



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ**

Acta número: 015

Audiencia número: 163

En Santiago de Cali, a los once (11) días del mes de mayo de dos mil veintitrés (2023), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, ALVARO MUÑOZ AFANADOR y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, modificatorio del artículo 82 del CPL y SS, nos constituimos en audiencia pública con el fin de darle trámite al recurso de apelación formulado contra la sentencia número 266 del 31 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por LIDIA DEL SOCORRO MURILLO contra COLPENSIONES e INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Integrados en litis: UNION TEMPORAL CRECER JUNTOS y la UNION TEMPORAL CRECER JUNTO 2, ASOCIACIÓN DE HOGARES DE BIENESTAR BARRIO KENNEDY.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La mandataria judicial de la actora formuló ante esta instancia los alegatos de conclusión, argumentando que para concederse el retroactivo pensional es necesario tener en cuenta el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, esto es, la pensión de invalidez se cancela desde que se produce ese estado. Que, en el presente caso, la actora fue calificada el 01 de noviembre de 2016, indicándose que la invalidez se estructuró el 31 de diciembre de 2011 y desde esa fecha es que se debió reconocer la pensión, o desde que se dejaron de cancelar las incapacidades médicas que lo fue hasta el 24 de julio de 2012. Razón por la cual solicita la revocatoria de la sentencia de primer grado.



A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA N° 0144

Pretende la demandante que se declare que entre ella y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar existió un vínculo laboral que generó derechos a su favor, entre ellos el que se le corrija y rectifique la historia laboral y sean incluidas las semanas faltantes a cargo del ICBF, mediante un cálculo actuarial, subsanando la omisión de la afiliación a la seguridad social especialmente lo atinente a los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Que se declare que la actora presenta una pérdida de la capacidad laboral del 64.95% y tiene 50 semanas de cotización durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, por lo tanto, tiene derecho a la pensión de invalidez, a partir del 22 de agosto de 2012, fecha en la que le dejaron de pagar las incapacidades. Teniendo en cuenta que la fecha de estructuración material es desde el 31 de diciembre de 2011. Y que le asiste el derecho al pago de los intereses moratorios o subsidiariamente la indexación.

En sustento de esas peticiones, anuncia la demandante que fue valorada por el Grupo Médico Laboral de Colpensiones, emitiendo el dictamen número 201618584455, del 01 de noviembre de 2016, calificándole una pérdida de la capacidad laboral del 64.95%, por enfermedad común, estructurada el 31 de diciembre de 2011.

Que solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez y mediante Resolución del 23 de diciembre de 2016 le fue negada, bajo el argumento de no cumplir con los requisitos de semanas.

Que mediante la Resolución SUB 197800 del 18 de septiembre de 2017, se le concede esa prestación a la actora, a partir del 01 de septiembre de 2017, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente. Decisión contra la que interpone los recursos, reclamando el pago del retroactivo, a partir del 01 de noviembre de 2016, pero le aclara que



ese retroactivo es a partir del 31 de diciembre de 2011. Decisión que fue confirmada mediante la Resolución DIR 18092 del 17 de octubre de 2017.

Que la demandante ha laborado para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, en el departamento del Cauca, desde el 16 de agosto de 1994 al 31 de octubre de 2016, según certificado que anexa, tiempo que no se refleja en la historia laboral por omisión de la afiliación y pago del citado empleador, lo que constituye un cálculo actuarial, porque tenía la obligación de afiliarla al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Debiéndose dar aplicación a la sentencia T 480 de 2016.

Que le cancelaron incapacidades hasta el 24 de julio de 2012, según certificado de SOS y no le cancelaron las incapacidades correspondientes del 25 de julio al 11 de octubre de 2012.

TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES da respuesta a la demanda a través de apoderada judicial, expone que parte de las pretensiones no están dirigidas contra esa entidad. En lo que tiene que ver con la pensión de invalidez, afirma que se hizo el reconocimiento de esa prestación porque la actora acreditó que en el período comprendido entre del 01 de noviembre de 2013 y el mismo día y mes del año 2016, tenía las 50 semanas cotizadas; como lo exige la ley. Oponiéndose a la solicitud del retroactivo pensional. Formulando las excepciones de mérito que denominó: prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de mandatario judicial, da respuesta a la acción, exponiendo su oposición a las pretensiones por cuanto no existió el contrato laboral sino un contrato de aportes que se celebró con los operadores que manejan dicha modalidad, citando como fundamento la Ley 7 de 1979, por medio de la cual se creó el Sistema de Bienestar Familiar dirigido a promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas del país y la vinculación de las entidades públicas con el de elevar el nivel de vida de la familia y sus integrantes, Que en ese ordenamiento se



determinó como entidad coordinadora al ICBF con competencia a nivel nacional. Siendo posible que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar celebre o suscriba una clase de negocio jurídico especial con particulares – fundamentalmente con asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro, denominado contrato de aportes, sin que se pueda derivar la existencia de un contrato de trabajo. Plantea como excepciones de fondo las que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de un contrato laboral entre la demandante y el ICBF, imposibilidad jurídica del establecimiento público de orden nacional ICBF para celebrar contrato de trabajo, inexistencia o falta de causa para demandar y cobro de lo no debido, inexistencia de solidaridad prestacional, prescripción y buena fe.

Se integró en litis consorcio necesario, citando al proceso a la UNION TEMPORAL CRECER JUNTOS, y a la UNION TEMPORAL CRECER JUNTO 2. Quienes, a través del mismo apoderado judicial, dieron respuesta, oponiéndose a las pretensiones, afirmando que la última de las entidades integrada a la litis, celebró contrato laboral con la demandante desde el 01 de noviembre de 2016 y culminó el 03 de octubre de 2018, habiendo estado vinculada a la seguridad social. Que ese contrato se suscribió en atención a los programas que maneja el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, contratos que son ejecutados por las madres comunitarias. Plantea las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por parte de la demandante, buena fe, pago, falta de causa y objeto, la innominada y prescripción.

También se citó al proceso a la Asociación de Hogares de Bienestar Barrio Kennedy, la Unión Temporal FUNDACOBA, notificadas a través de Curador Ad Litem, quien expone estarse a lo que resulte probado y propone las excepciones de prescripción e innominada.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime en primera instancia en donde la operadora judicial declara probadas las excepciones de cobro de lo no debido, propuestas por el ICBF y la de inexistencia de las obligaciones formulada por COLPENSIONES. Absuelve a las partes que integran la pasiva de todas las pretensiones expuestas por la actora.



Para arribar a esa conclusión la A quo, parte por establecer que no existió un contrato realidad entre la actora y el ICBF y, por lo tanto, esa entidad no tenía la obligación del pago de aportes a la Seguridad Social. Para ello hace referencia a precedentes jurisprudenciales sobre las madres comunitarias, donde el principio de la realidad sobre las formas, no se aplica a este caso, como lo dispuso la Corte Constitucional. Además, expone varias normas que refieren a las madres comunitarias, donde a partir del año 2012, se indica que se cancela por ese servicio, una beca, sin que ello implique un contrato laboral y en el año 2014 la ley indica que se debe vincular por contrato laboral. Por lo tanto, es el mismo legislador quien ordena, pero a partir del 2014 que se contrate laboralmente a las madres comunitarias, por ello, el tiempo en que la actora se desempeñó como madre comunitaria, que lo fue de 1994 a 2012, fue un vínculo de naturaleza civil al tratarse de una contribución solidaria y voluntaria, por lo tanto, no es una funcionaria pública y antes del 2014 no había vínculo laboral y por ello no hay lugar a emitir condena contra el ICBF ni la asociación de padres de familia ni las demás entidades llamadas al proceso.

Respecto a las peticiones contra Colpensiones, que busca la corrección de la historia laboral y se incluya el tiempo laborado con el ICBF pero que de acuerdo con las anteriores consideraciones, no existió esa relación de trabajo y tampoco la obligación del pago de aportes a la seguridad social, conlleva a que no se pueda acceder a esas súplicas y tampoco modificar la fecha desde la cual se concede la pensión de invalidez, porque que la actora no acredita las 50 semanas anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión la apoderada de la parte actora persigue la revocatoria de los numerales primero y segundo, frente a la demandada COLPENSIONES, porque frente al ICBF se mantiene a lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación 263 de 2019. En cuanto a COLPENSIONES, considera que le asiste el derecho al retroactivo de la pensión de invalidez de origen común, a partir del día siguiente al pago de la última incapacidad 25 de julio de 2012, por cuanto se debe tener en cuenta las cotizaciones que hizo el demandante como madre comunitaria, a partir del 01 de agosto de 2012, como



consta en el reporte en la historia laboral del 2017. Que el marco normativo es el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, que dispone que la pensión de invalidez se reconocerá desde la fecha en que se establece el estado, o sea desde el 31 de diciembre de 2011 y para esa data no se tenía en cuenta las cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte y, por lo tanto, se debe tener en cuenta es desde el 25 de julio de 2012, considerando desacertada la fecha que tomó la demandada, para revisar el requisito de semanas cotizadas, porque parte de la fecha del dictamen, que es diferente a la fecha de estructuración. Reiterando la solicitud de que se conceda esa prestación desde el 25 de julio de 2012 e intereses moratorios.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a los argumentos expuestos en los recursos de alzada, corresponderá a la Sala definir desde cuando se causa la pensión de invalidez de origen común reclamada por la parte actora e igualmente si hay lugar al reconocimiento de la indexación de las mesadas adeudadas.

Para darle solución a la controversia planteada, es necesario partir del artículo 38 de la Ley 100 de 1993, que establece textualmente:

“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”

Descendiendo al caso que nos ocupa, se allegó al plenario (pdf 019) copia del formulario de calificación de pérdida de la capacidad laboral de la actora, realizado por Colpensiones el 01 de noviembre de 2016, determinado una pérdida de la capacidad laboral del 64.95%, estructurada el **31 de diciembre de 2011**.

Para obtener la pensión de invalidez, se debe acreditar las condiciones dispuestas en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, norma vigente a la calenda en que se estructura la pérdida de la capacidad laboral, año 2011; que dispone como requisitos: acreditar haber cotizado 50



semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez. Por lo tanto, se debe demostrar 50 semanas cotizadas entre el 31 de diciembre de 2008 al mismo día y mes del año 2011.

Hace parte del material probatorio, la historia laboral que lleva Colpensiones (pdf 01), encontramos que la demandante sólo presenta cotizaciones desde el mes de agosto de 2012 en adelante y hasta el 30 de junio de 2017, para un total de 201.86 semanas, donde hasta el mes de mayo de 2013 los aportes los hizo la actora como trabajadora independiente y a partir del 01 de febrero de 2014 como dependiente de la Unión Temporal Crece.

De acuerdo con la literalidad de la norma citada, la señora LIDIA DEL SOCORRO MURILLO no tenía derecho a la pensión de invalidez al no acreditarse las semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral.

De otro lado, se incorporó al plenario (pdf 01) una certificación de la Unión Temporal Crecer Juntos, en la que se indica que estuvo vinculada a esa entidad desde el 16 de agosto de 1994, por un tiempo de servicios de 21 años y a partir del 02 de febrero de 2014 firmó contrato a término fijo, desempeñando el cargo de Madre Comunitaria.

La operadora judicial de primera instancia consideró que el tiempo laborado antes del 2014, no era bajo un contrato realidad, apoyándose en precedentes de la Corte Constitucional sobre las madres comunitarias. Que, de acuerdo con los argumentos de alzada, no se presenta inconformidad alguna con esa decisión, relevando a la Sala del estudio del contrato realidad.

Y es que a partir de la Ley 1607 de 2012 se otorgó a las madres comunitarias y sustitutas una beca por un salario mínimo legal mensual vigente. Además, indicó que, de manera progresiva durante los años 2013 y 2014, se diseñarían y adoptarían diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implicará otorgarles la calidad de funcionarias públicas.



En desarrollo de la anterior disposición, se expidió el Decreto 289 de 2014 reglamentando la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades operadoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar. Así, establece el artículo 2 que *“Las Madres Comunitarias serán vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social”*.

Por lo tanto, dándose una interpretación literal a las normas citadas, se puede concluir que a partir del año 2014 se impone el contrato laboral como la vinculación de las madres comunitarias y con ello el pago a la seguridad social. Disposición que acató la Unión Temporal Crecer Juntos, de acuerdo con la historia laboral de Colpensiones y la certificación emitida por esa entidad.

Por lo tanto, para la Sala, los argumentos expuestos al formular el recurso de apelación, se está desistiendo de una acción contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, más no contra la Unión Temporal, ya que de ella reclama el pago de los aportes a la seguridad social anteriores al 2014.

Considerando la Sala necesario revisar el marco normativo y jurisprudencial al respecto:

1. Se expide la Ley 100 de 1993, que crea el fondo de solidaridad pensional, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, y dentro de los objetivos de ese fondo, está el de subsidiar los aportes al régimen general de pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, entre los que cita a las madres comunitarias (art. 25)



2. Con la Ley 509 de 1999 se dispone unos beneficios a favor de las madres comunitarias en materia de seguridad social, sin importar la edad, ellas serían beneficiarias de un apoyo en el aporte de cotización al régimen general de pensiones con cargo al fondo de solidaridad pensional que ascendía al 80% del total de la cotización, siempre que lleve al menos un año de actividades y mientras estuvieran realizándolas.
3. La Ley 797 de 2003, modificó el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, disponiendo que serán afiliados al Sistema General de Pensiones en forma obligatoria todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios o cualquier otra modalidad de servicios que adopte, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones económicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.
4. A través de la Ley 1023 de 2006, se modificó la forma de afiliación de las madres comunitarias del programa de Hogares Comunitarios del ICBF que traía la Ley 509 de 1999 y dispuso que se afiliarán junto con su grupo familiar al régimen contributivo, pero sólo en seguridad social en salud, con las mismas prestaciones asistenciales y económicas y la obligación de pagar una cotización mensual
5. La Ley 1187 de 2008 en su artículo 2 dispuso que el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiaría los aportes al Régimen General de Pensiones de las madres comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2003 cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional – Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido. Estableciendo el artículo 4 que la bonificación mensual de las madres comunitarias se incrementaría al 70% del salario mínimo legal mensual vigente a partir de enero de 2008, sin perjuicio de los posteriores incrementos que se realicen. Al respecto, en materia de aportes parafiscales en pensión, el único beneficio que contemplaba la



normatividad para las madres comunitarias y sustitutas está previsto en el artículo 2 de la Ley 1187 de 2008, el cual solo consagró un subsidio a la cotización pensional.

6. Luego la Ley 1450 de 2011, dispuso que las personas que dejen de ser madres comunitarias y no cumplan con los requisitos para acceder a la pensión, ni sean beneficiarias del programa de asignación de beneficios económicos periódicos del régimen subsidiado de pensiones y por tanto reúnan las condiciones para acceder a la misma, tendrán acceso al subsidio de la subcuenta de subsistencia del fondo de solidaridad pensional, y el ICBF efectuará la identificación de posibles beneficiarias a este subsidio. Y las madres comunitarias que adquirieron por primera vez esa calidad entre el 29 de enero de 2003 al 14 de abril de 2008, y por lo tanto no tuvieron acceso al Fondo de Solidaridad Pensional durante ese período, podrán beneficiarse del pago del valor actuarial de las cotizaciones, bajo el entendido que dicha suma cubrirá exclusivamente las semanas en las cuales las madres comunitarias hubiesen desarrollado su actividad en el período mencionado y siempre y cuando detecten esa condición en la actualidad, de acuerdo con la certificación que al respecto expida el ICBF.

7. En la sentencia SU 079 de 2018, la Guardiana de la Constitución indicó que las madres comunitarias en calidad de titulares del derecho a la seguridad social, eran responsables de su vinculación y permanencia en el Sistema de Seguridad Social Integral, de conformidad con la Ley 100 de 1993 y demás normas que la complementan o modifican, providencia en donde también concluyó que: *“...con anterioridad a la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014, las madres comunitarias no tuvieron vínculo o relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, lo cual supone que estos últimos no estaban obligados legalmente al pago de aportes parafiscales en favor de las primeras. Recuérdese que las tareas efectuadas por las madres comunitarias se realizaron dentro del marco de un trabajo solidario y una contribución voluntaria, de conformidad con la normatividad legal y la jurisprudencia constitucional.”*



8. SU 273 del 19 de junio de 2019, dicha Corporación expresó que la legislación frente al derecho a la seguridad social de las madres comunitarias y sustitutas ha variado de la siguiente manera:

“(i) antes del cambio de Constitución y a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no estaban obligadas a cotizar.

(ii) a partir de la Ley 100 de 1993, fueron vinculadas al sistema de seguridad social en salud, a través del régimen subsidiado, por lo que tenían derecho a la atención en salud, pero no al reconocimiento de las prestaciones económicas.

(iii) con la Ley 509 de 1999, son vinculadas al sistema en el régimen contributivo mediante un subsidio a la cotización, adquiriendo así, las mismas prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados al régimen contributivo. Y

(iv) a través de la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014 deben cotizar como trabajadoras sujetas al régimen del Código Sustantivo del Trabajo.”

No fue materia de discusión la calidad de Madre Comunitaria que desempeñó la actora, en cumplimiento de los fines del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Razón por la cual esta Sala solicitó al Ministerio de Trabajo informara si la demandante ha tenido acceso al FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL. Entidad que dio la siguiente respuesta:

“Con lo anterior, es evidente que no existe responsabilidad alguna respecto de la omisión de la señora LIDIA DEL SOCORRO MURILLO de efectuar sus aportes pensionales, pues en su tiempo de servicios al ICBF, estuvo vinculada al Régimen Subsidiado el Pensiones, desde el 1° de mayo de 2012 hasta el 10 de septiembre de 2014, fecha en la cual fue retirada por mora en el pago de sus aportes. Durante su afiliación, únicamente se le subsidiaron 34.29 semanas de cotización, tal como se observa en los siguientes pantallazos del aplicativo Nodum”

El cuadro a que hace referencia corresponde a las cotizaciones de los meses de agosto a octubre de 2012 y diciembre de esa anualidad, más de enero a marzo de 2013 y mayo de 2013.

Más adelante, el Ministerio de Trabajo, expone:

“En consecuencia, debe aclararse que ninguna madre comunitaria se afilia mediante terceros al Fondo de Solidaridad Pensional, pues como se ha referido, sólo corresponde a la voluntad



de cada persona suscribir el formulario de afiliación al mismo, sin que ninguna clase de condición, desarrollo de alguna actividad o pertenecer a un grupo poblacional en particular, suple la voluntariedad en la afiliación al FSP de los trabajadores independientes que solicitan el subsidio pensional, en consecuencia, el periodo durante el cual la señora MURILLO LONGA no estuvo afiliada al FSP pero se desempeñó como madre comunitaria, esto es, desde 16 de agosto de 1994 hasta el 30 de abril de 2012, el Fondo no puede subsidiar aportes pensionales, pues por reducción de materia, sin mediar afiliación y por consiguiente, sin haber pagado su parte del aporte, no puede subsidiar semana de cotización alguna, antes de la afiliación o dentro de ella sin el pago del aporte que le corresponde al afiliado al Fondo.

Así las cosas, para contestar requerimiento judicial, la señora LIDIA DEL SOCORRO MURILLO LONGA (C.C. 66.743.789) tuvo acceso al Fondo de Solidaridad Pensional como madre comunitaria cuando suscribió el formulario de afiliación, esto es desde el 1° de mayo de 2012 hasta el 10 de septiembre de 2014, fecha en la cual fue retirada por mora en el pago de sus aportes, siendo el último ciclo subsidiado el de mayo de 2013, habiéndosele subsidiado 34.29 semanas de cotización, sin que pueda subsidiársele ciclo algunos desde 16 de agosto de 1994 hasta el 30 de abril de 2012, pues no hubo afiliación al FSP, conforme a las sentencias SU 079 y 273 de 2018 proferidas por la Corte Constitucional. Por lo tanto, si pretende la accionante el pago de cotizaciones sobre aquel interregno, debe existir la declaratoria de contrato realidad, sobre el cual no tendría injerencia alguna el Ministerio del Trabajo – Fondo de Solidaridad Pensional, sino quien se demuestre que fungió como empleador.”

En el expediente digital aparece la historia laboral de la demandante, con cotizaciones a partir del 01 de agosto de 2012 y hasta el 30 de junio de 2017, para un total de 201.86 semanas. De acuerdo con la respuesta que brindó el Ministerio del Trabajo, sobre el tiempo cotizado en el régimen subsidiado, donde aparecen las cotizaciones desde agosto de 2012 en la historia laboral que lleva la entidad de seguridad social convocada al proceso.

De otro lado, se debe tener en cuenta el artículo 28 de la Ley 100 de 1993, que ha establecido que los subsidios para el pago de los aportes a la seguridad social en pensiones son temporal y parcial, por lo tanto, al beneficiario le corresponde el pago de una proporción del aporte, que en el caso de las madres comunitarias era del 50% como lo estableció el parágrafo de la norma citada.

El Ministerio del Trabajo en la respuesta que emitió, informa sobre el incumplimiento de la demandante en el pago de la proporción que a ella le correspondía constituía así en mora, razón por la cual no se observa que se deban contabilizar mayor número de semanas cotizadas, como lo pretende la parte actora.



Descendiendo al caso que nos ocupa y a fin de determinar si hay lugar al retroactivo pensional que reclama la demandante, se debe tener en cuenta la calificación de pérdida de la capacidad laboral de la actora, realizado por Colpensiones el 01 de noviembre de 2016, determinado una pérdida de la capacidad laboral del 64.95%, estructurada el 31 de diciembre de 2011. Data para la cual se debe acreditar 50 semanas dentro de los 3 años anteriores, esto es entre el 31 de diciembre de 2008 al mismo día y mes del año 2011. Que de acuerdo con la historia laboral sólo presenta cotizaciones desde el mes de agosto de 2012 en adelante y hasta el 30 de junio de 2017, para un total de 201.86 semanas, donde hasta el mes de mayo de 2013 los aportes los hizo la actora como trabajadora independiente y a partir del 01 de febrero de 2014 como dependiente de la Unión Temporal Crece.

Se aportó al plenario copia de la Resolución SUB 197800 del 17 de septiembre de 2017, mediante la cual COLPENSIONES, reconoce a la demandante la pensión de invalidez, atendiendo que la actora presenta una enfermedad degenerativa y/o catastrófica, dado que el concepto de la calificación fue insuficiencia renal terminal hipertensiva y diabética, por lo tanto, indica la demandada que da aplicación a precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y toma como fecha para analizar el reconocimiento de esa prestación la data del dictamen de calificación, esto es el 01 de noviembre de 2016, pero concede la pensión a partir del último aporte.

Al retomar la historia laboral con fecha de actualización 14 de julio de 2017, se encuentra cotizaciones hasta junio de esa anualidad, pero también aparece incorporada otra historia laboral, donde la última cotización corresponde al mes de febrero de 2018.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 395 de 2022, radicación 86446, sobre la capacidad laboral residual ha expuesto.

“En síntesis, en dicha decisión la Corte Constitucional, valido tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, incluso, la data de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo v proveerse por si mismo del sustento económico, decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario.”



(..)

En sentencia GSJ SL3275-2019 reiterada en la CSJ SL3992 2019 y en la CSJ SL770-2020, esta Sala varió su postura respecto del momento a partir del cual se contabiliza el número de cotizaciones en tratándose de afiliados que padecen enfermedades de tipo crónico, congénito o degenerativo, teniendo en cuenta su capacidad laboral residual. A1 respecto en la última de ellas se dijo:

*En efecto, en la citada providencia esta Corte estimo que para tal efecto es posible tener en cuenta -conforme a las particularidades de cada caso-, además de la data de estructuración de la invalidez: (i) la calificación de dicho estado, (ii) la de solicitud de reconocimiento pensional o (iii) la de la última cotización realizada -calenda en la que se presume que la enfermedad se revelo de tal forma que le impidió seguir trabajando-. Lo anterior, porque: (...) en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, si están reconocidos a los demás individuos. (**). Sobre el particular, la Corte Constitucional en la citada providencia explico que tanto las administradoras de pensiones Como las autoridades judiciales deben verificar: (i) que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, las distintas Salas de Revisión han tenido en cuenta la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.”*

Acogiendo el anterior pronunciamiento jurisprudencial, y encontrándose acreditada la enfermedad degenerativa que presentaba la demandante, insuficiencia renal y diabetes, calificada por demás por la entidad llamada al proceso como de alto costo, encuentra la Sala que COLPENSIONES tomó como fecha de estructuración la fecha del dictamen, pero concede la pensión a partir del 01 de septiembre de 2017.

La Sala retomando las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tomará como fecha para conceder la prestación a partir del 01 de noviembre de 2016, fecha en que se practicó el dictamen, sin que se haya acreditado la data de la solicitud de éste. Encontrando que de esa fecha hacia atrás hay más de 50 semanas cotizadas, porque tiene cotizaciones continuas desde el mes de marzo de 2014, toda la anualidad de 2015 y 2016.



Período, además, para el cual ya había cesado el pago del subsidio de incapacidades que lo fue hasta el 24 de julio de 2012, como lo informa la parte actora.

La modificación de la fecha en que se concede la pensión de invalidez, se origina porque no es cierto que la última cotización de la demandante lo hubiese sido en agosto de 2017, porque claramente se observa que lo fue en febrero de 2018, y de otro lado, cuando se solicita la práctica del dictamen pericial, es la señal de que su estado de salud no le permite continuar una vida laboral, que si bien hay cotizaciones posteriores, se buscaba el amparo total de la seguridad social de una persona enferma.

En relación con la excepción de prescripción propuesta por la entidad de seguridad social convocada al proceso, se declarará no probada porque el derecho se está reconociendo a partir del 01 de noviembre de 2016 y la demanda fue presentada el 25 de mayo de 2018, sin que entre esas datas hubiese transcurrido el término de tres años que pregona el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Así las cosas, se debe el retroactivo correspondiente del 01 de noviembre de 2016 al 30 de agosto de 2017, donde la cuantía de la mesada pensional será igual al salario mínimo legal mensual vigente, dado que está no fue materia de controversia y se cotizó sobre esa base.

Como quiera que se ha informado a esta Sala el fallecimiento de la señora Lidia del Socorro Murillo, acaecido el 12 de marzo de 2023, se ordenará pagar a los herederos de la actora la suma de \$7.970.098, que corresponde al retroactivo generado del 01 de noviembre de 2016 al 30 de agosto de 2017, de acuerdo con las siguientes operaciones matemáticas:

AÑO	MESADA	N. MESADAS	TOTAL
2.016	689.454,00	3	2.068.362
2.017	737.717,00	8	5.901.736
TOTAL			7.970.098

La suma anterior será cancelada debidamente indexada a la data del pago, sin que se reconozca intereses moratorios porque la pensión de invalidez se da en acatamiento a precedentes jurisprudenciales.



Dentro del contexto de esta providencia se ha realizado el análisis de los argumentos expuestos por la apoderada de la demandante como alegatos de conclusión.

Bajo las anteriores consideraciones se modificará y adicionará la sentencia de primera instancia.

Costas en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES y a favor de los herederos de la señora Lidia del Socorro Murillo. Fijese como agencias en derecho que corresponden a esta instancia en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral primero de la sentencia número 266 del 31 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito, objeto de apelación, para en su lugar, declarar probadas la excepción de cobro de lo no debido propuesta por el apoderado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y declarar no probadas las demás excepciones propuestas por COLPENSIONES.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia número 266 del 31 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito, objeto de apelación, en el siguiente sentido:

- a) Declarar que la señora LIDIA DEL SOCORRO MURILLO tenía una enfermedad generativa y/o crónica, que conllevaba a presentar una pérdida de la capacidad laboral residual.
- b) Declarar que la señora LIDIA DEL SOCORRO MURILLO, tenía derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez a partir del 01 de noviembre de 2016, data en que se práctica el dictamen de pérdida de la capacidad laboral.
- c) Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a reconocerle a los herederos de la señora LIDIA DEL SOCORRO MURILLO la suma



de \$7.970.098, que corresponde al retroactivo generado del 01 de noviembre de 2016 al 30 de agosto de 2017, suma que se cancelará debidamente indexada.

TERCERO.- REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia número 266 del 31 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito, objeto de apelación, y en su lugar condenar a COLPENSIONES al pago de las costas de primera instancia que señalará el despacho de conocimiento.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 266 del 31 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito, objeto de apelación

QUINTO. COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de los herederos de la señora Lidia del Socorro Murillo. Fíjese como agencias en derecho que corresponden a esta instancia en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado y se ordena sea notificado a las partes por EDICTO.

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

ALVARO MUÑOZ AFANADOR
Magistrado
Rad. 009-2018-00338-01