hipótesis que se han señalado, para este caso en particular el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que es la disposición que fue modificada o remplazada por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, no siendo en consecuencia cualquier otra norma anterior. En sentencia del 9 de diciembre de 2008 radicado 32642, al respecto se especificó que “no es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la que regía inmediatamente antes de adquirir plena eficacia y validez el precepto aplicable conforme a las reglas generales del derecho.*

Por lo anterior, teniendo en cuenta que el actor no cumple con los presupuestos legales aplicables a su caso para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez, a saber, los contenidos en el artículo 1º la Ley 860 de 2003 ni tampoco los contemplados en la ley inmediatamente anterior –artículo 39 de la Ley 100 de 1993- en virtud del principio de la condición más beneficiosa, es claro que le asiste razón a la

entidad recurrente en sus reparos, razón por la cual habrá de revocarse el fallo apelado para en su lugar absolver a la entidad de todas las pretensiones del actor.

Las costas en primera instancia estarán a cargo de la parte demandante. Sin costas en la alzada.

#### **XIV. 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, **CASA** la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 28 de febrero de 2013, en el proceso ordinario laboral que instauró **LIBARDO CASTILLA ESALAS** contra **PORVENIR S.A.**

Costas como se indicó en la parte motiva.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** el fallo proferido el 15 de junio de 2012, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla y, en su lugar **ABSOLVER** a la administradora de pensiones Porvenir S.A. de las pretensiones incoadas en su contra por el actor.

**SEGUNDO:** Condenar en costas en primera instancia a la parte demandante. Sin costas en la alzada.

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

**MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO**

**DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA**

**ERNESTO FORERO VARGAS**