

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

Medellín, once (11) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Para llevar la representación de Colpensiones, se reconoce personería al doctor Roque Alexis Ortega Correa portador de la T.P. número 209.067 del CSJ, conforme a la sustitución aportada por Palacio Consultores SAS.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por los Magistrados Jaime Alberto Aristizábal Gómez, quien actúa como ponente, Francisco Arango Torres y John Jairo Acosta Pérez, proceden dentro del proceso ordinario con radicado número 05001310502120160137401, promovido por la señora **MÓNICA MARÍA ARIAS SÁNCHEZ**, en contra de **KATHERINE ALEXANDRA CORTÉS MEJÍA** y **COLPENSIONES**, con el fin resolver el recurso de alzada interpuesto en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Medellín el veinticuatro (24) de enero del año dos mil diecinueve (2019), así mismo el grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 “...Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de

la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones...”, se toma la decisión correspondiente mediante providencia escrita número **115**, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

ANTECEDENTES

Mediante acción judicial, la señora Arias Sánchez solicitó se declarará que la unió con la señora Katherine Alexandra Cortés Mejía una relación laboral desde el mes de diciembre del año 2011, consecuente a ello, se condenara al pago de los aportes en mora y a Colpensiones a la validación de los mismos. Igualmente petitionó el pago de la pensión de invalidez de origen común desde el 22 de octubre del año 2013, con las mesadas ordinarias y adicionales, así como los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1991.

Enunció como fundamento factico de lo pretendido, que laboró al servicio de la señora Cortés Mejía desde el mes de diciembre del año 2011 hasta el 5 de enero del año 2016, desempeñando las funciones de vendedora de perfumes, control de inventario de productos, realización de facturas, cobro telefónico de cartera, registro de las ventas diarias y cuadre de caja, prestando sus servicios desde las 10:00 am y hasta las 7:00 p.m. Arguyó que desde el mes de enero del año 2013 comenzó a prestar servicios en el local comercial de lunes a viernes y en el mismo horario, siempre con una contraprestación del salario mínimo legal mensual vigente. Pese a ello, expuso, la empleadora realizó la afiliación en pensiones sólo en el mes de mayo del año 2013.

Exhibió que para el 31 de marzo del año 214 fue calificada por medicina laboral de Colpensiones con un 55.29% de pérdida de capacidad laboral estructurada el 22 de octubre del año 2013, y habiendo cotizado desde el 2 de septiembre del año 1993 hasta el 30 de noviembre del año 2015, contaba con 216.43 semanas de las cuales 25.56 de ellas fueron cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha

de estructuración del estado de invalidez, sin poder arribar a la pensión de invalidez ante la omisión de su empleadora.

Admitida la demanda, y se ordenó notificar a las accionadas, quienes sobre los hechos endilgados expusieron:

Colpensiones indicó no le consta la existencia de la relación laboral a que refiere, y que se atiene a la prueba que sea allegada al plenario. Se opuso a la prosperidad de lo pretendido, e interpuso las excepciones que denominó: “Inexistencia de la obligación de reconocer y pagar la pensión de invalidez”, “Prescripción”, “Compensación”, “Buena fe”, “Improcedencia de los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 141 de 1993”, “Inexistencia de la obligación de Colpensiones de recibir aportes a la seguridad social retroactivamente”, “Imposibilidad de la condena en costas”.

La señora Katherine Alexandra Cortes Mejía, expuso que no son ciertos los extremos dados por la demandante, pues la relación laboral nació el 30 de enero del año 2013 tal y como lo afirmó la demandante en acción de tutela interpuesta de manera previa. Igualmente, expuso que la terminación de la relación laboral se debió a la ausencia injustificada de la demandante a laborar. Argumentó que previo al año 2013 vendía perfumes desde la casa y le permitía vender a la demandante para ayudarse de manera esporádica y ocasional. Indicó que una vez inició la relación laboral, los servicios se prestaban de 10:00 am a 3:00 pm, desde el 30 de enero del año 2013, cancelándose el salario mínimo, expuso que sólo se afilió a la demandante para el mes de abril del año 2013, pues se había negado a la afiliación por tener Sisben nivel I y no quería perder la afiliación. Se opuso a lo pretendido en el libelo demandatorio y presentó como medios exceptivos: “Falta de causa por activa”, “Buena fe en cabeza de la demandada”.

En sentencia del veinticuatro (24) de enero del año dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, declaró la existencia de la relación laboral entre la señora Mónica María Arias Sánchez y la demandada

Katherine Cortés Mejía desde el 30 de agosto del año 2012 al 5 de enero del año 2016, condenando a esta última al pago del título actuarial en los periodos no pagados a la demandante ante Colpensiones. Igualmente, ordenó al fondo al pago de la pensión de invalidez en los términos ordenados en la sentencia SU 558 de 2016 desde el 1 de diciembre del año 2015 en cuantía del salario mínimo, con la indexación del retroactivo. Absolvió del pago de intereses del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Fundamento la decisión el a quo, que el inicio de la relación laboral quedó probada con la prestación personal del servicio desde cinco meses antes a la apertura de la tienda física, lo que se extrajo del interrogatorio de parte de la demandada y de la declaración de la testigo de la pasiva. Igualmente, consideró que debe acudirse a la aplicación de la sentencia SU 558 de 2016, para conceder la prestación, incluso sin que sean tenidos en cuenta las cotizaciones no canceladas por la empleadora pues pese a la estructuración de la pérdida de capacidad laboral en el año 2013, la demandante continuó laborando.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de alzada en contra de la providencia de primera instancia, pues argumentó que los testigos deben valorarse mejor en sus respuestas, ya que el testimonio de la señora Ana Marleny Franco Cardona cuya importancia se restó por el a quo no incurrió en imprecisiones, sino, que fue una respuesta dada a una pregunta general y por ello, no puede decirse que expuso cosas contrarias a la misma demandante. Igualmente, narró que la señora Paola Andrea Gaviria testigo, describió que la demandante laboró desde finales del año 2011 y debe tenerse con dicho testimonio que la actora sí prestó sus servicios desde dicho año. Solicitó que se indique que los periodos que se ordenen pagar por la empleadora deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de la prestación, pues el análisis debe hacerse conforme a la norma que se encontraba vigente y de haberse efectuado los pagos de manera correcta, la demandante se encontraría recibiendo la pensión, para lo que puso en consideración la sentencia T-234 del

año 2018, donde se permite que se realice el pago del cálculo actuarial para el reconocimiento pensional. Insistió que la demandante ante el reconocimiento de la relación laboral en los extremos indicados y la imposición del pago del cálculo le asiste el derecho a la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración del estado de invalidez, pues Colpensiones además tenía la obligación desde la primera reclamación elevada, de realizar una investigación con el fin del reconocimiento pensional.

El apoderado de la parte accionada Ketherine Alexandra Cortés interpuso recurso de alzada, indicando que, difiere de la sentencia, pues en parte alguna quedo demostrada el inicio de la relación laboral ni siquiera por aproximación. Indicó que la continuidad y la permanencia son elementos básicos de la relación laboral, pero considera que se estableció en el proceso que era algo esporádico, y que la presencia en la casa de la demandada obedecía a las ayudas que se le realizaban. En tanto, considera, que no es posible que hubiera relación laboral desde el mes de agosto del año 2012, situación que no fue probada y que debe ser revocada frente al extremo dado, pues no es claro ordenar el pago respecto a extremos que no están claros. Peticionó a la revocatoria de dicha declaración.

La procuradora judicial de Colpensiones, interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia solicitando se estudie la prestación con la norma vigente al momento de la contingencia, es decir, para la fecha de estructuración, octubre del año 2013, la Ley 860 de 2003, con la cual, la demandante no cumple los requisitos normativos, ni aún con la condición más beneficiosa. Ahora, respecto a las enfermedades crónicas y degenerativas recordó la definición dada de ella, y expuso que el diagnóstico dado en el dictamen no entra en esa definición. Tampoco se ve que la resolución 3479 de 2001 que tiene el listado de las enfermedades de este tipo, se encuentre la que sufre la actora. Llamó la atención que la omisión para el cubrimiento del siniestro ausenta de responsabilidad al fondo.

Corrido traslado para alegar, las partes manifestaron al despacho lo siguiente en la oportunidad legal para ello:

Colpensiones, indicó en sus alegatos que los títulos pensionales o reservas actuariales son aquellos que deben trasladar al Régimen de Prima media con Prestación Definida aquellas empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones de jubilación y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente a la entrada en vigor de la ley 100 de 1993. Igualmente, el artículo 22 de la normatividad enunciada estableció que es responsabilidad del empleador el pago del aporte de los trabajadores a su servicio, y consecuente a ello, la entidad no podía ejercer acciones de cobro con anterioridad frente al presunto empleador incumplido, y en esta instancia sólo podrá efectuar el cálculo actuarial correspondiente si así lo ordena el Juez mediante decisión que haga tránsito a cosa juzgada. Ahora, indicó que toda vez que el problema jurídico gira en torno a la ausencia de afiliación, no es dable que hoy en día la señora Katherine Alexandra Cortes mejía asegurara la contingencia de invalidez de la señora MÓNICA MARÍA ARIAS SÁNCHEZ, puesto ya se encuentra consolidado la misma. Recordó que el estudio de la prestación debe darse con la norma vigente para el 22 de octubre del año 2013 fecha de la estructuración del estado de invalidez de acuerdo a Dictamen número 201448708VV teniendo la demandante de acuerdo a la norma vigente, sólo 24.14 semanas que no consolidan su derecho. Concluyó en la solicitud de revocatoria de la sentencia de primea instancia.

La parte demandante, expuso que con las pruebas recaudadas especialmente con los testimonios, se pudo establecer la existencia del vínculo laboral solicitado desde diciembre del año 2011 y a pesar que no se da valor probatorio al testimonio de la señora “Ana Marleny” por una contradicción en una respuesta relacionada con los días laborados, la testigo fue acertada en afirmar que vendían perfumes en semana y que los fines de semana descansaban, que incluso la declarante citada por la demanda la señora Paola Andrea Agudelo, afirmó que recuerda ver a la demandante desde el año 2011. Explicó que las semanas deben ser tenidas en

cuenta pues de no ser así se da pie a que el empleador desconozca y no pague los aportes por la omisión en que ocurrió y que es una obligación legal ponerse al día. Peticionó que se acoja en cuenta la tesis de la Corte Suprema de Justicia en sentencia T 234 de 2018, argumento igual al dado al recurso de alzada, y complementó exponiendo que en sentencia SU 226 de 2019, se fijó un criterio claro respecto a la afiliación tardía del empleador, sin eximirlo del pago del cálculo actuarial; igualmente, solicitó la aplicación de la sentencia SL3691-2021 de 2021, y la confirmación de la sentencia modificando los temas de apelación.

El apoderado de la señora Katherine Alexandra Cortes Mejía, expresó que con la prueba recaudada no existe certeza del extremo de la relación laboral, pues ello no quedó suficientemente probado, siendo claro que la demandante realizaba aseo de manera esporádica en la casa de la demandada y posteriormente fue contratada. Expresó que los perfumes que se daban a la demandante en esa época, era solo para que los vendiera y se quedara con el excedente, sin contratación, subordinación. Tan solo para el año 2013 en el mes de enero, y a razón de la confianza que le tenía a la demandante, la llamó para hacer parte de su tienda de perfumes y accesorios para mujeres, afiliándola en salud, pensión y riesgos profesionales en abril pues la demandante se negaba a entregar los documentos para ello, por no querer ser desafiada del SISBEN UNO. Recalcó que siempre le asistió buena fe a la demandada, pues acudió ante la oficina del trabajo para terminar la relación laboral se la demandante. Llamó la atención que la demandante expuso en acción constitucional presentada previamente que el inicio de la relación laboral empezó en enero del año 2013.

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar, los extremos de la relación laboral entre Mónica María Arias Sánchez y Katherine Alexandra Cortes Mejía y si le asiste a la empleadora al pago por aportes no realizados en dicho interregno. Así mismo, si la demandante cuenta con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, qué norma aplicar en su caso, y si de haber cotizaciones no canceladas

CONSIDERACIONES

El artículo 164 del Código General del Proceso establece que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y el artículo 167 ibídem consagra el principio de la carga de la prueba que se explica afirmando que al actor le corresponde demostrar los supuestos fácticos en los cuales funda su pretensión y al demandado los hechos en que finca la excepción.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el principio universal de la carga probatoria, y ha explicado con claridad, que quien afirma una cosa está obligado a probarla. Es así pues, como quien pretende o demanda un derecho debe alegarlo, y adicionalmente, debe demostrar los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba al demandado cuando éste se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado (sentencia de 5 de agosto de 2009, Expediente 36.549).

La relación laboral

El contrato de trabajo es un acuerdo celebrado entre dos partes, una de ellas denominada trabajador y otro empleador, donde el primero presta personalmente sus servicios orientado bajo la subordinación hacia el segundo, y recibiendo una contraprestación denominada salario.

En aras de equilibrar la relación desigual entre las partes consecuente al poder subordinante del empleador, el legislador, consagró un mínimo de derechos y garantías, que propenden por el respeto a la dignidad del trabajador.

Para ello, en el Código Sustantivo de Trabajo, delimitó tres elementos para diferenciar el contrato de trabajo de otros que pudiera darse en el desarrollo de las relaciones humanas, así:

“Artículo 23. Elementos esenciales

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”.

Igualmente, en el artículo 24 *ibídem* expuso lo siguiente:

“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”

Es así como mínimamente, el trabajador, debe acreditar la prestación personal del servicio, la cual, definida en el artículo 5 del CST, se trata de cualquier oficio, material o intelectual, desempeñado necesariamente por una persona natural, y es este punto el elemento diferenciador pues la prestación del servicio siempre debe ejecutarse por el trabajador de manera personalísima, sin que sea posible la sustitución de trabajadores; pues si se presenta lo contrario, será la prestación de un servicio, contrario a la relación laboral.

Finalmente, dicha actividad debe beneficiar a un empleador.

La subordinación, por su parte, es el sometimiento del trabajador a la esfera organicista, rectora y disciplinaria del empleador, donde la obediencia es la premisa principal, siendo este elemento diferenciador de otro tipo de contrataciones, pues se caracteriza por ser irrenunciable e intransmisible. En esta, se somete a la persona del empleador, quien tiene la potestad para dar órdenes directas, implementar horarios y reglamentos internos, exigir permisos para ausentarse del lugar de trabajo, impartir sanciones disciplinarias ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales, entre otras, a diferencia de los contratos de índole civil, comercial o administrativo, donde los contratantes se someten al cumplimiento de las obligaciones contraídas, y no a las personas.

Es importante recordar que, en el contexto de las aristas del proceso, se encuentra aceptada la existencia de la relación contractual quedando en el tintero el extremo inicial, el cual, insiste la parte demandante que fue el mes de diciembre del año 2011 y la pasiva que sólo desde el mes de enero del año 2013 se dio su inicio.

Para tales efectos es necesario el estudio de todos los medios probatorios arrojados relevantes:

Historia laboral de la demandante en donde se avizora el inicio de cotizaciones por parte de Katherine Alexandra Cortes Mejía para el 1 de junio del año 2013. Escrito de tutela realizado por la demandante, contestación de la acción constitucional y sentencia del Juzgado Octavo Penal del Circuito de Medellín, instaurado en contra de la aquí demandada en donde afirma que laboró al servicio de la demandada desde el mes de enero del año 2013.

Se recepcionaron los interrogatorios de parte de la demandante y demandada, los que, revisados bajo el artículo 191 del CGP, se constatan como hechos de confesión dados por la demandada, que: cinco (5) meses antes de abrir su negocio le ayudó a la demandante entregándole perfumes para que, vendiera y se quedara

con el excedente del mayor valor, sumado a un porcentaje por la venta. La demandante por su parte, indicó que le colaboraba a la demandada en su apartamento y que se le daba una comisión por la venta de los perfumes.

En audiencia del artículo 80 del CPT y SS, se recepcionaron los testimonios de Ana Marleny Franco Cardona, Olivia Viviana Restrepo Balbín y Paula Andrea Gaviria Agudelo.

La señora Ana Marleny Franco Cardona indicó que en el año 2011 la demandante empezó a trabajar colaborando con el inventario y que ello le constaba de manera persona, pero, se contradijo en los tiempos conforme los dichos de la demandante. También resaltó que el servicio que proporcionaban era entre amigas, que hacían lo que había para hacer, salían y “fresquiaban”, hacían otras actividades y si no tenían nada más que hacer se iban.

Olivia Viviana Restrepo Balbín no le consta nada de lo que expone en su declaración, pues indica que “conoce” lo acontecido por dichos de la propia demandante.

Paula Andrea Gaviria Agudelo indicó, que la demandante inició a laborar finalizando el año 2013 lo que conoce en relación a la amistad que tuvo con la demandada, conoció que la demandante algunas veces iba a la casa de la demandada, lavaba el baño, otras veces le hacía las uñas, y que por esas labores Katherine le daba un dinero, pero no sabe cuánto era.

Es claro que la prueba testimonial recaudada no arrojó particularmente ninguna pista para determinar las condiciones de inicio de la relación laboral, pues contrario a lo indicado por el a quo, la manifestación de la demandada sobre ayudarle a la demandante entregándole unos perfumes cinco (5) meses antes de la apertura de la tienda física, **no puede tenerse como confesión de la prestación personal del servicio.** Por el contrario, la presencialidad de la demandante en el lugar de habitación de la demandada era consecuente a que la señora Katherine Alexandra

Cortés cuidaba del hijo de la señora Mónica María Arias Sánchez, pues la demandada le prestaba ayuda en diversos aspectos, le proporcionó algunos bienes (perfumes) para la venta que realizaba bajo su propia cuenta, pero en ningún caso puede entenderse ello como la prestación personal del servicio que la norma indica.

En sentencia SU 123 de 2021, la Honorable Corte Constitucional, definió las reglas para la valoración de la prueba testimonial indicando sobre ello lo siguiente:

“Finalmente, respecto de la forma en que debe valorarse la prueba testimonial, los Códigos de Procedimiento Civil y Procesal del Trabajo establecen dos reglas en particular. (i) Siendo necesario procurar un mínimo de objetividad en el testimonio, la ley impone al juez el deber de interrogar a la persona sobre “la razón de la ciencia de su dicho con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento [...]”¹⁰¹. La respuesta que se dé a esa pregunta también habrá de estudiarse. Por último, (ii) el Código Procesal del Trabajo resalta que, recabados todos los medios de prueba (incluidos los testimonios), el juez debe analizarlos en conjunto y definir si con ellos es posible llegar al convencimiento de los hechos ocurridos. Todo esto “inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes.”.

No puede dejarse de lado en la valoración de la prueba, la muy importante manifestación de la misma demandante, de cara a la solicitud de la protección constitucional de la estabilidad laboral reforzada y resuelta en segunda instancia por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Medellín, en donde se informó que la unió una relación laboral con la demandada **desde el mes de enero del año 2013** y sorpresivamente en el proceso ordinario que nos convoca invoca un inicio contractual diferente, pues dicha manifestación de cara a lo expuesto en el artículo 196 del CGP debe tenerse como una confesión de la propia parte.

Para desmarañar la realidad del proceso hay ciertos indicios que pueden dar lugar a deducir la materialización de una relación laboral, tales como las condiciones locativas de la prestación del servicio, que generalmente serían dentro de la esfera

del empleador; la existencia de un horario de trabajo; la ajenidad de los productos y los bienes producidos. Sin embargo, en este proceso, las condiciones locativas en el domicilio de la demandada, se encontraba precisamente justificado en que esta la acogió para prestarle ayuda, generándose una relación de amistad entre las partes, amigas que salían, departían, “fresquiaban” (sic), siendo claro que el beneficio probatorio que tiene el empleado como extremo vulnerable de la relación contractual, y que es por esta especialidad amparado, no le quita otro tipo de obligaciones procesales y probatorias, pues recae en él la obligación de **crear certeza sobre los extremos de la relación laboral que se endilga y respecto a quién, situación que en el proceso no se da, pues como se indicó la misma actora en el ámbito de la protección constitucional que deprecó invocó unos extremos laborales diferentes a los aquí expuestos, los cuales fueron objeto de aceptación por la demandada sin que se logre generar certeza alguna sobre fechas diferentes.**

Tampoco puede predicarse aquí la teoría de la aproximación de los extremos temporales dada en sentencia SL 2090 de 2021, pues no hay un punto de convergencia que dé equilibrio o arrimo a lo solicitado.

Es así pues, como la parte demandante no logró acreditar que la relación laboral que la unió con la demandada Katherine Alexandra Cortes Mejía se dio en fecha anterior al mes de enero del año 2013, por lo que se declarará que en ese momento inicio la relación laboral.

Toda vez que no se cuenta con una fecha cierta del citado mes, se hace necesario tomar, acorde acorde con la jurisprudencia de la sala de Casación Laboral, el último día del citado mes, esto es el día 30.

Lo anterior, arroja que la demandada debió realizar el pago de las cotizaciones en pensión a favor de la señora Arias Sánchez, por lo que, ante la ausencia de afiliación en dicho periodo, deberá realizar el pago correspondiente a los periodos del 30 de enero al 30 de marzo del año 2013.

Pensión de Invalidez

Realizada por Colpensiones fue allegada al proceso, sin que fuese controvertida por las partes, dictamen de pérdida de capacidad laboral de la demandante efectuada el 31 de marzo del año 2014, en donde se arribó a las siguientes conclusiones:

Diagnóstico: tumor maligno en el cerebro, excepto lóbulos y ventrículos.

Pérdida de capacidad laboral del 55.29%, estructurada el 22 de octubre del año 2013.

Respecto al porcentaje de pérdida de capacidad laboral, el artículo 38 de la ley 100 de 1993 establece:

“Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”.

Habiéndose estructurado la invalidez en el mes de octubre del año 2013, es claro que la norma que debe revisarse para la procedencia del derecho invocado es la vigente para la fecha, es decir, los artículos 38 y 39 de la ley 100 de 1993 modificados por la Ley 860 de 2003, que exige 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la estructuración.

Teniendo en cuenta los periodos de enero, febrero y marzo el año 2013 que debe ser cancelados por la ex empleadora, la señora Mónica María Arias cuenta con una densidad de 47.1 entre 22 de octubre del año 2010 y la misma fecha del año 2013, insuficientes para acceder a la pretendida prestación.

En este punto es importante dejar claro que, es pertinente tener en cuenta, que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencias como la SL 4698

de 2020 y SL 1740 de 2021, aclaró que en materia de invalidez y sobrevivientes, las consecuencias jurídicas ante el incumplimiento patronal en de las obligaciones de afiliación y pago de aportes, no se enmarcan en el pago de cálculos actuariales en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y del 9 de la Ley 797 de 2003 pues tal figura es exclusiva para la pensión de vejez, teniendo en cuenta además el alcance del artículo 8 del Decreto 1642 de 1995, complicado en el artículo 2.2.4.1.2 del Decreto Reglamentario N° 1833 de 2016 que reza:

“Los empleadores del sector privado que no hubiesen afiliado a sus trabajadores al Sistema General de Pensiones, deberán asumir el reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez o de sobrevivientes o sustitución, por riesgo común, que se llegasen a causar durante el periodo en el cual el trabajador estuvo desprotegido”.

Sin embargo, esta situación NO se da en este proceso, pues la consolidación del estado de invalidez se dio cuando el empleador ya había afiliado y subrogado el riesgo en cabeza de la entidad de seguridad social, ello, bajo el entendido que la estructuración tuvo su lugar el 22 de octubre del año 2013 y aún, con las cotizaciones del empleador no se encontraba cumplido el requisito para la cancelación del riesgo bajo la teoría de seguros dada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues no se cumplían las 50 semanas necesarias, por lo que en un principio se diría que la demandante no cumple con los requisitos para la pensión de invalidez.

Ahora, la Constitución Política de 1991 consagra en múltiples disposiciones la especial protección que gozan las personas con limitaciones o con discapacidad, y la jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de referirse ampliamente al tema de la protección de los derechos de personas con limitaciones. Es así pues como el Artículo 13 Superior establece que “*el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan*,”.

De esta disposición superior se deriva la obligación del Estado y autoridades de adoptar medidas afirmativas para evitar la discriminación y garantizar la igualdad real y efectiva de las personas con limitaciones o con discapacidad. En este sentido, la igualdad de oportunidades y el trato más favorable son derechos fundamentales de aplicación inmediata de primera categoría, reconocidos a los grupos discriminados o marginados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

En el estado y la sociedad la obligación del Estado de adelantar *“política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”*, de donde se deriva la expresa y específica obligación del Estado de garantizar la previsión, rehabilitación e integración social de las personas con limitaciones o con discapacidad, nótese como la intención es la garantía de un trato igualitario a esta población.

De igual manera materia laboral, el artículo 54 de constitución nacional se consagra que “El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.” De este artículo se deriva una obligación clara y expresa del Estado de **propender por la inserción y ubicación laboral de las personas con limitaciones o con discapacidad, teniendo en cuenta que ésta se dé en un ámbito laboral con condiciones adecuadas y acordes con el tipo y grado de limitación.**

La Corte Constitucional mediante sentencia SU - 588 de 2016, fue clara en establecer que es común que existan cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, siendo concurrente que personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% no acrediten las semanas requeridas por la norma, pese a contar con un número importante de cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha asignada. En dichas situaciones estableció que la fecha de estructuración de invalidez puede determinarse con base en la fecha del **dictamen sobre la pérdida de la capacidad laboral, el momento en que se**

diagnosticó la enfermedad, cuando se presentaron los primeros síntomas o cuando la evolución de la enfermedad conllevó al afiliado a la efectiva incapacidad para procurarse una subsistencia mínima a través del trabajo, lo que en ocasiones coincide con el momento en que dejó de cotizar.

A dicho el máximo órgano constitucional, que es desproporcionado exigir, a una persona en condiciones de debilidad manifiesta, en una interpretación literal del texto de la ley, un requisito que le resulta **gravoso y contradictorio con la realidad**, puesto que, si bien técnicamente se puede establecer una fecha para la invalidez, esta no coincide con la realidad cuando la persona se desempeña dentro del mercado laboral y efectúa los aportes al sistema de seguridad social, como en el caso de autos, en donde la señora Mónica María Arias Sánchez continuó en el mercado laboral hasta el periodo de noviembre del año 2015.

Esta protección va específicamente encaminada a aquellas personas que, teniendo una enfermedad, congénita, crónico, degenerativo o progresivo han tenido la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana **pese a su enfermedad y ante el desarrollo del principio de igualdad.**

Ahora, si bien la Corte Constitucional ha hecho tal referencia y la misma ha sido adoptada por la Sala Laboral, con el fin de evitar un fraude al sistema general de pensiones y, asegurar su sostenibilidad financiera, es necesario ponderar varias situaciones en cada caso concreto, esto es: patología, historia laboral, historia clínica, la actividad que ejerció y que dio pie a las cotizaciones en pensión, edad, entre otras para establecer si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, son consecuentes de una actividad laboral efectivamente ejercida.

Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones efectuadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una **real y probada capacidad laboral residual, y no, que se hicieron con el único fin de**

defraudar al sistema de seguridad social.

La alta Corporación Judicial Constitucional en comento, estableció desde el año 2016 y en diversas providencias, una serie de sub-reglas que deben ser tenidas en cuenta al momento de resolver los conflictos en los que se pretenda el reconocimiento de semanas cotizadas después de la fecha de estructuración, las cuales como ya se dijo, pueden ser laboradas gracias a una capacidad laboral residual que le permitió al trabajador desempeñar sus funciones hasta que llegara el momento de perder totalmente su fuerza de trabajo, estas son:

Que el trabajador tenga una pérdida de capacidad laboral mayor al 50% como consecuencia de una enfermedad degenerativa, congénita o crónica.

Que luego de la fecha de estructuración, el afiliado haya conservado una capacidad laboral residual que le haya permitido seguir cotizando y completar las 50 semanas exigidas por la normatividad pertinente.

Que no se evidencie un ánimo de defraudar al Sistema General de Seguridad Social.

Para la primera sub-regla se tiene que, como se enunció en precedencia la afiliada cuenta con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, consecuente al tumor maligno cerebral. La noción de enfermedad crónica, degenerativa y ruinosa, corresponde a “se definen como enfermedades ruinosas o catastróficas, aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento.”.

Respecto a esto, es claro que, para el 24 de febrero del año 2014, de acuerdo al dictamen médico que se desprende en el proceso, se puede ver que, el médico establece que debe haber tratamiento paliativo, desfavorable, por lo que, es claro que, al no haber una posibilidad de mejoría de la demandante, ante los cuidados paliativos dispuestos, es sin duda, una enfermedad con el carácter de ruinosa y crónica.

Ante segunda sub-regla, dada por la corte y esta es que el afiliado haya conservado una capacidad laboral residual que le haya permitido seguir cotizando y completar las 50 semanas exigidas por la normatividad pertinente. De la historia laboral del proceso se constata que las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la estructuración fueron con la señora Katherine Cortés Mejía, en donde la afiliada tenía las funciones de vendedora de perfumes, buen servicio al cliente, cuadre de caja y registro de ventas diarias, funciones posibles de realizar pese a su enfermedad, pues dentro de la calificación de Colpensiones se dejó claro que estaba completamente orientada, plenamente independiente, pudiendo sin duda efectuar la actividad que le procuró su sustento aún después de estructurada su enfermedad, con lo que se cumple la tercera Sub-regla, pues no se avizora el propósito de defraudar al sistema.

Bajo ese entendido, la estructuración material de la invalidez se dio el 1 de diciembre del año 2015, tal y como lo indicó el a quo, quien además realizó este un estudio de la prestación en cumplimiento del deber estatal de proteger a la población en estado de discapacidad.

Contrario a los alegatos arrimados por la parte actora, la demandante no reunía los requisitos para acceder a la pensión de invalidez bajo la norma vigente para la contingencia, considerándose conforme a derecho el estudio realizado y bajo ese entendido, se cumplen los requisitos para el pago de la prestación.

Conforme el grado jurisdiccional de consulta, se revisa la liquidación efectuada por el despacho de la prestación, sin encontrarse inconvenientes en la misma pues de cara a la historia laboral de la demandante, le asiste el salario mínimo legal mensual vigente para cada año y desde el 1 de diciembre del año 2015, fecha de la estructuración material del estado de invalidez.

Así mismo y conforme lo enunció el Juez de primera instancia, no es procedente el pago de intereses moratorios, pues el estudio de la prestación derivó de una interpretación normativa, en cuyo caso de acuerdo a la sentencia SL 1370 de 2020

no es procedente la aplicación del artículo 141 de la ley 100 de 1993. Empero, ante el paso del tiempo si es procedente el pago de la indexación, conforme sentencia SL 359 de 2021.

Corolario a lo expuesto, se Revocará y Confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, conocida en apelación y en Consulta a favor de Colpensiones por las razones expuestas.

Sin costas en esta instancia, ante la desventura de los recursos de apelación.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Modificar el numeral **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia, y en su lugar declarar que entre la señora Mónica María Arias Sánchez y Katherine Alexandra Cortés Mejía existió una relación laboral cuyo inicio fue el mes de enero del año 2013.

SEGUNDO: Modificar el numeral **SEGUNDO** de la sentencia, en razón a que los periodos del pago a realizar por la señora Katherine Alexandra Cortés Mejía ante Colpensiones a favor de Mónica María Arias Sánchez, corresponden del 30 de enero al 30 de marzo del año 2013.

TERCERO: Confirmar la sentencia en lo demás.

CUARTO: Sin Costas en esta instancia.

Lo resuelto se notifica en **EDICTO**. Se ordena regresar el proceso al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Jaime Alberto Aristizábal Gómez

John Jairo Acosta Pérez

Francisco Arango Torres

Firmado Por:

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Francisco Arango Torres
Magistrado

Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **232ce5089d7d33c915987458ec31d06d3041ed891ac62f6407ca008e3168425f**

Documento generado en 11/05/2023 03:10:21 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>