El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - Segunda Instancia - 1 de marzo de 2018

Radicación No: 66001-31-05-005-2016-00490-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Luis Arles Ramírez Vásquez

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: PENSIÓN DE INVALIDEZ / TRASLADO DE FONDO / FECHA DE ESTRUCTURACIÓN ANTERIOR A TRASLADO DE FONDO / RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN CORRESPONDE AL FONDO AL CUAL ESTABA AFILIADO CUANDO COBRÓ FIRMEZA EL DICTAMEN DE INVALIDEZ / PAGO DE PENSIÓN SE GENERA LUEGO DEL DESEMBOLSO DE INCAPACIDADES. -** Por otro lado, las cotizaciones realizadas en la antigua administradora deben, necesariamente, trasladarse a la nueva entidad a través de los mecanismos previstos en la ley (bono pensional, traslado de aportes con sus respectivos rendimientos, etc…) por lo que es esta quien tiene la obligación de asumir el reconocimiento de la prestación, sin que pueda aducir que la fecha de estructuración coincide con un periodo anterior a la afiliación como argumento para negar la solicitud.

En ese orden, con arreglo a lo hasta aquí expuesto, Colpensiones es a quien corresponde garantizar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a que tiene derecho el demandante, pues pese a que la estructuración de su invalidez quedó determinada para el 30 de marzo de 2011 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, calenda para la cual se encontraba afiliado al Fondo Privado ING, lo cierto es que la declaratoria de firmeza de esa invalidez sólo quedó establecida el 17 de marzo de 2015, cuando ya se encontraba vinculado a Colpensiones, surgiendo para ese momento la obligación de pago a cargo de la actual aseguradora.

(…)

De la norma, se desprende claramente que la pensión de invalidez debe pagarse desde el momento en que se estructuró la invalidez, aunque ello, debe interpretarse de conformidad con el artículo 3º del Decreto 917 de 1999, que establece que mientras se esté recibiendo subsidio de incapacidad no se podrá recibir la pensión de invalidez, es decir, que si la persona está percibiendo el aludido subsidio, la calenda desde la cual se disfrutará la pensión de invalidez variará y será la correspondiente al día siguiente al último día de pago de la incapacidad.

Lo anterior, atendiendo el hecho de que tanto las incapacidades laborales temporales como la pensión de invalidez, cubren el mismo riesgo o estado, esto es, la inhabilidad física y mental que imposibilitan al afiliado para continuar con su actividad laboral, razón por la cual, ambos pagos resultan ser incompatibles.

*ORALIDAD*

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 1 de marzo de 2018

**Radicación No**:66001-31-05-005-2016-00490-01

**Proceso**:Ordinario Laboral

**Demandante**: Luis Arles Ramírez Vásquez

**Demandado:** Colpensiones

**Juzgado de origen**: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

**Magistrado Ponente:** Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Tema a tratar: Disfrute de la pensión de invalidez.** El artículo 40 de la Ley 100 de 1993, encargado de establecer el monto de la pensión de invalidez, regula en su inciso final lo tocante a la fecha desde la cual se debe comenzar a pagar esta prestación, con el siguiente tenor: “La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.” –Negrillas de la Sala-. De la norma, se desprende de manera clara y sin ambages, que la pensión de invalidez debe pagarse desde el momento en que se estructuró la invalidez, aunque ello, debe interpretarse de conformidad con el artículo 3º del Decreto 917 de 1999 que establece que mientras se esté recibiendo subsidio de incapacidad no se podrá recibir la pensión de invalidez, es decir, que si la persona está percibiendo el aludido subsidio, la calenda desde la cual se disfrutará la pensión de invalidez variará y será la correspondiente al día siguiente al último día de pago de la incapacidad .

AUDIENCIA PÚBLICA:

En Pereira, hoy primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve de la mañana (9:00 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala de Decisión Laboral No. 4 del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 7 de abril de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que *Luis Arley Ramírez Vásquez* promueve contra la *Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones.*

IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:

1. *ANTECEDENTES*

Pretende el demandante que se declara que tiene derecho al retroactivo de su pensión de invalidez, causado entre el 30 de marzo de 2011 y el 1º de mayo de 2016. En consecuencia pide se fulmine condena contra la entidad demandada por los valores que correspondan, junto con los intereses de mora o la correspondiente indexación, más las costas procesales.

Como sustento fáctico de esas pretensiones, aduce que la Junta Regional de Calificación de Invalidez le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 70.90% estructurada el 30 de marzo de 2011, razón por la que el 14 de agosto de 2015 solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, sin embargo, fue negada a través de la Resolución GNR 14031 de 2016, por considerar que la responsable del pago es la AFP ING, por ser la entidad a la que se encontraba afiliado el demandante al momento de estructurarse la invalidez. Indica que la prestación le fue reconocida vía tutela, según fallo dictado por el Juzgado 3º de Familia de Pereira, y confirmado por la Sala Civil – Familia de este Tribunal, que ordenó a la entidad demandada reconocer y pagar la prestación en el término de 15 días siguientes; que en acatamiento de lo anterior, Colpensiones profirió la Resolución GNR 120592 de 2016, reconociendo la prestación a partir del 1 de mayo de 2016, sin retroactivo alguno. Por último, indica que el 11 de mayo de reclamó ante la entidad demandada el retroactivo al que considera tiene derecho, sin que a la fecha de presentación de esta demanda haya obtenido respuesta.

Colpensiones allegó respuesta a través de apoderado judicial en el que se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que al haberse reconocido el derecho pensional en cumplimiento a un fallo de tutela, no es procedente el retroactivo pensional solicitado. En su defensa, propuso como excepciones “Cobro de lo no debido”, “Improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios”, “Buena fe” y “Prescripción”.

1. *SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.*

El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 7 de abril de 2017, accedió a las pretensiones de la demanda, y condenó a Colpensiones a reconocer y pagar en favor del actor, el retroactivo pensional solicitado en cuantía total de $42`481.116, más los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93, a partir del 15 de febrero de 2016. Por último condenó en costas a la parte vencida en juicio.

A tal conclusión arribó, luego de indicar que al tenor del artículo 40 de la Ley 100/93, la prestación pensional debe pagarse con efectos a partir de la estructuración de invalidez, en este caso, a partir del 30 de marzo de 2011 según dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, sin que los argumentos de la entidad demandada respecto a que no es a quien corresponde el pago de la prestación fueran de recibo, por cuanto el demandante está válidamente afiliado a esa entidad y además, el fondo privado le remitió todas las cotizaciones efectuadas. Respecto a los intereses de mora, estimó que eran procedentes a partir del 15 de febrero de 2016, toda vez que la reclamación administrativa fue presentada por el actor el 14 de agosto del año anterior.

1. *CONSULTA*

Al tenor de lo establecido en el artículo 69 del Estatuto Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, se dispuso la consulta de la decisión por ser desfavorable a la entidad demandada.

*Alegatos en esta instancia:*

En este estado de la diligencia, antes de que la Colegiatura proceda a decidir lo de su competencia, se corre traslado a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes, empezando por la parte demandante. Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir previas las siguientes:

1. *CONSIDERACIONES*

Para desatar el grado jurisdiccional de consulta, la Sala se plantea los siguientes interrogantes:

*¿Es Colpensiones la entidad llamada a responder por el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez? En caso positivo,*

*¿Procede el reconocimiento y pago del retroactivo pensional y los intereses moratorios que solicita el demandante?*

*Desenvolvimiento de la problemática planteada*

No es objeto de discusión que el demandante tiene derecho a la pensión de invalidez, por tener una pérdida de capacidad laboral del 70.90 % de origen común, estructurada el 30 de marzo de 2011, y haber sufragado más de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su estado invalidante, tal como lo estableció por vía de tutela el Juzgado Tercero de Familia de Pereira, y lo confirmó en segunda instancia la Sala Civil –Familia de este Tribunal, mediante fallos del 16 de febrero y 14 de abril de 2016, respectivamente, en los que ordenó a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de invalidez, dentro de los 15 días siguientes a la notificación del fallo, pero sin perjuicio de que dicha entidad acudiera a la jurisdicción ordinaria laboral en caso de considerar que no es la entidad llamada a responder por la prestación, ver fl. 24.

Lo anterior, sugiere entonces que no se trató de un fallo de tutela utilizado como mecanismo definitivo sino más bien como transitorio, por haberse facultado a Colpensiones a acudir ante el juez natural en el marco de un proceso ordinario laboral a revivir la controversia planteada respecto a qué entidad era la obligada a reconocer y pagar la pensión de invalidez.

En ese orden, se concluye que el fallo de tutela no surtió efectos de cosa juzgada constitucional, y por ende, el debate quedó abierto para que sea esta jurisdicción quien decida si es o no Colpensiones la obligada al pago de la prestación pensional a la que sin duda tiene derecho el actor, no obstante, que el juez de tutela no hubiese señalado que quien tenía que dirigirse al juez ordinario, lo era el demandante, ni tampoco, dispusiera el término de cuatro (4) meses para ello, dado que es entendido que con arreglo al artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, siempre que se trata de la protección de un derecho fundamental erigido en un fallo de tutela como mecanismo transitorio, los efectos limitados del mismo, imponen la obligación prevista en la norma recién invocada.

En adición a lo dicho, de las pruebas traídas al plenario, no refulge que el juez constitucional haya consignado alguna reflexión en torno a la razón por la cual el obligado al pago de la prestación lo era la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y no el fondo privado. Estudio que obligatoriamente deberá acometer esta jurisdicción puesto que de todas maneras a este litigio se hizo presente Colpensiones, aunque no en calidad de parte actora, como lo dispuso el juez constitucional, empero, si como accionada.

De conformidad con los artículos 10 y 12 de la Ley 100/93, el Sistema General de Pensiones, tiene por tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley. Dicho sistema está conformado por dos regímenes solidarios que coexisten pero son excluyentes entre sí, el Régimen solidario de prima media con prestación definida, y el Régimen de ahorro individual con solidaridad, frente a los cuales el afiliado tiene la faculta de libre escogencia, en los términos señalados en el artículo 13 ibídem.

Así las cosas, para que un afiliado tenga cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, debe existir previamente una afiliación y unas cotizaciones en determinado tiempo al Sistema General de Pensiones, y una vez esta se haga efectiva a través de la vinculación a determinada administradora, el afiliado puede ejercer libremente su derecho de trasladarse de régimen pensional.

Respecto a la efectividad de la afiliación el artículo 41 del Decreto 1406 de 1999 estableció que el ingreso de un aportante o de un afiliado, tiene efectos para la entidad administradora que haga parte del Sistema desde el día siguiente a aquél en el cual se inicie la relación laboral, siempre que se entregue a ésta, debidamente diligenciado, el formulario de afiliación.

Como se ve, la afiliación se entiende realizada al Sistema General de Pensiones, en tanto que, la vinculación hace referencia a la efectuada ante determinada entidad administradora.

A su turno, el artículo 42 ibídem, establece que el traslado entre entidades administradoras estará sujeto al cumplimiento de los requisitos sobre permanencia en los regímenes y entidades administradoras previstas en las normas que reglamentan el Sistema, y que en todo caso, el traslado de entidad administradora producirá efectos sólo a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud del traslado efectuada por el afiliado ante la nueva entidad administradora.Así mismo, que la entidad administradora de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad.

Se estableció, igualmente, que “*En el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, el primer pago de cotizaciones que se deba efectuar a partir del traslado efectivo de un afiliado, se deberá realizar a la antigua administradora de la cual éste se trasladó, con excepción de los trabajadores independientes, que deberán aportar a la nueva administradora de pensiones. Para los efectos del presente artículo, se entenderá por traslado efectivo el momento a partir del cual el afiliado queda cubierto por la nueva entidad en los términos definidos en el inciso anterior*.”

De las normas referidas, la Sala concluye que el traslado entre administradoras supone para el afiliado, la continuidad de la cobertura para los riesgos amparados por el Sistema General de Pensiones, sin solución de continuidad y asumiendo las preexistencias, cuyos efectos se producen para la nueva administradora a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la solicitud del traslado, quedando entonces obligada no sólo a la administración de los aportes que le sean trasladados y los que se le realicen con posterioridad a la vinculación, sino también al reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar.

Lo anterior, en modo alguno descarta la posibilidad de que la nueva administradora ampare aquellos casos, que aun sin estar consolidado el riesgo, por no haberse calificado, todavía, la merma de la capacidad laboral, y hecha la calificación posteriormente, resulta que su fecha de estructuración coincida con la época en que la persona invalidad estaba vinculada a un fondo distinto.

Ello tiene su razón de ser, en el hecho de que para la nueva entidad, el reconocimiento de la prestación se produce por la mera vinculación a la misma, una vez surtido sus trámites y guardando el periodo de gracia ya visto. Aunado a que la firmeza del dictamen del organismo calificador marca la certeza de la ocurrencia del riesgo de invalidez, y desde allí, es posible que el afectado eleve de manera tempestiva la reclamación pensional.

Por otro lado, las cotizaciones realizadas en la antigua administradora deben, necesariamente, trasladarse a la nueva entidad a través de los mecanismos previstos en la ley (bono pensional, traslado de aportes con sus respectivos rendimientos, etc…) por lo que es esta quien tiene la obligación de asumir el reconocimiento de la prestación, sin que pueda aducir que la fecha de estructuración coincide con un periodo anterior a la afiliación como argumento para negar la solicitud.

En ese orden, con arreglo a lo hasta aquí expuesto, Colpensiones es a quien corresponde garantizar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a que tiene derecho el demandante, pues pese a que la estructuración de su invalidez quedó determinada para el 30 de marzo de 2011 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, calenda para la cual se encontraba afiliado al Fondo Privado ING, lo cierto es que la declaratoria de firmeza de esa invalidez sólo quedó establecida el 17 de marzo de 2015, cuando ya se encontraba vinculado a Colpensiones, surgiendo para ese momento la obligación de pago a cargo de la actual aseguradora.

Definido lo anterior, cumple ahora determinar si el actor tiene derecho a que Colpensiones le pague el retroactivo pensional y los intereses moratorios peticionados.

De acuerdo con el inciso final artículo 40 de la Ley 100/93, en lo tocante a la fecha desde la cual se debe comenzar a pagar esta prestación, que: *“La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.*”

De la norma, se desprende claramente que la pensión de invalidez debe pagarse desde el momento en que se estructuró la invalidez, aunque ello, debe interpretarse de conformidad con el artículo 3º del Decreto 917 de 1999, que establece que mientras se esté recibiendo subsidio de incapacidad no se podrá recibir la pensión de invalidez, es decir, que si la persona está percibiendo el aludido subsidio, la calenda desde la cual se disfrutará la pensión de invalidez variará y será la correspondiente al día siguiente al último día de pago de la incapacidad.

 Lo anterior, atendiendo el hecho de que tanto las incapacidades laborales temporales como la pensión de invalidez, cubren el mismo riesgo o estado, esto es, la inhabilidad física y mental que imposibilitan al afiliado para continuar con su actividad laboral, razón por la cual, ambos pagos resultan ser incompatibles.

En el caso puntual, como se dijo antes no se discute que el demandante sufrió una pérdida de su capacidad laboral del 70.90 % estructurada el 30 de marzo de 2011. De otra parte, según certificación de la SOS que reposa en el expediente administrativo allegado por la entidad demandada en medio magnético, se tiene que el señor Ramírez Vásquez no ha recibido pago alguno a título de incapacidades. Por tanto, dando aplicación de la norma en cita, la fecha de disfrute de la prestación por invalidez corresponde al momento en que se estructuró la pérdida de capacidad laboral, esto es, el 30 de marzo de 2011, tal cual lo concluyó la a-quo.

Efectuados los cálculos pertinentes, teniendo en cuenta 14 mesadas anuales dado que la causación del derecho de dio con antelación al 31 de julio de 2011, el valor del retroactivo pensional desde el 30 de marzo de 2011 al 30 de abril de 2016, pues a partir del mes siguiente le fue reconocida la prestación, asciende a $42`481.116, valor que coincide con el calculado por la sentenciadora de primer grado, siendo entonces forzosa su confirmación.

En cuanto a la excepción de prescripción, no está llamada a prosperar, como quiera que en los términos del artículo 151 del C.P.T y S.S. y artículo 488 del C.S.T., no transcurrió el término trienal desde de la calificación del estado de invalidez y la presentación de la demanda judicial, que data del 16 de junio de 2016 –fl.9-.

En lo tocante al pago de intereses moratorios pedidos por la parte actora y a los cuales accedió la a-quo, encuentra la Sala que habiéndose presentado la reclamación administrativa el 14 de agosto de 2015, según se colige de la Resolución GNR 120592 de 2016, el término de cuatro meses con el que contaba la entidad demandada para resolver de fondo el derecho reclamado y proceder a su pago, al tenor de los artículos 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9° de la Ley 797 de 2003 y 4° de la Ley 700 de 2011, fenecía a más tardar el 14 de diciembre de 2015, por lo que los intereses se generarían a partir del día siguiente, esto es, del 15 de diciembre de 2015 y hasta el pago efectivo de la obligación.

No obstante, como quiera que la a-quo accedió a tales réditos a partir del 15 de febrero de 2016, esto es, vencidos 6 meses luego de presentada la solicitud pensional, sin que dicho tema fuera objeto de controversia por la parte actora, se confirmará este punto de la sentencia, en virtud del principio de la no reformatio in pejus y del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de la entidad demandada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala de Decisión Laboral No. 4****,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

*FALLA*

1. *Adicionar* la sentencia proferida el 7 de abril de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, en el proceso de la referencia, en el sentido de Declarar que Colpensiones es la entidad llamada a asumir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en favor del señor Luis Arles Ramírez Vásquez, desde el 31 de marzo de 2011, fecha en que se estructuró su estado invalidante.
2. *Confirma* todo lo demás.
3. Sin costas en esta instancia.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCIA CAICEDO CALDERON

 Magistrada Magistrada

ANEXO

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **VALOR DE LA MESADA**  | **No. MESADAS** | **TOTAL**  |
| 2011 | $535.600 | 11 | $5.891.600 |
| 2012 | $566.700 | 14 | $7.933.800 |
| 2013 | $589.500 | 14 | $8.253.000 |
| 2014 | $616.000 | 14 | $8.624.000 |
| 2015 | $644.350 | 14 | $9.020.900 |
| 2016 | $689.454 | 4 | $2.757.816 |
| TOTAL  | **$42.481.116** |