El siguiente es el proyecto presentado por el magistrado ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en secretaría.

Providencia:	Sentencia del 18 de septiembre de 2013
Radicación Nro.	66001-31-05-004-2012-00582-01
Proceso	Ordinario Laboral
Demandante:	Noe Ovidio Hernández
Demandado:	Instituto de los Seguros Sociales
Magistrado Ponente:	Julio César Salazar Muñoz
Juzgado de origen:	Juzgado Primero Laboral del circuito
Tema:	**Disfrute de la pensión de invalidez.** El inciso final del artículo 40 de la Ley 100 de 1993 dispone con claridad que la pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y que esta prestación comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca el estado de invalidez. No obstante lo anterior, el artículo 3º del Decreto 917 de 1999, no sólo define el concepto de "***FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL"*****,** sino que también dispone la imposibilidad de percibir de manera simultánea el subsidio por incapacidad temporal y prestaciones derivadas de la invalidez, situación que debe ser definida necesariamente por el juez para evitar que con su decisión disponga la percepción de una doble prestación por la misma contingencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

AUDIENCIA PÚBLICA

SALUDO. BUENOS DÍAS

Hoy, dieciocho de septiembre de dos mil trece, siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, conformada por los Magistrados FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES y JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ, quien actúa como Ponente, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor **NOEL OVIDIO HERNÁNDEZ** contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, el día 6 de febrero de 2013, dentro del proceso ordinario que promueve contra el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, cuya radicación corresponde al No. 66001-31-05-004-2011-00582-01.

Al acto comparecen las personas que a continuación se identifican:

Demandante y su apoderado:

Demandado y su apoderado:

En este estado de la diligencia, se le corre traslado a las partes empezando por **(la recurrente o la actora según sea el caso)** con el propósito de que si lo consideran necesario presenten sus alegatos de conclusión en un lapso de 8 minutos, término que considera la Sala prudente para el efecto de conformidad con lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 42 del C.P.T.

Oídas las argumentaciones de las partes y como quiera que los aspectos propuestos por ellas fueron tenidos en cuenta al momento de discutir el proyecto presentado por el ponente, procede la Sala a resolver lo que es materia del recurso, teniendo en cuenta para ello los siguientes:

ANTECEDENTES

1- DEMANDA

Solicita la demandante que se condene al Instituto de los Seguros Sociales a reconocer y pagar a su favor pensión de invalidez, de forma vitalicia, a partir del 16 de marzo de 2007, más los intereses de mora contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Fundamenta sus peticiones en que fue calificado por medicina laboral del Instituto de los Seguros Sociales con una pérdida de la capacidad laboral del 58.60%, de origen común y con fecha de estructuración el día 16 de marzo de 2007, en razón de lo cual, solicitó a la entidad accionada el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, prestación que fue negada a través de la Resolución No 012769 de 2008, indicando que si bien se acreditan el número de semanas necesarias para acceder a la prestación, no acreditó el requisito de fidelidad al sistema.

La entidad accionada aceptó los hechos anteriormente relatados, excepto los relacionados con el número de semanas cotizadas dentro de los tres años

anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, pues asegura que no corresponden a las registradas en la historia laboral válida para prestaciones económicas.

Se opuso a las pretensiones, formulando contra éstas las excepciones denominadas: *"inexistencia de la obligación" y "prescripción".*

Agotadas las etapas procesales, en la audiencia de juzgamiento que tuvo lugar el seis de febrero de 2013, se reconoció pensión de invalidez al actora a partir del 1º de marzo de 2012, con los reajustes de ley y las mesadas adicionales y se condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- a pagarle un retroactivo de $7.389.900, más intereses moratorios desde el 11 de enero de 2011 y las costas procesales.

Para arribar a tal determinación, la Juez, con apoyo en las pruebas que fueron arrimadas al plenario, concluyó que el señor Noel Ovidio Hernández cumple las condiciones para acceder a la pensión de invalidez, previstas en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Art. 1º de la Ley 860 de 2003, por cuanto se trata de una persona declarada inválida, al poseer una pérdida de la capacidad laboral del 58.60%, que cotizó al Sistema de Pensiones 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de tal estado. Inaplicó el requisito de la fidelidad al Sistema porque es una exigencia que ha sido inconstitucional desde su ingreso al ordenamiento jurídico.

Determinó el 1º de marzo de 2012 como fecha de disfrute de la pensión en consideración a que la demandante efectuó cotizaciones al Sistema de Pensiones hasta el 29 de febrero de igual año.

Los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no fueron reconocidos toda vez que considera la juez que la entidad demandada no incurrió en mora, pues negó la prestación atendiendo las disposiciones legales vigentes para el momento en que fue solicitada la prestación y si actualmente se reconoce la pensión a favor del actor, ello obedece a una interpretación jurisprudencial favorable.

El demandante interpuso de recurso de apelación, solicitando la revocatoria parcial de la sentencia, en relación a la fecha de disfrute de la pensión de invalidez y la fecha de causación de los intereses moratorios.

Estima la censura, con apoyo en la Ley 100 de 1993, que le asiste derecho a disfrutar de la pensión desde la fecha en que se estructuró su estado de invalidez, esto es, el día 16 de marzo de 2007 y no desde la calenda en que efectuó la última cotización al sistema pensional, ya que este criterio solo se aplica en el reconocimiento de pensiones de vejez. Así mismo, solicita el reconocimiento y pago de los intereses moratorios desde el momento en que deba ser reconocida la sentencia, dado que la negativa del ISS hoy COLPENSIONES le ha representado un detrimento económico.

Finalmente, solicita se condene en costas a la entidad accionada en el trámite de la segunda instancia.

CONSIDERACIONES

PRESUPUESTOS PROCESALES

No observándose nulidad que afecte la actuación y satisfechos, como se encuentran, los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad procesal y competencia, para resolver la instancia la Sala se plantea los siguientes:

PROBLEMAS JURÍDICOS

> *¿A partir de qué momento tiene derecho el señor Noel Ovidio a disfrutar de la pensión de invalidez?*
>
> *¿Se causaron intereses moratorios en el presente caso? De ser afirmativa la respuesta, ¿a partir de qué fecha?*

Con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, la Sala considera necesario precisar, los siguientes aspectos:

1- DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.

El inciso final del artículo 40 de la Ley 100 de 1993 dispone con claridad que la pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y que esta prestación comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca el estado de invalidez.

No obstante lo anterior, el artículo 3º del Decreto 917 de 1999, no sólo define el concepto de "***FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL"*,** sino que también dispone la imposibilidad de percibir de manera simultánea el subsidio por incapacidad temporal y prestaciones derivadas de la invalidez, situación que debe ser definida necesariamente por el juez para evitar que con su decisión disponga la percepción de una doble prestación por la misma contingencia.

2- DEL REGIMEN SUBSIDIADO EN SALUD

El artículo 30 del Decreto 806 de 1998 *"por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional"*, dispone que el régimen subsidiado en salud, garantiza a sus afiliados *"(...) la prestación de los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en los términos establecidos por el artículo 162 de la Ley 100 de 1993*" y agrega la norma: *"(...) El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, diseñará un programa para que los afiliados del régimen subsidiado alcancen en forma progresiva el Plan Obligatorio de Salud del régimen Contributivo,* ***quedando excluidas las prestaciones económicas".***

3- INTERESES DE MORA DE LAS MESADAS PENSIONALES.

Dispuso el artículo 141 de la ley 100 de 1993 que a partir del 1º de enero de 1994 la mora en el pago de las mesadas pensionales acarrea la obligación de la administradora de reconocer y pagar al pensionado, la tasa máxima de interés moratoria vigente al momento en que se efectúe el pago.

Para establecer el momento a partir del cual se deben, conviene tener en cuenta que para las solicitudes de reconocimiento de pensiones de invalidez, el artículo 4°

de la Ley 700 de 2001, estableció que las mesadas pensionales deben empezar a pagarse a más tardar, dentro de los 6 meses siguientes a la presentación de la solicitud, entendiéndose por tanto que existe mora por parte de la entidad, en el reconocimiento y pago de la pensión, cuando han transcurrido seis meses de la solicitud sin haberse iniciado la entrega de las mesadas.

4- EL CASO CONCRETO

En el presente caso, la Juez dispuso que el señor Noel Ovidio Hernández tiene derecho a disfrutar de la pensión de invalidez a partir del 1º de marzo de 2012, porque, según el reporte de historia laboral visible a folios 54 a 55 del expediente, el demandante efectuó cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales hasta el día 29 de febrero de 2012.

La Sala no comparte tal criterio para determinar la fecha de disfrute de la pensión de invalidez, por cuanto, como pasó de explicarse en el acápite de consideraciones, el inciso final del artículo 40 de la Ley 100 de 1993 dispone que dicha prestación empezará a pagarse al afiliado desde la fecha de estructuración de la invalidez, o en los términos del artículo 3º del Decreto 917 de 1999 desde la última licencia por enfermedad generada a favor del afiliado, circunstancia ésta que en el presente caso no ocurrió, por cuanto, según se observa de la prueba documental aportada con la acción laboral –fl 36-, el señor Hernández, desde el 1º de julio de 2004, se encuentra afiliado al régimen subisidiado en salud, régimen que, como atrás quedó dicho, no reconoce a favor de sus afiliados prestación económica alguna, por lo que no pudo el demandante haber recibido auxilio económico por incapacidad.

En tal virtud, el señor Hernández tiene derecho a la pensión de invalidez a partir del 16 de marzo de 2007, fecha en que se determinó la estructuración de tal estado, de conformidad con lo previsto en el dictamen de pérdida de la capacidad laboral que obra a folio 46 y reverso del expediente.

Como quiera que lo manifestado anteriormente modificará la suma que fue reconocida al demandante por concepto de retroactivo pensional, la Sala procederá a calcular tal rubro, para lo cual, además de lo expuesto en relación a la fecha de disfrute de la pensión, se tendrá en cuenta que el Instituto de los Seguros Sociales fue condenado en primera instancia a pagar una prestación equivalente al salario

mínimo legal mensual, incrementada anualmente como lo dispone el artículo 14 de la ley 100 de 1993 y extendida a 14 mesadas anuales; aspectos no fueron objeto de censura en esta sede.

Antes de realizarse la liquidación que en derecho corresponda, debe precisarse que el fenómeno prescriptivo afectó el retroactivo pensional, toda vez que la reclamación administrativa, según la Resolución No 12769 de 2008 –fl 13- se efectúo el 21 de agosto de 2008 y la demanda fue presentada el 11 de julio de 2012, es decir después de tres años de agotada la vía gubernativa, por lo tanto, será a partir del 11 de julio de 2009 que se liquidarán las mesada adeudadas.

En lo que guarda relación con el reconocimiento de los intereses moratorios, es propio indicar que razón le asistió a la juez de primer grado en negar dicho beneficio, pues en efecto, tal y como lo planteo en su decisión, el reconocimiento pensional se dio con ocasión a la interpretación jurisprudencial favorable que, frente a la exigencia del requisito de fidelidad antes de ser declarado inexequible, le ha dado la Sala de Casación Laboral, y no por la negligencia del Seguro Social de conceder la prestación reclamada.

No obstante lo anterior, se accederá a la solicitud de indexación de las condenas impuestas por concepto de retroactivo, de manera que se garantice el cumplimiento real de la obligación aquí dispuesta.

En el anterior orden de ideas, al demandante se le adeuda por concepto de retroactivo de la pensión, la suma de **$30.760.154,** a la que se deberán efectuar los descuentos en salud que por tal diferencia correspondan, los cuales serán puestos a disposición de la EPS a la que se encuentre afiliado. Por cuenta de la indexación se adeudan **$1.385.166**.

La liquidación de los conceptos anteriores, se ve reflejada en la siguiente tabla, la cual se pone a disposición de las partes y que constará en el acta que se levante con ocasión de esta audiencia como anexo N° 1.

Año	Causadas	Mesada	Retroactivo	IPC Vo	Indexación
2009	5,66	$ 496.900	2.812.454,00	102,00	327.017
2010	14,00	$ 515.000	7.210.000,00	105,24	590.557

2011	14,00	$ 535.600	7.498.400,00	109,16	322.852
2012	14,00	$ 566.700	7.933.800,00	111,82	144.741
2013	9,00	$ 589.500	5.305.500,00	113,86	-
Valores a cancelar ===>			**$30.760.154,00**		**$1.385.166**

Así las cosas, los ordinales SEGUNDO, TERCERO y CUARTO, de la sentencia de primer grado serán modificados, conforme lo considerado con antelación.

Costas en esta instancia no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR los numerales *SEGUNDO*, *TERCERO y CUARTO* de la sentencia impugnada, los cuales quedarán de la siguiente forma:

> ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-,*** *a reconocer a favor del señor* ***NOEL OVIDIO HERNÁNDEZ,*** *una pensión mensual de invalidez, a partir del 16 de marzo de 2007, por 14 mesadas pensionales anuales, en cuantía equivalente al salario mínimo legal e incluirlo en nómina de pensionados.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES*** *a pagar a favor del señor* ***NOEL OVIDIO HERNÁNDEZ:***
>
> - *La suma de $30.760.154 por concepto de retroactivo pensional causado a partir del 11 de julio de 2009 y hasta el 31 de agosto de 2013, a la que se deberá efectuar los descuentos en salud que, los cuales serán puestos a disposición de la EPS a la que se encuentre afiliado.*
> - *La suma de $1.385.166 por concepto de indexación.*
>
> *.*
>
> ***Parágrafo 1:*** *La pensión deberá incrementarse hacía futuro en la proporción prevista en la ley.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR*** *probada la excepción de prescripción, con relación a las mesadas causada con anterioridad al 11 de julio de 2009"*

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la providencia apelada.

TERCERO. Sin costas en esta instancia.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se levanta y firma esta acta.

Los Magistrados,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Con permiso

ALONSO GAVIRIA OCAMPO

Secretaria