***ORALIDAD:***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 28 de julio de 2016

**Radicación No**:66001–31-05–003-2014-00631-01

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: Ancizar de Jesús Castaño Velásquez

**Demandado**:Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

**Juzgado de origen**: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**Magistrado Ponente:** Francisco Javier Tamayo Tabares

**Tema a tratar**: **Fecha de estructuración de la invalidez frente a enfermedades congénitas. [**e]n este tipo de dolencias o cuando se trata de enfermedades crónicas o degenerativas, la estructuración de la invalidez no puede señalarse desde la calenda en que se estableció la existencia de la enfermedad, pues ello, al remontarse casi que a las épocas del natalicio o a escasa edad del afiliado, haría inviable la posibilidad de estos de acceder a la prestación pensional, a pesar de haberse afiliado al sistema y efectuado unas cotizaciones. **Indexación. Finalidad.** En cuanto al punto de la indexación de las condenas, debe decirse que esta opera no como sanción a la mora, pues para tal efecto en la seguridad social se contemplaron los réditos moratorios, sino como un mecanismo encaminado a actualizar el valor de una suma de dinero, teniendo en cuenta el fenómeno inflacionario que afecta a la economía y que trae como consecuencia ineludible, la merma en el poder adquisitivo del dinero**.**

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy veintiocho (28) de julio de dos mil dieciséis (2016), siendo las ocho y quince minutos de la mañana (8:15 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el magistrado de la Sala de Decisión Laboral No. 03 del Tribunal de Pereira, presidido por el ponente, declaran formalmente abierto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 22 de abril de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por ***Ancizar de Jesús Castaño Velásquez*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.***

***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:***

1. ***INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, pretende el demandante que se declare que la fecha de estructuración de su pensión de invalidez fue el 02 de julio de 2010, fecha de la solicitud de pensión de invalidez, que se declare que tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes conforme a lo regulado en la Ley 860 de 2003 y, en consecuencia que se condene a Colpensiones a reconocer esa prestación desde el 02 de julio de 2010. En subsidio, pide que se le declare invalido desde el 01 de febrero de 2012, calenda desde la cual dejó de cotizar, y que se reconozca la pensión desde esa misma fecha más los réditos moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación y las costas procesales.

Como sustento fáctico de las pretensiones demandadas, se alega que el actor nació el 05 de noviembre de 1960, la vicepresidencia de pensiones del ISS, mediante dictamen del 03 de junio de 2010, determinó una pérdida de capacidad laboral del 68.50%, estructurada el 05 de noviembre de 1962, de origen común, que la estructuración se dio el día del nacimiento del demandante, que la invalidez se debe a secuelas de poliomelitis y de enfermedades congénitas, que el 02 de julio de 2010 el demandante presentó al ISS solicitud de reconocimiento pensional, que la misma fue negada el 12 de agosto de 2011, que la negativa se fundamentó en que el actor no cumplia con las exigencias de que trata el Acuerdo 224 de 1966 que era la norma aplicable, que el actor realizó aportes a través del consorcio prosperar entre el 1 de abril de 1997 y el 1 de febrero de 2012, que mediante escrito del 29 de marzo de 2012, el aludido consorcio le informó al demandante que había sido desvinculado del sistema subsidiado de pensiones a partir del 1º de febrero 2012, que cuenta con 758,59 semanas cotizadas, que cuenta con más de 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha en que se solicitó la pensión de invalidez.

Admitida la demanda, se trabó la Litis con la entidad demandada, la que allegó contestación de forma extemporánea.

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO***

Agotadas las etapas procesales respectivas, la Jueza a-quo concedió la prestación pensional a partir del 1º de febrero de 2012, estimando que en aplicación de principios constitucionales y de la marcada línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, era necesario variar la fecha de estructuración de la invalidez del demandante, pues tomar la de su nacimiento –al ser una dolencia congénita- haría imposible que este accediera al derecho, además, que desconocería los períodos cotizados por el demandado. Reconoció además de la prestación, el retroactivo respectivo. No se pronunció respecto a los intereses moratorios ni a la indexación.

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia atacada, únicamente en lo tocante a la petición de indexación, frente a la cual no se pronunció la juzgadora, por haber accedido únicamente a las pretensiones subsidiarias y la misma era principal.

También se dispuso el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, por haber resultado condenada a reconocer y pagar la pensión de invalidez.

***2.1 Del problema jurídico:***

*¿Es posible variar la fecha de estructuración de la invalidez, atendiendo que el origen de la misma es una enfermedad congénita y en caso positivo, qué fecha debe tomarse en estos casos como la de pérdida definitiva de la capacidad para trabajar?*

 *¿Se debió haber ordenado la indexación de las condenas impuestas a cargo de Colpensiones?*

* 1. ***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, con el propósito de desatar la apelación, se corre traslado por el término de 8 minutos para alegar, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia.

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los mismos puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

1. ***CONSIDERACIONES***

***3.1 Desarrollo de la problemática planteada.***

Para resolver el primero de los interrogantes, es necesario que la Sala se apoye en la denodada línea jurisprudencial que ha trazado sobre el tema la Corte Constitucional sobre la estructuración de la invalidez en personas que padecen enfermedades congénitas.

La aludida Corporación, ha dicho de manera reiterada, que en este tipo de dolencias o cuando se trata de enfermedades crónicas o degenerativas, la estructuración de la invalidez no puede señalarse desde la calenda en que se estableció la existencia de la enfermedad, pues ello, al remontarse casi que a las épocas del natalicio o a escasa edad del afiliado, haría inviable la posibilidad de estos de acceder a la prestación pensional, a pesar de haberse afiliado al sistema y efectuado unas cotizaciones. Sobre el tema, vale la pena citar el pronunciamiento de la Corte, vertido en la sentencia T-128 de 2015:

“*existen casos en los 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 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 en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala 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 la calificación de la 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 este 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 deberá 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 ésta, verificar si la persona que ha solicitado la pensión de invalidez cumple con los requisitos establecidos por la normatividad aplicable para el caso concreto.”.*

En estos, casos como se condensa en la cita jurisprudencial, la fecha de estructuración de la invalidez no puede ser aquella en que medicamente se encontró la enfermedad, sino que es indispensable verificar cuándo realmente la persona perdió su capacidad de desarrollar una actividad de índole laboral. Incluso la misma entidad acogió esa postura, como se puede verificar en el vigésimo segundo informe rendido a la H. Corte Constitucional en virtud del seguimiento ordenado por esa Colegiatura en Autos 110 y 320 de 2013 y 130 y 259 de 2014, cuando se indica que se emitió concepto jurídico el 26 de diciembre de 2014 (BZ\_2014\_10721634), indicando a los funcionarios de la entidad, proceder de esta manera en los casos de enfermedades congénitas, degenerativas o progresivas.

En el presente caso, se tiene que el señor Castaño Velásquez fue calificado con una merma en la capacidad laboral del 68.50%, la cual tuvo un origen común y que se estructuró el 05 de noviembre de 1962, es decir, dos años después de que el actor naciera, fecha para la cual se presentó la enfermedad de polio que comprometió los miembros inferiores –fl. 16-, además, también presenta un retardo mental moderado, producto de una hipoxia neonatal.

Si se atendiera esa fecha de estructuración de la invalidez, el demandante Ancizar de Jesús no tendría derecho a la pensión de invalidez, dado que ni siquiera estaba a cargo del ISS el reconocimiento de la misma, pues esta solo asumió tales riesgos con el advenimiento del Acuerdo 224 de 1966, por lo que el tema solo estaba cubierto por los empleadores para sus trabajadores, como se puede verificar en los artículos 277 a 284 del Código Laboral, normas ya derogadas. Por ello, resulta a todas luces descabellado tomar en consideración aquella data, para efectos de determinar si el demandante tiene o no derecho a la pensión por invalidez, debiéndose entonces buscar otra calenda diferente y atendiendo lo dicho por la Corte Constitucional, esta fecha no puede ser otra que aquella en que efectivamente, el demandante no pudo seguir cotizando. Y en este caso, tal calenda es fácilmente determinable, pues existen documentos que la acreditan fehacientemente. Tales documentos son la comunicación del Consorcio Prosperar –fl. 20- en la que se le informa al actor que ha quedado excluido del régimen subsidiado en pensiones, al haber alcanzado el máximo de aportes a subsidiar -750 semanas-, indicándole que tal exclusión tenía efectos a partir del 1º de febrero de 2012, información que se ratifica al verificar en la historia laboral –fl. 140-, que el último aporte efectuado fue hasta el 31 de enero de 2012, por lo que se le hizo imposible continuar aportando desde el 1º de febrero de esa anualidad, razón por la cual, se debe entender, al tenor de la jurisprudencia constitucional glosada, que allí se estructuró la invalidez del demandante, tal como lo concluyó la Jueza a-quo.

Por tanto, le es aplicable al demandante la Ley 860 de 2003, en su artículo 1º, que exige que el afiliado al sistema pensional haya logrado cotizar al menos 50 semanas en los tres años anteriores a la data de estructuración de la invalidez, requerimiento que en el sub-lite se satisface ampliamente, pues solo basta con mirar la aludida historia laboral, para verificar que en dicho lapso cuenta con más de 150 semanas aportadas.

La conclusión –entonces- es que el derecho del demandante efectivamente nació en los términos que encontró la a-quo, razón por la cual, se debe confirmar la sentencia consultada, en este aspecto.

En cuanto al punto de la indexación de las condenas, debe decirse que esta opera no como sanción a la mora, pues para tal efecto en la seguridad social se contemplaron los réditos moratorios, sino como un mecanismo encaminado a actualizar el valor de una suma de dinero, teniendo en cuenta el fenómeno inflacionario que afecta a la economía y que trae como consecuencia ineludible, la merma en el poder adquisitivo del dinero.

En este caso, es evidente que las sumas reconocidas en la sentencia, deben actualizarse, pues el dinero reconocido por el año 2012, no tiene igual valor en la actualidad, razón por la cual, deberá adicionarse la condena de primer grado en el sentido de que las sumas reconocidas por concepto de retroactivo, deberán indexarse, de conformidad con la siguiente formula:

*VA= VH x IF/II*

Donde, VA es el valor actualizado; VH es el valor histórico o el valor a actualizar; IF es el valor del índice de precios al consumidor reportado por el DANE al momento en que debe hacerse el pago y II es el valor del índice de precios al consumidor al momento en que debió haberse efectuado el pago.

Las costas en esta instancia, a cargo de Colpensiones, por prosperar el recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, el ***H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. ***Adicionar*** la sentencia proferida el 22 de abril de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de que las condenas reconocidas por concepto de retroactivo, deberán ser indexadas, conforme a lo dicho en las consideraciones.
2. ***Confirmar***la sentencia apelada en todo lo demás.
3. Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones.

La anterior decisión queda notificada***en estrados.***

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Magistrado Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretario