

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

Magistrado ponente

SL063-2021

Radicación n.º 75196

Acta 01

Estudiado, discutido y aprobado en sala virtual.

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el 28 de abril de 2016, en el proceso ordinario laboral que instauró **XXX** (No se divulga el nombre del demandante para garantizar su derecho a la intimidad y confidencialidad por ser portador del VIH), en contra de la entidad recurrente, al que fue vinculada como *litisconsorte* la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

I. ANTECEDENTES

XXX convocó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el propósito que se hicieran las siguientes declaraciones: *i)* que es «*inválido*» dado que tiene una pérdida de capacidad laboral del 76,95%, a partir del 1º de diciembre de 2011 o desde la data en que se compruebe en el proceso; *ii)* que al ser afiliado a la AFP Porvenir S.A. tiene derecho a la pensión legal de invalidez, establecida en el artículo 69 de la Ley 100 de 1993, a partir del 31 de diciembre de 2010 o desde la calenda que se establezca en el juicio; y *iii)* que la citada prestación debe ser indexada y reajustada anualmente, conforme las variaciones anuales del IPC.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita que la AFP demandada sea condenada a cancelar la prestación pensional de invalidez, desde el 1º de enero de 2011, con los reajustes anuales establecidos en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, junto con el pago del retroactivo pensional, el cual a la fecha de la presentación de la demanda equivale a la suma de \$11.465.300; lo que resulte probado *ultra o extra petita* y las costas del proceso.

Manifestó como fundamento de sus pretensiones, que nació el 9 de julio de 1971; que laboró «*regularmente*» desde el 25 de abril de 1994 hasta el 31 de mayo de 2004, entre otros, para los siguientes empleadores: Productos Goloso Ltda.; María Cristina Castaño; María Elena Castaño; Twin Sohl Connection; Edilberto Becerra y Coasotasa C.T.A.

Expuso que estuvo afiliado y cotizando al Instituto de Seguros Sociales para el riesgo de pensión, entre el 25 de abril de 1994 y el 31 de mayo de 2004; que en ese lapso, sufragó un total de 386,71 semanas; que su último empleador en el régimen de prima media fue el señor Luis Orlando Durán; que desde el 1° de junio de 2004, se trasladó a la AFP Porvenir S.A.; que a partir de esta data inició labores como trabajador independiente, como «*peluquero estilista*»; que en tal condición cotizó a pensión hasta el 31 de diciembre de 2010; y que se desvinculó del sistema porque sus enfermedades le impidieron continuar laborando.

Señaló que, en el mes de octubre de 1994, fue diagnosticado como portador del virus VIH; que en tal condición fue sometido a tratamiento médico y psiquiátrico, ya que dicho dictamen generó varios episodios de depresión; que producto de la evolución de su enfermedad, arribó a un estadio III, concomitante con TBC en tratamiento y toxoplasmosis cerebral, lo que le generó diversas incapacidades médicas, tanto así, que alcanzó una incapacidad superior a 180 días.

Relató que fue remitido a evaluación de pérdida de capacidad laboral por parte de la AFP accionada; y que el 16 de diciembre de 2010, el grupo interdisciplinario de calificación de pérdida de capacidad laboral de Seguros de Vida Alfa S.A. fue el encargado de valorar su condición, el cual estableció una discapacidad equivalente al 76,95% de

origen común y fecha de estructuración 23 de agosto de 1994.

Narró que la Nueva EPS, entidad a la que estaba afiliado para el riesgo de salud, en dictamen del 28 de octubre de 2010, también calificó su pérdida de capacidad laboral en un 76.95% de origen común, con fecha de estructuración 23 de agosto de 1994.

Afirmó que, en tal escenario, el 11 de enero de 2011, solicitó a la AFP Porvenir S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez; la cual le fue negada mediante comunicación del 23 de junio de igual año, bajo el argumento de que para el día 23 de agosto de 1994, data de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, no se encontraba afiliado a ese fondo de pensiones.

Indicó que cuenta con más de 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la estructuración de su invalidez, esto es, entre el 31 de diciembre de 2007 y el mismo día y mes de 2010, además que tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50%.

Finalmente, adujo que cotizó continuamente al sistema de pensiones desde el 25 de abril de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2010 y siempre aportó sobre un SMLMV, por tanto, la prestación a liquidar debe reconocerse en cuantía del salario mínimo legal, incluidos los incrementos legales correspondientes.

Al dar contestación a la demanda, la AFP Porvenir S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó como ciertos los siguientes: que a partir del 3 de junio de 2004 el actor inició labores como trabajador independiente; que el demandante estuvo afiliado al ISS para el riesgo de pensión; que se trasladó a esa AFP; y que cotizó en esta última hasta el año 2010; así mismo admitió su diagnóstico médico como portador del virus VIH; la calificación de discapacidad efectuada por Seguros de Vida Alfa S.A.; así como la realizada por la Nueva EPS; la solicitud pensional elevada a esa AFP; y la respuesta negativa emitida el 23 de junio de 2011. Respecto de los demás supuestos fácticos dijo que no eran ciertos o que no le constaban.

En su defensa, precisó que el derecho pensional reclamado no podía estar en cabeza de esa AFP, dado que el afiliado no cotizó a esa administradora, ninguna semana con anterioridad a la fecha de estructuración de su invalidez, que lo fue el 23 de agosto de 1994, ya que se encuentra demostrado en el proceso que se vinculó a esa entidad del RAIS, a partir del 1º de junio de 2004, es decir, aproximadamente 10 años después.

Propuso como excepción previa la de falta de litisconsorcio necesario y como de fondo las denominadas: prescripción, buena fe, compensación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no adeudado, inexistencia de la causa por insuficiente densidad de semanas cotizadas, falta de legitimación en la casusa por pasiva, hecho exclusivo de un tercero y la genérica.

El juez de conocimiento, en audiencia celebrada el 20 de agosto de 2013 (f.º 186 a 190), declaró probada la excepción previa formulada por la AFP Porvenir S.A. y ordenó integrar al presente asunto, en calidad de litisconsorte necesario, a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, al contestar el libelo genitor, se opuso a todas las pretensiones. En cuanto a los hechos únicamente aceptó como cierto la fecha de nacimiento del demandante, de los demás dijo que no le constaban.

Adujo en su defensa, que no estaba llamada a reconocer la pensión de invalidez reclamada por el demandante, ya que no existe soporte jurídico que le permita otorgar ese derecho pensional, toda vez que el actor se trasladó al fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A., por lo tanto, será esa entidad la obligada, en caso de que haya lugar a su reconocimiento.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, al que correspondió dirimir el trámite de la primera instancia, profirió fallo el 16 de febrero de 2015, en el que resolvió:

1. DECLARAR que el señor XXX, es inválido por haber perdido el 76.95% de su capacidad laboral y, declarar como fecha de estructuración de su estado de invalidez el 31 de diciembre de 1998.

2. DECLARAR que el señor XXX como afiliado al sistema de pensiones RAIS, específicamente el administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., tiene derecho a la pensión de invalidez establecida en el artículo 69 de la Ley 100/93, que remite a los artículos 38, 39, 41 y 41 de la misma Ley, desde el 31 de diciembre de 1998, con una mesada pensional equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, sin perjuicio de los aumentos legales, conforme a las variaciones anuales y a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100/93; teniendo en cuenta que la mesada es igual a un SMLMV, dichos aumentos se deberán realizar conforme a lo dispuesto por Gobierno Nacional.

3. En consecuencia, CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, al reconocimiento y pago de la PENSIÓN DE INVALIDEZ, a favor del señor XXX identificado con cédula de ciudadanía No. 10.141.333, desde el 31 de diciembre de 1998, con los reajustes anuales a futuro, derecho a 14 mesadas en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.

4. CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a pagar los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 11 de mayo de 2012 hasta cuando se efectúe el pago total de la obligación.

5. CONDENAR en costas a la parte demandada PORVENIR S.A. en un 50%, tásense por secretaría. Abstenerse de condenar en costas a Colpensiones, por lo expuesto en la parte motiva. A título de agencias en derecho se fija la suma de \$644.350.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP Porvenir S.A., mediante sentencia proferida el 28 de abril de 2016, confirmó íntegramente el

fallo de primer grado e impuso costas de la alzada a cargo de la entidad apelante.

El *ad quem* estableció de manera preliminar que los problemas jurídicos a resolver en este asunto, se circunscribían a determinar lo siguiente: (i) si se extralimitó la *a quo* en sus funciones al variar la fecha de estructuración de invalidez del actor; (ii) si puede el operador judicial determinar los efectos jurídicos de las situaciones que se demuestren en el curso del proceso; (iii) si es la AFP Porvenir S.A. la encargada y responsable del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al demandante y (iv) si le asiste razón a la recurrente al indicar que ante la inexistencia de un seguro previsional que cubra la suma adicional requerida para reunir el capital suficiente, no es posible financiar la pensión de invalidez reconocida.

Para resolver los cuestionamientos previamente señalados, la alzada indicó que tal como se ha reiterado en distintas oportunidades, el juez laboral en su amplia autonomía y libertad, puede determinar los efectos jurídicos de las situaciones y derechos que se demuestren en el curso del proceso, sin que ello afecte el principio de congruencia sobre los hechos de la demanda y su contestación, siempre que no se modifique la causa *petendi*. Al respecto citó un pasaje de la decisión CSJ SL, 19 oct. 2011, rad. 42818.

Expuso que conforme lo dispuesto en esa jurisprudencia, se tiene que, en la valoración de las pruebas y la calificación jurídica de los hechos, el juez es autónomo y

está sometido a la libre formación del convencimiento conforme los principios de la sana crítica y la ley, en especial la atribución de los efectos jurídicos de las mismas.

De otro lado, afirmó que el órgano de cierre constitucional ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y pacífica respecto de los casos en los que la causa de la invalidez se derive de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita y la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral sea determinada en una fecha diferente a la que se indica en el respectivo dictamen. Sobre este tópico, trajo a colación la sentencia CC T-128 del 2015, en la que se precisó lo siguiente:

[...] existen casos en que la fecha en que efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar es diferente a la fecha que indica el dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral lo anterior se presenta generalmente cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina, frente a este tipo de situaciones la Corte ha evidenciado que los órganos encargados de determinar la pérdida de capacidad laboral, es decir, las juntas de calificación de invalidez establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella que aparece el primer síntoma de la enfermedad o la que se señale en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad a pesar de que en ese momento no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva superior al 50% tal y como establece el Manual Único para calificación de invalidez Decreto 917 de 1999, esta situación genera una vulneración al derecho a la seguridad social de las personas que se encuentran en situación de invalidez y han solicitado su pensión para conjurar este riesgo por cuanto en primer lugar desconoce que en el caso de enfermedades crónicas degenerativas o congénitas la pérdida de capacidad laboral es gradual y por tanto la persona que sufre de alguno de estos tipo de padecimientos puede continuar desarrollando sus actividades; en segundo lugar no se tiene en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez para el reconocimiento de esta prestación (...) en este orden de ideas cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica

degenerativa o congénita debe establecer como fecha de estructuración de la invalidez el momento en que la persona haya perdido de forma definitiva y permanente su capacidad laboral igual o superior al 50% y a partir de esta verificar si la persona que ha solicitado la pensión de invalidez cumple con los requisitos establecidos por la normatividad aplicable para el caso concreto.

De lo anterior, coligió que en aquellos casos en los que debe determinarse la fecha de estructuración de la invalidez de una persona que sufre una enfermedad crónica, degenerativa o congénita que no le impida ejercer actividades laborales durante ciertos periodos de tiempo, la entidad calificadora de la pérdida de la capacidad laboral debe tener en cuenta que dicha data corresponde aquella en que el afiliado pierda su máxima capacidad para desarrollar cualquier actividad económica o productiva dada la disminución de sus facultades físicas, psíquicas y sensoriales, es decir, cuando su retiro del mercado laboral es inevitable.

En cuanto a la determinación de cuál es la entidad responsable del reconocimiento de una prestación pensional, en aquellos eventos en los que para la época en que se estructura el estado de invalidez de una persona que padece de una enfermedad crónica degenerativa o congénita esta se encontraba afiliada a otra entidad administradora, señaló el juzgador de segunda instancia que, la Corte Constitucional ha expresado que la obligación de cubrir el riesgo de invalidez le correspondería a la última entidad a la que se encuentra afiliada la persona al momento en que se establezca la fecha de calificación de invalidez; argumento que apoyó en un

pasaje de la providencia CC T- 262 2012, que abordó un caso similar al aquí estudiado.

Explicó que en el *sub lite* la AFP apelante discute, primeramente, que el juez de conocimiento hubiera declarado la nulidad del dictamen respecto a la fecha de estructuración de la invalidez del demandante, pues en su decir, ello no fue solicitado de manera expresa en la demanda y, por tanto, no le era dable realizar tal declaración en ejercicio de su facultad *ultra y extra petita*.

Al respecto dijo el juez plural que al remitirse al contenido del escrito inicial, en uso de sus facultades de interpretar la demanda inaugural, entiende que la súplica de la parte actora iba encaminada a la modificación de la fecha de estructuración de la invalidez y, por ende, que la misma se fijará para el 31 de diciembre de 2010, habida cuenta que el grupo interdisciplinario de calificación de la nueva EPS S.A. determinó como data de su estado invalidante el 23 de agosto de 1994, sin tomar en cuenta que para esa calenda y en razón al tipo de enfermedad VIH que dio origen a la pérdida de la capacidad laboral, el actor aún conservaba sus capacidades funcionales y fuerza de trabajo, tanto así, que alcanzó a cotizar al sistema de seguridad social hasta el año 2010.

Esgrimió que en este sentido se tenía que, el sentenciador de primer grado realizó la modificación de la fecha de estructuración de la invalidez del actor, con base en los elementos constitutivos de la causa *petendi* que delimitan

la *litis* y no en virtud de las facultades *ultra y extra petita* que la ley le confiere (artículo 50 del CPTSS) como erradamente lo refiere el recurrente y, por lo tanto, no es dable reprocharle desacierto alguno.

Aseguró que tal como lo ha referido de tiempo atrás esa colegiatura, el operador judicial puede descartar los dictámenes técnicos presentados en el proceso en orden de atender otros medios de prueba que le ofrezcan un convencimiento distinto sobre la misma materia, pues estos son válidos para contradecir el dictamen, en la medida en que el tema no reclama una prueba solemne y el rol del juez se exige en su libre formación del convencimiento sopesando su valor real al compás de otras pruebas que lo confirmen demeriten o desvirtúe.

De acuerdo a ello, adujo que no se encontró un error en el razonamiento del *a quo* al desatender los dictámenes técnicos presentados en el proceso en torno de la fecha de estructuración de la invalidez del actor, ya que los medios de convicción allegados a la actuación ciertamente permiten establecer que los mismos resultan descontextualizados de la verdadera situación de invalidez del demandante, amén de que el proveído apelado se sujeta a los postulados protectores fijados por la Corte Constitucional, respecto a la pérdida de la capacidad laboral de quienes sufren una enfermedad crónica degenerativa congénita que no le impide ejercer actividades laborales, siendo el caso del aquí demandante.

Manifestó que ello se reafirma, al examinar las pruebas documentales que dan cuenta de que el deterioro progresivo de la salud del actor a causa del padecimiento del VIH sida, no le impidió ejercer una actividad productiva y cotizar al sistema pensional hasta el mes de diciembre del 2010 (f.º 158), debiendo ser esa data la de estructuración de la pérdida de capacidad laboral definitiva y permanente del afiliado; sin embargo, advirtió que como este aspecto no fue materia de recurso de apelación habrá que mantener incólume lo declarado por el juez de primer grado en torno a que dicha pérdida de la capacidad fue estructurada el 31 de diciembre de 1998, empero que igual se trataba de una enfermedad degenerativa en un paciente activo laboralmente para esa calenda.

El segundo cuestionamiento de la AFP recurrente, tuvo que ver con que la calenda de estructuración de la invalidez del actor haya sido anterior a su afiliación en el fondo privado, lo que para el apelante implica que no es Porvenir S.A la entidad que debe responder por el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez sino Colpensiones, por ser quien amparaba los riesgos de invalidez vejez y muerte del demandante en esa época.

Sobre el tema aseveró el ad *quem* que esa argumentación no era de recibo, por cuanto como ya se expuso, el traslado de la afiliación recayó en una persona que padecía una enfermedad degenerativa, aspecto que la entidad ha debido conocer al momento de la migración so pena de faltar al deber de diligencia y cuidado que como

prestadora de un servicio previsional incumbe en los términos del artículo 1604 del Código Civil y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33183 y, por consiguiente, su fecha de estructuración no estaba necesariamente signada a ese hecho para el día del traslado sino para cuando la enfermedad lo aislara definitivamente de su vida laboral, hecho que vino a producirse el día que dejó de cotizar al sistema de la seguridad social, esto es, en diciembre de 2010.

Puntualizó que no podía pasarse por alto que el demandante se afilió a la AFP demandada el 13 de mayo del 2004, es decir, diez años después de que se detectó la enfermedad crónica, congénita y degenerativa y cotizó al sistema pensional hasta 2010, fecha en la que se calificó la pérdida de capacidad laboral, dicha circunstancia denota que transcurrieron otros seis años cotizando en la AFP, del 3 de junio de 2004 al 2 de diciembre del 2010, sin reparo de la misma; de ahí que es claro que, al momento de la afiliación a la AFP, la apelante tenía pleno conocimiento de que el demandante era portador del VIH y pese a ello «la objeción» la vino a presentar al momento de la solicitud pensional del actor.

Agregó, que por esta razón no puede ahora pretender la AFP cercenarle al accionante la posibilidad de procurarse una calidad de vida acorde con la dignidad humana, exponiendo motivos como la falta de seguro previsional para la presunta fecha de la estructuración de la invalidez del actor, pues además de que tal situación desdice de su deber

de diligencia de verificar la condición de preexistencia de enfermedades de sus afiliados, desconoce que la fecha de estructuración no se dio para la data anterior al 2004 en virtud de que el promotor del proceso era un laborante activo.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente, en forma principal, que la Corte case totalmente la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, revoque la decisión del *a quo* y finalmente, se absuelva a la AFP Porvenir S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra.

En forma subsidiaria, pretende lo siguiente:

[...] se pide que case parcialmente la sentencia recurrida en cuanto confirmó la condena a erogar la pensión a partir del 31 de diciembre de 1998; después, se solicita que revoque en forma parcial la decisión de la juez a quo al haber condenado a cancelar la pensión desde esa fecha, es decir, el 31 de diciembre de 1998, y, en sede de instancia, imponga ese deber de pagar las mesadas iniciando el 31 de diciembre de 2010.

Asimismo en subsidio, se pretende que la H. Sala case parcialmente la providencia del fallador ad quem en cuanto confirmó la orden de pagar intereses moratorios sobre las sumas adeudadas desde el 11 de mayo de 2012. Luego, se pide que revoque de manera parcial la condena impuesta por la juez a quo en lo relativo al reconocimiento de intereses de mora a partir del citado 11 de mayo de 2012 y, en sede de instancia, absuelva a

Porvenir S.A. de todo lo rogado en materia de intereses moratorios.

También en subsidio, se demanda que case parcialmente la providencia del juez colegiado en cuanto no autorizó a Porvenir S.A. a descontar las partidas correspondientes a los aportes al sistema de seguridad social en salud y a cargo exclusivo del beneficiario de la pensión; después, se pide que revoque el fallo de la juez de primer grado y, en sede de instancia, faculte a la entidad a descontar los dineros correspondientes a los aportes al sistema de seguridad social en salud y a cargo exclusivo del favorecido con la pensión, imponiéndole a la Administradora la obligación de deducir tales dineros y trasladarlos a la EPS a la que el señor XXX esté afiliado.

Con tal propósito, por la causal primera de casación laboral, formula seis cargos, que obtienen réplica únicamente de Colpensiones, los cuales se pasan a estudiar en el orden propuesto.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia de aplicar indebidamente los artículos 38, 39, 69 y 141 de la Ley 100 de 1993; 3º del Decreto 917 de 1999 y 1604 del Código Civil y que se «*infringieron en forma directa*» los artículos 11, 13 y 14 del Decreto 692 de 1994; 1º del Decreto 1161 de 1994; 46 inciso 2º del Decreto 326 de 1996, 4º inciso 2º del Decreto 1156 de 1996, 32 inciso 2º del Decreto 1818 de 1996; 42 del Decreto 1406 de 1999; 164 del Código General del Proceso (antes 174 del Código de Procedimiento Civil), 60 del CPTSS; 27 y 31 del Código Civil y 29 y 230 de la CP.

En la demostración del cargo, la entidad recurrente aduce que no discute las conclusiones de orden fáctico en las que el Tribunal fundamentó su decisión, en especial, las

referentes a que la pensión de invalidez solicitada debía reconocerse a partir del 31 de diciembre de 1998 y que para ese día el promotor del proceso se encontraba afiliado al ISS.

Luego de transcribir los artículos 14 del Decreto 692 de 1994; 46 inciso 2º del Decreto 326 de 1996; 4º inciso 2º del Decreto 1156 de 1996; 32 inciso 2º del Decreto 1818 de 1998 y 42 del Decreto 1406 de 1998, aduce que tratándose de un traslado de régimen, el responsable de cancelar la prestación económica derivada de la ocurrencia de un siniestro, será la entidad a la que se encuentre afiliada la persona y sólo a partir del momento en que se haga efectivo su traspaso a otro ente del sistema de seguridad social, será este último quien deba asumir las «*secuelas monetarias*» derivadas del hecho que dio origen al reclamo de la pensión, en este caso, la de invalidez.

Conforme a lo anterior, asegura que al ser un hecho indiscutido que el señor XXX, en el año 1998, momento para el cual se estructuró la invalidez, se encontraba afiliado al ISS hoy Colpensiones, era esa entidad y solo ella la que debía asumir el pago de la prestación de invalidez.

Seguidamente cita unos pasajes de las providencias CSJ SL, 22 nov. 2007, rad. 29887 y CSJ SL, 26 jun. 2012, rad. 38614, para decir que, trayendo esas claras enseñanzas al *sub judice* es de bulto que si el juez colegiado consideró que la pérdida de la capacidad laboral superior al 50% se produjo a partir del 31 de diciembre de 1998, y desde ese momento debía reconocerse la pensión respectiva,

obviamente los preceptos que definían a qué entidad de seguridad social le correspondía cancelarla, eran los vigentes para ese tiempo y los cuales inexorablemente señalaban al ISS (hoy Colpensiones) como responsable de atender esa prestación, lo que pone de manifiesto el dislate cometido por el *ad quem* al confirmar la condena impartida por el *a quo* contra Porvenir S.A.

VII. LA RÉPLICA

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones presentó réplica conjunta para los seis cargos. Asegura que, en el presente asunto, el Tribunal acertó al colegir que la entidad llamada a reconocer y pagar la pensión de invalidez era la AFP Porvenir y no Colpensiones.

Resalta que tal como lo dejó sentado el *ad quem* en su decisión, el demandante se trasladó del régimen de prima media al RAIS y que, para ese momento, aquel poseía una enfermedad degenerativa, la cual debía ser de conocimiento oportuno por parte de la AFP accionada, en virtud de su obligación de diligencia y cuidado.

Puntualiza que al tener el promotor del proceso una enfermedad degenerativa, como es el VIH y tuberculosis, la entidad llamada a responder por el pago de la pensión de invalidez, es aquella a la cual se encontraba afiliado al momento en que dicha enfermedad lo aislara definitivamente de su vida laboral, que en el caso concreto es la AFP Porvenir S.A.

VIII. CONSIDERACIONES

Al proferir la decisión cuestionada, el Tribunal determinó que la demandada Porvenir S.A. era la responsable del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez del señor XXX, porque cuando se produjo el traslado al régimen de ahorro individual, esa AFP debió conocer que el migrante padecía de una enfermedad degenerativa, so pena de faltar al deber de diligencia y cuidado que como prestadora de un servicio previsional le incumbe, en los términos del artículo 1604 del CC y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral; que además no podía pasarse por alto que el actor se afilió a ese fondo de pensiones el 13 de mayo de 2004, es decir, 10 años después de que se detectó la enfermedad crónica y degenerativa y cotizó al sistema pensional hasta el año 2010, lo que significa que la invalidez no se estructuró antes del año 2004, en virtud de que el accionante se encontraba laboralmente activo. Así mismo, concluyó que al examinar las pruebas documentales que dan cuenta de que el deterioro progresivo de la salud del demandante a causa del padecimiento del VIH sida, ello no le impidió ejercer una actividad productiva y cotizar al sistema pensional hasta el 31 de diciembre de 2010, debiendo ser esa data la de estructuración de la pérdida de capacidad laboral definitiva y permanente del afiliado; sin embargo, advirtió que como la fecha de estructuración fijada por el juez de primer grado no fue materia de recurso de apelación, habría que mantenerse incólume, en el sentido de que dicha discapacidad se estructuró el 31 de diciembre de 1998.

Por su parte, la recurrente Porvenir S.A. alega que, siempre que se trate de una pensión de invalidez, la entidad llamada a responder por su reconocimiento y pago es aquella en la que se encuentre afiliada la persona en el momento de la estructuración de su estado; que como en este asunto es un hecho indiscutido que la discapacidad se estructuró el 31 de diciembre de 1998, como lo determinó el *a quo*, momento para el cual el promotor del proceso se encontraba afiliado al ISS, era esa entidad y solo ella la que debía asumir el pago de la prestación de invalidez. Insistió en que si la colegiatura consideró que la pérdida de la capacidad laboral superior al 50% se produjo a partir del citado «31 de diciembre de 1998», y desde ese momento debía reconocerse la pensión respectiva, obviamente los preceptos que definían a qué entidad de seguridad social le correspondía cancelarla, eran los vigentes para ese tiempo, los cuales inexorablemente señalaban al ISS hoy Colpensiones como responsable de atender esa prestación, lo que pone de manifiesto, el yerro jurídico cometido por el *ad quem* al confirmar la condena impartida en primera instancia contra la AFP Porvenir S.A.

Dada la senda directa seleccionada para orientar el ataque, son hechos indiscutidos los siguientes: que el señor XXX cotizó al sistema de seguridad social integral hasta el año 2010; que el actor estuvo afiliado al ISS entre el 25 de abril de 1994 y el 31 de mayo de 2004, lapso durante el cual cotizó un total de 386,71 semanas (f.º 17) y desde el 1º de junio de 2004 se trasladó a la AFP Porvenir S.A. (f.º 54); que el 15 de diciembre de 2010 el demandante fue calificado por el grupo interdisciplinario de calificación de pérdida de la capacidad

laboral y origen de seguros de vida Alfa S.A., con una pérdida de capacidad laboral del 76.95%, con fecha de estructuración 23 de agosto de 1994 (f.º 37); que la última cotización del señor XXX al sistema en el RAIS fue en diciembre de 2010 (f.º 22); y que a pesar del citado dictamen, la enfermedad crónica progresiva de VIH, le permitió al actor mantenerse activo laboralmente con posterioridad.

Así las cosas, el problema jurídico puesto a consideración de la Corte, consiste en determinar cuál es la entidad que debe responder por el pago de pensión de invalidez, esto es, si la última AFP a la cual se encontraba afiliado el presunto beneficiario o, en su defecto, la administradora donde estaba cotizando al momento de la estructuración del estado de invalidez, teniendo en cuenta para ello que el demandante continuó laborando y cotizando después de la fecha inicialmente determinada como estructuración del estado de invalidez.

Lo primero que debe decirse es que, en el proceso de reconocimiento de una pensión de invalidez en el sistema general de pensiones, resulta de cardinal importancia, no solo que la persona afiliada haya sido dictaminada con una pérdida de capacidad laboral del 50% o más, sino también que se encuentre definida la fecha de estructuración del estado de invalidez, pues este, en principio, establecerá la norma aplicable al caso, fijará el parámetro para contabilizar las semanas requeridas por la ley y determinará la entidad responsable del reconocimiento y pago de la prestación pensional.

Al efecto, de manera reiterada y pacífica, la jurisprudencia de esta corporación ha sostenido que, por regla general, la norma llamada a regular la pensión de invalidez es la que se encuentre vigente en el momento de la estructuración de dicho estado. En providencia CSJ SL3437-2019, entre otras, esta Sala señaló:

Para dilucidar lo anterior, basta rememorar lo sostenido por esta Corte en el sentido de que la norma llamada a definir la pensión de invalidez es, por regla general, la que se encuentra vigente en el momento en el que se estructura el estado de invalidez. En este caso, al originarse dicho suceso el 18 de noviembre de 2011, como bien lo dedujo el juzgador de segundo grado, el precepto aplicable era el artículo 1.º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el cual exige haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. No obstante, es un hecho indiscutido que el actor no cotizó semana alguna en ese lapso, de lo que se deduce que no tiene derecho a la pensión deprecada, bajo esa preceptiva, como tampoco a la aplicación de su parágrafo 2.º. (Subraya la Sala).

Igualmente, conforme a la ley y la jurisprudencia, no cabe duda de que los aportes que se deben contabilizar, a efectos de consolidar el derecho pensional son, en principio, los pagados con antelación a la estructuración del riesgo amparado, mas no los cotizados con posterioridad. Así lo dijo la Sala, entre otras, en decisión CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 41822, al puntualizar:

De igual forma, para obtener el ingreso base de liquidación de la prestación económica derivada de la invalidez del afiliado, no es procedente tener en cuenta lo cotizado con posterioridad a la fecha de la estructuración de su pérdida de capacidad laboral, sino los aportes anteriores al reconocimiento pensional, y por ende, tampoco es pertinente pretender una reliquidación de la mesada con los aportes que en mayor cuantía realizó la asegurada después de su minusvalía, por haber seguido laborando.

En consecuencia, no incurrió el Tribunal en los desaciertos que le endilga el recurrente, cuando dedujo que no le asistía el derecho a la demandante a que le fuera reliquidada la pensión de invalidez que le reconoció la entidad demandada. (Subraya la Sala).

En la misma línea, la Sala, en providencia CSJ SL10990-2017, rad. 48922, señaló lo siguiente:

Así pues, los trece errores fácticos que plantea la memorialista se limitan a un aspecto puntual: no haberse tenido en cuenta las semanas cotizadas por la demandante durante toda su vida laboral, incluso aquellas aportadas con posterioridad al 16 de abril de 1992, fecha de estructuración de su invalidez, para lo cual insiste en que estas fueron legalmente aportadas al I.S.S. y que dicho instituto las convalidó, pues se abstuvo de objetarlas.

En relación con ello, basta decir que durante toda la actuación existió claridad en cuanto a que Luz Marina Hurtado Hurtado cotizó un total de 193 semanas en su vida laboral, tal y como deriva del reporte de semanas y categorías expedido por el Instituto de Seguros Sociales (f.º 45). De hecho, esa circunstancia fue admitida en la sentencia de segunda instancia, en la que además se dejó claro que resultaba inviable computar las efectuadas después del 16 de abril de 1992, pues para ese entonces ya se había estructurado la invalidez. Lo anterior, es suficiente para descartar la supuesta equivocación en la valoración de la prueba documental, por cuanto el ad quem sí las dio por demostradas, pero se abstuvo de contabilizarlas por ser ulteriores a la contingencia asegurada.

No siendo más, el cargo es infundado.

(Subraya la Sala).

En igual sentido, en la providencia CSJ SL1562-2019, rad. 73026, se indicó:

Frente al tema del reconocimiento de la pensión de invalidez, cuando han existido aportes al Sistema General de Pensiones con posterioridad a la data de estructuración, estima la Sala que el Tribunal no incurrió en el yerro jurídico que se le endilga, por cuanto la interpretación dada a los preceptos normativos enunciados se acompaña con la teleología de tales disposiciones, que no es otra que amparar al asegurado desde la fecha que pierde su capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al

50%, más aun cuando el mismo artículo 40 de la Ley 100 de 1993 es claro en señalar que el derecho pensional de invalidez debe pagarse en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca el estado de invalidez.

Así que, pese a la condición de trabajador dependiente del actor y la existencia de aportes al Sistema General de Pensiones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, esta Sala ha indicado con anterioridad (ver sentencia SL619-2013), que ello no desvirtúa el reconocimiento retroactivo del derecho pensional desde que se estructuró el estado de invalidez. En esos términos, no se equivocó el ad quem al señalar que la concurrencia de estas específicas circunstancias (continuidad en la prestación del servicio y cotización al Sistema General de Pensiones), no desvirtúan lo establecido en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, es decir, que el reconocimiento de la pensión de invalidez se haga desde la estructuración. (Subraya la Sala).

De lo anterior, se ha colegido igualmente por esta corporación que la entidad llamada a responder por el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez es aquella en la que se encuentre afiliado el beneficiario a la fecha de la estructuración de tal estado. De esta manera lo ha decidido la Sala a través de varios pronunciamientos.

Verbigracia, en providencia CSJ SL366-2019, rad. 64978, esta Sala puntualizó:

De lo anterior se colige que la fecha del accidente de trabajo no tiene que coincidir necesariamente con la de la estructuración de la invalidez, así mismo, que esta última circunstancia es la que determina la norma reguladora del asunto, que no es otra que la que se encuentre vigente en ese momento, lo cual está relacionado con el carácter retrospectivo de las normas de seguridad social y por ello es que la jurisprudencia de la Sala en diferentes tópicos ha precisado que la ley aplicable es la que está vigente al momento en que se consolida el derecho.

Además, antes de la calificación de la invalidez, el actor estuvo durante 10 años bajo la cobertura de Colmena, criterio relevante para asignarle responsabilidad a esa administradora, pues para el momento de estructuración de la invalidez estaba vigente la afiliación con dicha entidad. (Subraya la Sala).

De conformidad con lo anteriormente expuesto, es dable concluir que, por regla general, la entidad de seguridad social responsable del reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, es aquella en la que se encuentre afiliada la persona en el momento de la estructuración del estado de invalidez.

Así las cosas, no existe duda de que el Tribunal incurrió en los equívocos jurídicos enrostrados en este cargo, pues, aunque consideró que la enfermedad progresiva del VIH no le impidió al actor continuar ejerciendo una actividad productiva y cotizar al sistema pensional hasta el 31 de diciembre de 2010, avaló la decisión de primer grado que determinó como fecha de estructuración de la invalidez el «31 de diciembre de 1998» y con base en ella fundó la responsabilidad de la AFP Porvenir S.A., data para la cual el accionante aún no se había trasladado al RAIS y, además, omitió analizar los efectos de las cotizaciones realizadas hasta el año 2010 en virtud de la capacidad laboral residual del promotor del proceso. Por lo expuesto este primer cargo resulta fundado.

Sin embargo, no hay lugar a casar la sentencia impugnada con fundamento en los argumentos esbozados por la entidad recurrente en esta primera acusación, por cuanto la Corte, actuando en instancia, llegaría a la misma solución del Tribunal, en el sentido de que la entidad responsable del pago de la prestación reclamada, de todos modos, será la accionada AFP Porvenir S.A., pero por razones distintas, en la medida que en realidad la capacidad residual de trabajo del actor, le permitió laborar no solo hasta el 31

de diciembre de 1998 como equivocadamente lo estableció la primera instancia, sino hasta el 31 de diciembre de 2010, como se explicará a continuación.

En efecto, en el escrito inaugural se narra que el demandante laboró «*regularmente*» desde el 25 de abril de 1994 hasta el 31 de mayo de 2004, entre otros, para los siguientes empleadores: Productos Goloso Ltda.; María Cristina Castaño; María Elena Castaño; Twin Sohl Connection; Edilberto Becerra y Coasotasa C.T.A; que en ese lapso cotizó al Instituto de Seguros Sociales para el riesgo de pensión; que desde el 1º de junio de 2004, se trasladó a la AFP Porvenir S.A.; y que a partir de esta data inició labores como trabajador independiente, «*peluquero estilista*»; que en tal condición cotizó a pensión hasta el 31 de diciembre de 2010; y que se desvinculó del sistema porque sus enfermedades le impidieron continuar laborando. Tales afirmaciones se corroboran con el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por el ISS, así como con la «*relación histórica de movimientos*» proveniente de Porvenir S.A. (f.º 17 y 19 a 24).

Ahora, su calidad de trabajador independiente desempeñando tareas de peluquero estilista y sus cotizaciones a pensión en tal condición realizadas a Porvenir S.A. hasta el 31 de diciembre de 2010, que se narra en los hechos 23, 24 y 25 de la demanda inicial, son aceptados por la citada AFP al contestar el escrito inicial, pues frente a los mismos señaló «*es cierto*».

En ese orden de ideas, al no existir controversia respecto a que la capacidad residual de trabajo del accionante le permitió laborar hasta el 31 de diciembre de 2010, esta data es la que debe tenerse como real calenda de estructuración de su estado de invalidez, por manera que no hay duda de que quien debe responder por el derecho pensional de tal naturaleza es el Fondo recurrente, toda vez que era la AFP a la que se encontraba afiliado al momento en que verdaderamente se estructuró su discapacidad.

En este punto cabe recordar que la Sala de Casación Laboral ha determinado que, en casos de enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas que produzcan una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, la fecha de estructuración del estado de invalidez se puede modificar, en el sentido de que, para determinar «*el momento real*» desde el cual se debe realizar el conteo de las semanas exigidas por la ley aplicable para consolidar el derecho a la pensión de invalidez, se puede acudir también a los siguientes criterios: **i)** la fecha de emisión del dictamen mediante el cual se califica el estado de invalidez; **ii)** la fecha de la última cotización efectuada al sistema; o **iii)** la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.

Al efecto, sobre esta precisa temática, la Sala de Casación Laboral, en CSJ SL3992-2019, rad. 77459, adoctrinó lo siguiente:

[...]

Específicamente, en tratándose de la valoración de la pérdida de la capacidad laboral de los afiliados al sistema de seguridad social y de la fecha de estructuración de tal evento, la Corte ha sostenido que los dictámenes de las juntas de calificación, a pesar de su importancia, no representan conceptos definitivos e inmutables, sino pruebas del proceso que bien pueden ser revaluadas o desvirtuadas por el juez del trabajo, en ejercicio de sus libertades de valoración probatoria. En la sentencia CSJ SL, 19 oct. 2006, rad. 29622, reiterada en CSJ SL16374-2015 y CSJ SL2496-2018, entre otras, se dijo al respecto:

Ciertamente, la Corte ha estimado que en la actualidad el estado de invalidez de un trabajador corresponde establecerse mediante la valoración científica de las juntas de Calificación, a través del procedimiento señalado en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional. Pero la Sala de Casación Laboral no ha sostenido que los parámetros señalados en el dictamen de la Junta sean intocables. La regla sentada en el fallo citado por el recurrente como apoyo de su criterio es que, en principio, la declaración del estado de invalidez es materia de expertos y no corresponde, en los actuales momentos, a la entidad de seguridad social, como ocurría antes, sino a unos entes autónomos, como son las juntas Regionales en primera instancia, y la Nacional en último grado.

De ninguna manera ha considerado la Corte que los hechos relativos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre el hecho genitor de la minusvalía, tenidos en cuenta por uno de tales entes, o por ambos si se agotan las dos instancias, sean materia incontrovertible ante la jurisdicción del trabajo.

Eso sí, también ha destacado la Corte, «...a pesar de que el juez tiene plenas libertades para analizar su configuración [pérdida de la capacidad laboral], el ejercicio de discutir y desvirtuar las conclusiones técnicas y judiciales al respecto debe ser seria, responsable y suficientemente justificada.» (CSJ SL697-2019).

Ahora bien, en el entendimiento de la Sala, lo anterior cobra una mayor relevancia en tratándose de la fecha de estructuración de enfermedades congénitas, progresivas o degenerativas, pues, con frecuencia, las valoraciones de los organismos médico técnicos la identifican con la fecha en la que se descubre o se diagnóstica la enfermedad, de manera automática e inconsulta, y no con el momento en el que el individuo pierde su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, como lo establece el artículo 3 del Decreto 917 de 1999.

En tal dirección, esta sala de la Corte ha sostenido que es perfectamente posible que los afiliados que padecen este tipo de enfermedades, a pesar de su gravedad, conserven capacidades laborales residuales que les permitan ingresar o mantenerse en el mercado de trabajo y, por esa vía, afiliarse y cotizar al sistema

de seguridad social, en condiciones normales, de manera que agencian por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana, como lo dedujo el Tribunal.

En estos casos, de acuerdo con la jurisprudencia de esta corporación, contrario a lo defendido por la censura, si resulta necesario establecer excepciones puntuales a las reglas de determinación de la fecha de estructuración de la invalidez y su estipulación técnica, en función de la naturaleza de la enfermedad, de manera que es posible identificarla con 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 y proveerse por sí mismo del sustento económico...», todo con fundamento en criterios claros, razonables y suficientemente informados, encaminados a la visualización de una clara capacidad laboral residual y no un fraude al sistema.

Cabe puntualizar que en este asunto la alteración de la fecha de estructuración definida por la autoridad médica competente, se encuentra plenamente justificada, pues como se explicó, existe prueba suficiente de que el actor, a pesar de su enfermedad crónica degenerativa, tuvo una capacidad residual de trabajo que le permitió laborar hasta el 31 de diciembre de 2010.

Por lo expuesto, aunque el cargo es fundado no hay lugar a casar la sentencia del Tribunal.

IX. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia impugnada de ser violatoria por la vía directa, por aplicación indebida, de los artículos 38, 39, 69 y 141 de la Ley 100 de 1993 y 3º del Decreto 917 de 1999 y a su vez por la infracción directa de los artículos 7º de la

Ley 1149 de 2007; 281 del CGP; 8º de la Ley 153 de 1887; 1º del Acto Legislativo 01 de 2005 y 1º, 29 y 230 de la CP.

En la sustentación del ataque la censura, luego de aludir a lo señalado por el juez de alzada respecto a que, el grupo interdisciplinario de la nueva EPS determinó como fecha de estructuración de la invalidez el 23 de agosto de 1994, sin advertir que para esa calenda, dada las características de la enfermedad que lo invalidó, aún conservaba sus capacidades funcionales y fuerza de trabajo en tanto que había cotizado al sistema de seguridad social hasta el año 2010 y que en tales condiciones los dictámenes resultan descontextualizados de la verdadera situación de invalidez del demandante; expone que al analizar los fundamentos de la sentencia acusada bajo la óptica del artículo 281 del CGP, fácilmente se evidencia el desacierto cometido por esa colegiatura.

En tal sentido explica que el *ad quem* no obstante condenar a la AFP Porvenir S.A. a pagar la pensión de invalidez por ser la entidad a la que se encontraba afiliado el actor en el mes de diciembre de 2010, no tuvo en cuenta que si el señor XXX estuvo laboralmente activo y cotizó hasta la citada data, era lógico que solo desde ese momento debía comenzar a erogarse la pensión reclamada, pues resultaba absolutamente contrario a derecho que para efectos de determinar quién debía responder por el pago de la obligación se tomara una fecha, pero para fijar el día a partir del cual se debía iniciar su cumplimiento se optara por otra calenda distinta, valga decir, 31 de diciembre de 1998, máxime que

acudiendo al artículo 281 del CGP el *ad quem* estaba obligado a unificar las fechas.

Argumenta que lo anterior cobra más fuerza si se tiene en cuenta que el Tribunal adujo que «*el a quo realizó la modificación de la fecha de estructuración de la invalidez con base en los elementos constitutivos de la causa petendi que delimitan la litis y no en la facultades ultra o extra petita que la ley le confiere*»; ya que si la causa *petendi* era el pago de una pensión desde el 31 de diciembre de 2010, como se consignó en la demanda inicial, era lógico que la condena a erogar tal prestación debía iniciar a ejecutarse a partir de la aludida data.

X. CONSIDERACIONES

En este ataque el censor le reprocha al Tribunal desde el punto de vista jurídico, que hubiera condenado a Porvenir S.A. a pagar la pensión de invalidez del actor, por ser la entidad a la cual estaba afiliado en diciembre de 2010, pero desconociendo que el señor XXX estuvo laboralmente activo y cotizando hasta ese ciclo, equivocadamente ordenó que tal prestación se sufragara a partir del 31 de diciembre de 1998; cuando lo lógico y congruente era que esa condena se impusiera desde la última data de cotización, como lo peticionó el demandante y no es objeto de discusión en este cargo.

Para resolver sobre este punto la Corte memora lo señalado en el primer ataque, respecto a que el demandante

pese a padecer una enfermedad crónica degenerativa, su capacidad residual de trabajo, le permitió mantenerse laboralmente activo y cotizando hasta el 31 de diciembre de 2010, data real de la estructuración de la invalidez; en consecuencia, es a partir de la citada calenda que la AFP Porvenir S.A. está obligada a cancelar tal prestación, y no desde el 31 de diciembre de 1998 como erradamente lo señaló el juez de alzada, pues tal determinación resulta ilógica e incongruente.

Ahora, sobre las enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas la Corte en providencia CSJ SL3275-2019, señaló:

[...]

Se insiste, las patologías de progresión lenta y crónicas -como la que padece la accionante- a diferencia de otras, no crean una limitación inmediata, sino que ello tiene lugar o se desarrolla en un lapso prolongado, lo cual ocasiona que la fuerza laboral se mengüe con el tiempo y, por lo tanto, le permite a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida, de manera cierta, llevar a cabo una labor. Así pues, la «capacidad laboral residual» consiste en la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas y, en tal medida, esa situación no puede ser desconocida.

Analizar la presente situación de esta manera, como lo advirtió la Corte Constitucional, implica atender a principios y mandatos constitucionales, así como a instrumentos internacionales ratificados por Colombia, que velan por la protección de las personas en situación de discapacidad, particularmente, la igualdad, la prohibición de discriminación y la obligación que tiene el Estado de garantizar el pleno ejercicio de cada una de sus prerrogativas fundamentales de manera que puedan gozar de una vida en condiciones de dignidad.

Así, el artículo 25 de La Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que «toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda,

la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).

[...]

Del mismo modo, el artículo 54 Superior consagra de manera expresa el deber del Estado de «garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud».

En desarrollo de estos preceptos constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997 la cual, según su artículo 3.º, está inspirada en «la normalización social plena y la total integración de las personas con limitación».

Por lo expuesto, el juez de segundo grado se equivocó al condenar a Porvenir S.A. a pagar la pensión de invalidez a favor del señor XXX a partir del 31 de diciembre de 1998, toda vez que, al no estar en discusión que laboró y cotizó hasta el 31 de diciembre de 2010, era desde esa fecha que procedía el reconocimiento pensional, como acertadamente lo indica la censura.

Dados los equívocos jurídicos cometidos por el Tribunal, hay lugar a casar la sentencia, en cuanto condenó a la pensión de invalidez del actor a partir del 31 de diciembre de 1998.

Por las resultas del cargo la Sala queda relevada de estudiar los ataques tercero y cuarto, por cuanto persiguen idéntico fin.

XI. CARGO QUINTO

Acusa la sentencia impugnada de ser violatoria por la vía directa, por la aplicación indebida del artículo 141 de la

Ley 100 de 1993 y por la infracción directa de los artículos 19 del CST; 1608 del C.C. y 8º de la Ley 153 de 1887.

En el desarrollo de la acusación, la censura comienza por transcribir las normas denunciadas en la acusación y asevera que de la interpretación de esas disposiciones, es fácil comprender, que el Tribunal desacertó al reconocer y condenar al pago de intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas desde el 11 de mayo de 2012, dado que es incontrovertible, que la AFP demandada negó la pensión reclamada con fundamento en las normas vigentes en la fecha fijada como la de inicio de la condición de invalidez del accionante, por las distintas entidades calificadoras que determinaron que la data de estructuración de la discapacidad fue el 23 de agosto de 1994.

Expone que esas normas, establecen que la entidad encargada de sufragar la pensión de invalidez reclamada, es aquella a la que se encuentre afiliada la persona, para el momento en que se estructura su invalidez; por tanto, es forzoso concluir que ninguna obligación tenía Porvenir S.A. de erogar la citada prestación pensional y, menos aún era susceptible de tener que cancelar unos intereses de mora derivados de un deber que en ese tiempo no existía y que sólo surgió con la condena proferida en la primera instancia y que fue confirmada por el *ad quem*.

Añade que la jurisprudencia ha enseñado que la imposición de los intereses de mora no es inevitable y, en consecuencia, es claro que al tenor de los argumentos

expuestos, esta es otra circunstancia en la que no sería justo que se ordenara el pago de intereses moratorios pues, como ya se dijo, el hipotético retardo sólo se produciría a raíz de unas providencias judiciales, soportadas en consideraciones de carácter jurisprudencial que no estaban en conocimiento de la entidad al momento de adoptar su decisión con respecto a la solicitud de reconocimiento de la pensión.

XII. CONSIDERACIONES

En este ataque a la Corte le corresponde elucidar si el Tribunal se equivocó jurídicamente al condenar a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues, en decir del censor, Porvenir S.A. negó el derecho a la pensión de invalidez reclamada, con fundamento en las normas vigentes en la fecha fijada como la de inicio de la condición de invalidez del accionante, por las distintas entidades calificadoras las cuales determinaron que la data de estructuración de la discapacidad fue el 23 de agosto de 1994, que esas normas, establecen que la entidad encargada de sufragar la citada prestación, es aquella a la que se encuentre afiliada la persona, para el momento en que se estructura su invalidez; por tanto, ninguna obligación tenía Porvenir S.A. de erogar la citada pensión de invalidez.

Al respecto, hay que decir que no pudo incurrir el Tribunal en el yerro indicado, pues al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, sólo se limitó a estudiar los puntos cuestionados por el apelante, consistentes en que: primero, el actor no solicitó

«expresamente la nulidad del dictamen en cuanto la fecha de estructuración; la segunda, que no le era dado, en términos de libertad por el ejercicio de las facultades ultra o extra petita, al operador considerar declarar la nulidad del dictamen en particular respecto de la fecha de estructuración porque la parte actora así no lo solicitó y la tercera porque condenó a Porvenir S.A cuando debió condenar a la entidad en que fungía como prestadora del servicio y amparadora de los riesgos a la fecha en que supone el despacho, existió la estructuración de la invalidez».

En otros términos, el fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A. en su apelación no manifestó ninguna inconformidad frente a la condena que impuso el *a quo* por intereses moratorios. La Corte al respecto ha adocinado, que en el proceso laboral de conformidad con la regulación que le es propia, el juez sólo tiene competencia para asumir el estudio de los puntos motivo de la inconformidad expuesta por el recurrente en el escrito de apelación.

El deber de sustentación del recurso de apelación tiene sentido en la medida en que obliga al recurrente exponer expresa y razonadamente los motivos de la inconformidad respecto a las decisiones y fundamentos contenidos en la sentencia; es un ejercicio dialéctico de argumentación, que impone al juez de segundo grado el deber de responderlos. Empero, en relación a los puntos de la decisión que no son cuestionados o frente a los cuales se guarda silencio, se entiende que existe conformidad;

como la que se desprende, en el *sub lite* de cara a los intereses moratorios a los que condenó el juez de primera instancia.

Sobre tal asunto, es pertinente recordar lo dicho por esta Corporación entre otras, en providencia CSJ SL, 29 jun. 2006, rad. 26936, reiterada en CSJ SL3199-2017, donde se dijo:

La exigencia legal de sustentación del recurso de apelación responde a la esencia de una segunda instancia, que por regla general se acciona por iniciativa de alguna de las partes y en razón a la inconformidad con decisiones del juez *A quo*. Tiene carácter excepcional la actuación oficiosa del *Ad quem* de la jurisdicción laboral, la que la ley confina a los restrictivos eventos en que procede el grado de consulta. Ciertamente la segunda instancia es una garantía de debido proceso para las partes y no una tutela oficiosa de control funcional del superior sobre el inferior.

La sustentación no es una formalidad sino una exigencia de racionalidad de la demanda de justicia, de fijar los puntos que distancian al recurrente de la decisión del juez y las razones por las cuales esa decisión debe ser revocada.

No puede reclamar un apelante que el *Ad quem* resuelva por añadidura a lo que es objeto de disconformidad manifiesta con relación a uno de los aspectos de la decisión judicial sobre una de las pretensiones, porque no puede sobre entenderse que la protesta también comprende la resolución sobre otras que debieron ser formuladas de manera expresa en la demanda, o que fueron objeto de consideraciones específicas o de tratamiento separado en la sentencia, o de las que pueden seguir o no a una principal, aunque dependan de éstas para su existencia.

Por consiguiente, el Tribunal de conformidad con los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, 66A del CPTSS adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, carecía de competencia para examinar temas que no le fueron propuestos y de paso también la Corte Suprema de Justicia.

En dicho sentido, el citado artículo 66A del CPTSS, prevé que «[...]la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación», disposición que fue declarada exequible condicionalmente por la Corte Constitucional mediante sentencia CC C-968 de 2003, en el entendido que las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales *mínimos irrenunciables* del trabajador.

De modo tal que, el principio de consonancia que allí se consagra, consiste en que, entre la sentencia de segunda instancia y el objeto del recurso de alzada, debe existir plena correspondencia, lo que significa que, por regla general, al juzgador le está vedado apartarse de las materias que le propone el recurrente.

Así las cosas, resulta claro que el juez colegiado no pudo incurrir en el equívoco que se le enrostra, en la medida que nada dijo en relación a si había lugar o no al pago de intereses moratorios, porque, se itera ese punto no fue cuestionado en la apelación, pero ahora se propone en forma extemporánea en casación, sin que la Corte pueda pronunciarse al respecto.

Ahora bien, de considerar la demandada Porvenir S.A. que lo concerniente a los intereses moratorios impuestos, constituía una materia sobre la cual el Tribunal tenía que pronunciarse en el fallo impugnado, debió acudir al remedio procesal establecido en el artículo 311 del CPC hoy 287 del

CGP, aplicable a los juicios del trabajo a la luz de lo contemplado en el 145 del CPTSS, para solicitar ante ese mismo juzgador, la adición de la sentencia, en tanto, tal normatividad dispone que *«cuando la sentencia omite la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada dentro del mismo término (...)»*, actuación procesal que en el *sub judice* no se llevó a cabo. (CSJ SL, 29 jun. 2001, rad. 15456).

En suma, la esfera casacional no es la propicia para ventilar tal inconformidad; por lo que el juez plural no pudo haber incurrido en equívoco alguno sobre este puntual aspecto, resultando el cargo infundado.

XIII. CARGO SEXTO

Acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de la ley sustancial por la vía directa, por la infracción directa de los artículos 143, 152, 157, 160, 161, 178 y 182 de la Ley 100 de 1993; 10º de la Ley 1122 de 2007; 42 del Decreto 692 de 1994 y 26 y 65 del Decreto 806 de 1998.

Argumenta que en el presente asunto, salta a la vista que el Tribunal soslayó la obligación legal de autorizar a la AFP Porvenir S.A. a realizar sobre las mesadas pensionales adeudadas, los descuentos relativos a los aportes al régimen

de seguridad social en salud y a cargo del beneficiario de la pensión, pues al tenor de lo previsto en el artículo 143 inciso 2º de la Ley 100 de 1993, las cotizaciones para salud de los pensionados estarán a su cargo en su totalidad, y según lo consagrado en el artículo 42 inciso 3º del Decreto 692 de 1994, de las entidades pagadoras de las pensiones deberán realizar los descuentos por este concepto y transferirlos a la EPS a la cual esté afiliado el pensionado, incluido el dinero correspondiente al Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud si hubiere lugar a ello.

Explica que la ley ordena que los aportes por concepto de salud serán administrados por las EPS, de modo que los empleadores o las entidades pagadoras de pensiones, y entre éstas las administradoras de fondos de pensiones, no pueden disponer de esos recursos a su arbitrio porque según lo ha enseñado la Corte Constitucional en providencia SU-480 de 1997 una vez causados adquieren la categoría de contribuciones parafiscales, con todas las implicaciones derivadas de esa condición.

Resalta que como el reconocimiento de la pensión es «consustancial» a los descuentos por salud a cargo del pensionado, es forzoso colegir que tales deducciones deban ser ordenadas en forma simultánea con la condena judicial a pagar la dicha prestación, autorizando al ente que haya de pagarla a que realice las retenciones pertinentes y las traslade a la EPS con la que esté vinculado el beneficiario de la pensión.

XIV. CONSIDERACIONES

En relación al tema de disconformidad, esto es, que se equivocó el fallador de segundo grado al no haber ordenado los descuentos por salud, cumple decir que, de conformidad con los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 3o del Decreto 510 de 2003, reglamentario de la Ley 797 de 2003, normas aplicables al asunto, todos los pensionados tienen la obligación de realizar aportes a salud y ayudar a financiar el sistema.

Sobre este tema la Sala en providencia CSJ SL1169-2019, adoctrinó:

En torno al tópico abordado en el cargo, esta sala de la Corte viene sosteniendo de manera consistente y pacífica que, por ministerio de la ley, las entidades pagadoras de pensiones se encuentran en la obligación de descontar la cotización correspondiente al sistema de seguridad social en salud y transferirla a la E.P.S. o entidad a la cual esté afiliado el pensionado, de conformidad con lo estatuido en los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994. (Ver CSJ SL1422-2018 y CSJ SL1065-2018, entre muchas otras).

Ahora bien, teniendo presente que la cotización destinada a financiar el sistema de seguridad social en salud está a cargo de los pensionados, en su totalidad, desde el momento en el que adquieren esa calidad, y que efectuar las correspondientes deducciones sobre la mesada, para tales efectos, representa una de las obligaciones corrientes de cada fondo de pensiones, que opera por ministerio de la ley, la Corte estima forzoso precisar que no es necesaria alguna declaración judicial tendiente a reconocer ese deber o a imponerlo, como se venía concibiendo en anteriores oportunidades.

En ese sentido, para la Corte el hecho de que el respectivo juzgador de instancia no confiera una autorización expresa al fondo de pensiones para realizar los descuentos con destino al sistema de salud no se puede traducir, en manera alguna, en una negación de esa potestad que, se repite, representa en realidad

una de las obligaciones típicas del respectivo fondo, que opera por mandato legal insoslayable.

Así las cosas, como no era indispensable instituir expresamente alguna autorización a la entidad demandada, para descontar las sumas correspondientes al sistema de seguridad social en salud, junto con la condena al pago de pensión, el Tribunal no incurrió en los errores jurídicos denunciados por la censura al no referirse al punto.

Y en decisión CSJ SL SL1913-2019, se manifestó:

Sea lo primero indicar que los pensionados en su condición de afiliados obligatorios al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, deben asumir en su totalidad la cotización, pues solo así se garantiza la sostenibilidad financiera del sistema y, al mismo tiempo, el otorgamiento de las diferentes prestaciones asistenciales y económicas de que trata la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

En esa dirección, resulta menester recordar que, por ministerio de la ley, las entidades pagadoras de pensiones se encuentran en la obligación de descontar la cotización para salud, y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud. Así se deriva expresamente del mandato contenido en el inciso 3.º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, que señala:

Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud.

De ahí que no se advierta que el ad quem cometió el yerro jurídico que se le endilga al no autorizar a la administradora demandada descontar del valor de las mesadas pensionales las cotizaciones a salud, pues como se indicó en precedencia, dicha obligación opera por ministerio de la ley, sin que sea necesario que medie una autorización judicial para el efecto.

En ese orden, no se advierte un defecto jurídico al respecto, toda vez que para que operen tales deducciones no se requiere una orden del juez, ya que operan de pleno derecho y así debe hacerse al momento de cumplirse con la condena.

Puestas así las cosas, es claro que no era necesario que la colegiatura emitiera pronunciamiento sobre aportes al

sistema de seguridad social en salud, por cuanto estos operan por ministerio de la Ley y es esta la que habilita a las administradoras a efectuar el aporte respectivo.

De suerte que, el cargo no prospera por cuanto no es necesaria la declaración judicial tendiente a reconocer ese deber o a imponerlo.

No se generan costas en casación por cuanto el primer ataque fue fundado y el segundo salió triunfante.

XV. SENTENCIA DE INSTANCIA

Para modificar los numerales segundo y tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de que Porvenir S.A. está obligado a reconocer la pensión de invalidez del demandante desde el 31 de diciembre de 2010 y no a partir del 31 de diciembre de 1998 como equivocadamente lo determinó el *a quo*, bastan las consideraciones vertidas en sede de casación, respecto a que fue hasta la primera de las fechas aludidas que el demandante se mantuvo activo laboralmente y cotizando al fondo demandado, dada su capacidad residual de trabajo, por manera que es a partir de la misma que se debe reconocer el derecho pensional implorado.

En lo demás la sentencia condenatoria de primer grado se confirmará.

No se generan costas en la alzada y las de primera instancia como lo determinó el *a quo*.

XVI. 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 Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el 28 de abril de 2016, dentro del proceso ordinario laboral seguido por XXX contra **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** al que fue vinculada como *litisconsorte* necesario la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, en cuanto condenó al pago de la pensión de invalidez a favor del actor a partir del 31 de diciembre de 1998. **NO CASA** en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

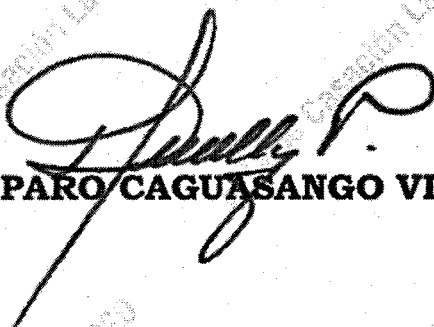
MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia del juzgado, en el sentido de que Porvenir S.A debe pagar la pensión de invalidez al demandante a partir del 31 de diciembre de 2010. Se confirma en todo lo demás.

Costas como quedó dicho en la parte motiva.

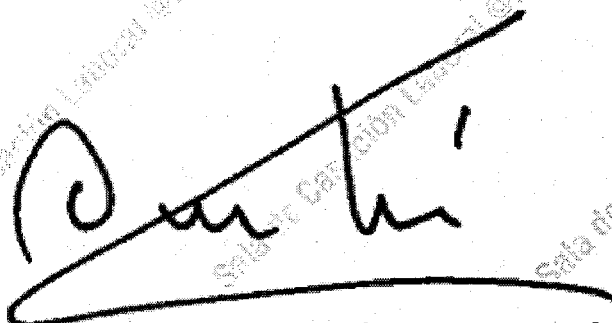
Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.



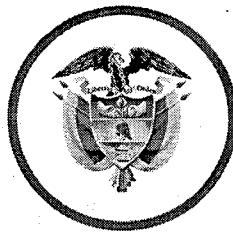
MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO



DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA



OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

EDICTO

La Secretaría Adjunta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,

HACE SABER:

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

CÓDIGO ÚNICO DE IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO CUIP	660013105002201300051-01
RADICADO INTERNO:	75196
TIPO RECURSO:	Extraordinario de Casación
RECURRENTE:	SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
OPOSITOR:	XXX, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES
FECHA SENTENCIA:	19/01/2021
IDENTIFICACIÓN SENTENCIA:	SL063-2021
DECISIÓN:	CASA- EN CUANTO CONDENÓ AL PAGO..., NO CASA EN LO DEMÁS. EN SEDE DE INSTANCIA, MODIFICAR LOS NUMERALES..., SIN COSTAS.

El presente edicto se fija en un lugar visible de la Secretaría por un (1) día hábil, hoy 5/02/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibídem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.


FANNY VARGAS HERNÁNDEZ
Secretaría Adjunta

El presente edicto se desfija hoy 5/02/2021, a las 5:00 p.m.


FANNY VARGAS HERNÁNDEZ
Secretaría Adjunta



Secretaría Adjunta de la Sala de Casación
Laboral

Corte Suprema de Justicia

CONSTANCIA DE EJECUTORIA

En la fecha 10/02/2021 y hora 5:00 p.m., queda
ejecutoriada la providencia proferida el 19 de
enero de 2021.

SECRETARIA

A handwritten signature in black ink, written over a horizontal line.