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 de Segunda Instancia, jueves 6 de diciembre de 2018

Radicación No: 66001-31-05-002-2016-00232-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: José Omar Morales Brito

Demandado: Protección S.A.

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares

**TEMAS: PENSIÓN DE INVALIDEZ / FECHA DE ESTRUCTURACIÓN DE LA INVALIDEZ FRENTE A ENFERMEDADES CONGÉNITAS /**

… 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. (…)

“… 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.”.

**LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, MEDIANTE SENTENCIA SL5576-2021, RADICACIÓN Nº 85055, DE FECHA 20 DE OCTUBRE DE 2021, QUE PUEDE SER CONSULTADA EN LA PÁGINA WEB DE DICHA CORPORACIÓN O EN EL ARCHIVO QUE ESTÁ A CONTINUACIÓN DE ÉSTE, CASÓ PARCIALMENTE EL PRESENTE FALLO Y “EN SEDE DE INSTANCIA” REVOCÓ LA CONDENA POR INTERESES DE MORA IMPUESTA POR EL JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD EN SENTENCIA DEL 5 DE MARZO DE 2018 Y CONCEDIÓ LA INDEXACIÓN DEL RETROACTIVO PENSIONAL.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy seis (6) de diciembre 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 magistrado del Tribunal Superior de Pereira, presidido por el ponente, declaran formalmente abierto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida el 5 de marzo de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por ***José Omar Morales Brito*** contra ***Protección S.A.***

***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:***

1. ***INTRODUCCIÓN***

Pretende el demandante de manera principal que se reconozca y pague la pensión de invalidez a partir del 18 de octubre de 2011, bajo el principio de la condición más beneficiosa, y de manera subsidiaria se declare que la fecha de estructuración de la invalidez fue el 30 de abril de 2013, último aporte en pensiones como trabajador dependiente del demandante y en consecuencia, se ordene el pago de la pensión de invalidez, con su correspondiente retroactivo pensional, los intereses moratorios, indexación y costas procesales.

Como sustento fáctico de las pretensiones demandadas, se alega que el actor cuenta con 816.71 ciclos aportados al Régimen de Ahorro Individual; que el 18 de octubre de 2011 se estructuró su pérdida de capacidad laboral igual al 68.71%; que su empleador realizó el último aporte al sistema pensional en abril de 2013; que el 14 de mayo de 2013 la demandada negó el reconocimiento pensional porque el actor no reunía los requisitos contemplados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 860 de 2003.

Admitida la demanda, se trabó la Litis con la entidad demandada, que al contestar la misma se opuso a las pretensiones por cuanto el demandante carece de *cotizaciones* en su cuenta individual, debido a que se realizó una devolución de saldos en el año 2013. Por otro lado, recriminó que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral se encuentra conforme a la historia clínica del afiliado, sin que sea dable a un afiliado continuar cotizando después de su calificación con el propósito de convalidar las semanas exigidas por la norma. Para finalizar propuso las excepciones de “*ausencia del requisito de semanas de cotización para acceder a la pensión de invalidez”,* “*inexistencias de la obligación de reconocer pensión de invalidez a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.”,* “*validez y firmeza del dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A.”,* “*improcedencia de intereses de mora”,* “*compensación”* y “*prescripción”.*

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO***

Agotadas las etapas procesales respectivas, la *a quo* concedió la prestación pensional a partir del 24 de junio de 2013, época a partir de la cual el demandante dejó de prestar sus servicios laborales a la empresa *Ascher Consultores Asociados S.A.*, y en consecuencia ordenó a que se pagara la pensión de invalidez en cuantía de un salario mínimo por trece mesadas y un retroactivo pensional igual a *“$40’744.675”* – fl. 295 c. 1 -. Además, condenó a la AFP al pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y declaró parcialmente próspera la excepción de compensación, por lo que autorizó a la AFP a descontar del retroactivo pensional el equivalente a “*$43’318.853”* – *ibídem* -, por concepto de la devolución de saldos que había sido reconocida al demandante.

Como fundamento de las anteriores determinaciones la juzgadora de instancia argumentó que después de desechar las pretensiones principales, ante su improcedencia, pues el demandante no cumplió con el requisito de la temporalidad para acceder al principio de la condición más beneficiosa, sí concedió las pretensiones subsidiarias por cuanto el demandante padece de una enfermedad degenerativa (insuficiencia renal crónica), circunstancia que determina que la estructuración de la invalidez se extendiera hasta la fecha en que realmente dejó de laborar y por ende, de cotizar al sistema pensional.

En ese sentido, pese a que el dictamen de la pérdida de la capacidad laboral determinó como fecha de estructuración el 18 de octubre de 2011, el demandante laboró para su empleador desde el 1º de junio de 2011 como auxiliar de servicios varios hasta el 24 de junio de 2013, día en que presentó su carta de renuncia. Concretamente señaló la *a quo* que el demandante estuvo incapacitado desde el 18 de octubre de 2011 hasta el 25 de marzo de 2013, y que a partir de allí laboró hasta el día en que presentó la renuncia, acto a partir del cual se evidenció la pérdida definitiva de su capacidad laboral, máxime que su empleador realizó las cotizaciones al sistema de seguridad social hasta abril de 2013.

Así, señaló que el demandante contaba con las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de su invalidez, pues cotizó 98 semanas; requisito que superado implicaba el reconocimiento de la pensión deprecada.

***III. RECURSO DE APELACIÓN***

La apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia aludida, para lo cual reprochó la fecha de estructuración establecida por la *a quo,* porque el dictamen de pérdida de la capacidad laboral fue proferido con base en la historia clínica del demandante, en la que se evidencia que estuvo incapacitado de manera continua desde el 18 de octubre de 2011, es decir, a partir de dicha fecha en efecto José Omar Morales Brito estuvo incapacitado para continuar trabajando, sin que exista prueba de que el demandante haya prestado el servicio entre la última incapacidad generada, esto es, el 25 de marzo de 2013 y la presentación de la renuncia que ocurrió el 24 de junio del mismo año, si se tiene en cuenta que su empleador apenas realizó las cotizaciones hasta abril de 2013.

Además, reprochó que en tanto el demandante estuvo incapacitado desde el 18 de octubre de 2011 hasta marzo de 2013, las cotizaciones realizadas en dicho interregno no ocurrieron como consecuencia de su capacidad residual para laborar, sino que fueron en efecto por la incapacidad para hacerlo, sin que su empleador pudiera dejar de realizar las mencionadas cotizaciones porque su trabajador se encontraba en el trámite de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral.

Por otro lado, reprochó la condena en intereses de mora, por cuanto el reconocimiento de la prestación de invalidez por parte de Protección S.A. se encontraba sujeto al dictamen emitido por la compañía aseguradora contratada para el efecto, única entidad autorizada para determinar en primera oportunidad el grado o porcentaje de pérdida laboral, por lo que no dependía de la voluntad de la demandada.

Para finalizar, reprochó que pese a que la juzgadora accedió a la excepción de compensación del retroactivo pensional, lo cierto es que el mismo no se solicitó de manera indexada, sino que a partir de los rendimientos financieros que el retroactivo hubiere producido, pero dichos rendimientos hacen parte del capital para financiar las prestaciones en el régimen de ahorro individual.

***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?*

 *¿Era próspera la condena a intereses moratorios?*

*¿Había lugar al retroactivo pensional?*

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, escasa edad del afiliado, aparición del primer síntoma de la enfermedad o cuando fue diagnosticada 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:

“E*xisten 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.

En el mismo sentido, la aludida Corte Constitucional en la sentencia SU – 588 de 2016, citada nuevamente en la T-563 de 2017 – aludida por la censora en la apelación – señaló que es posible considerar las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez hasta que se acredite la pérdida definitiva de la capacidad laboral residual del afiliado, para lo cual se deberá seguirse la siguiente regla de unificación:

“*44.2. Ahora bien, una vez la competencia es asumida por Colpensiones o las administradoras de fondos de pensiones, (independientemente del régimen pensional), es decir, cuando la persona solicita el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a estas entidades les corresponderá verificar: (i) que la solicitud pensional fue presentada por una persona que padece una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, (ii) que con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada por la autoridad médico laboral, la persona cuenta con un número importante de semanas cotizadas; y, (iii) que los aportes fueron realizados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, es decir que, en efecto, la persona desempeñó una labor u oficio y que la densidad de semanas aportadas permite establecer que el fin de la persona no es defraudar al Sistema.*

*De acreditarse todo lo anterior, Colpensiones o la Administradora de Fondos de Pensiones deberá elegir el momento desde el cual aplicará el supuesto establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, tal y como fue modificado por la Ley 860 de 2003. Dicha [sic] instante podrá corresponder a la fecha en la que (i) se realizó la última cotización; (ii) la de la solicitud pensional; o (iii) la de la calificación, decisión que se fundamentará en criterios razonables, previo análisis de la situación particular y en garantía de los derechos del reclamante. Es decir que, a partir de dicho momento, realizará el conteo hacia atrás de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores, para determinar si la persona tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez”.*

Puestas de ese modo las cosas, son éstas las reglas que se deberán constatar para conceder este tipo de prestaciones.

En el presente caso, se tiene que José Omar Morales Brito fue calificado con una merma en la capacidad laboral del 68.71%, de origen común y estructurada el 18 de octubre de 2011 – fls. 34 y 193 c. 1 -, fecha para la cual se diagnosticaron como deficiencias “*insuficiencia renal crónica hemodiálisis, diabetes millitus, ojo ciego derecho, hipotirodismo”* – fl. 192 y 196 c. 1 -

Si se atendiera esa fecha de estructuración de la invalidez, el demandante José Omar Morales Brito no tendría derecho a la pensión de invalidez, dado que pese a que en toda su vida laboral cuenta con 306,4 semanas, según el reporte de la historia laboral expedida por Protección S.A. –fls. 250 a 254 c. 2 -, lo cierto es que dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, 18 de octubre de 2011, apenas cuenta con 17,14 semanas – fl. 254 c. 2 -, ciclos menores a las 50 semanas requeridas por la legislación para acceder al beneficio prestacional.

No obstante lo anterior, a partir de la aludida estructuración (18 de octubre de 2011), el demandante cuenta con cotizaciones hasta abril de 2013 – fl. 254 c. 2 -; por ello, resulta inapropiado 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 trabajando. Y en este caso, tal calenda es determinable, pues existen documentos que la acreditan fehacientemente.

Tales documentos son la historia laboral del demandante, expedida por la demandada, y en la que se acredita como anteriormente se anunció, que había continuado cotizando hasta abril de 2013, es decir que a partir de la estructuración aludida, por lo menos cotizó 77,14 semanas – fl. 254 c. 2 –; además, obra constancia del empleador *Aschner Consultores Asociados S.A.S.* en el que certificó que el demandante José Omar Morales Brito laboró para dicha empresa desde el “*1 de junio de 2011 desempeñando el cargo de auxiliar de servicios varios, sin embargo sus funciones que se vieron interrumpidas por constantes problemas de salud, los cuales generaron incapacidades continuas a partir del 18 de octubre de 2011 renovándose periódicamente hasta el 25 de marzo de 2013. Posteriormente el señor Morales presentó su carta de renuncia el 24 de junio de 2013”* – fl. 286 c. 2 -.

En efecto, obra certificado de incapacidad emitido por SOS E.P.S. en el que indicó como fecha de terminación de la incapacidad el 25 de marzo de 2013 – fl. 288 c. 2 – y la renuncia elevada por el demandante de 24 de junio de 2013 en la que indicó “*informó sobre mi renuncia irrevocable de dicha empresa, ya que por mi discapacidad visual no puedo cumplir con cabalidad mi labor encomendada”* – fl. 289 c. 2 -.

La anterior documental evidencia que el demandante continuaba con una capacidad residual laboral hasta el último día en que presentó la carta de renuncia, razón por la cual, se debe entender, al tenor de la jurisprudencia constitucional glosada, que allí en realidad se estructuró la invalidez del demandante, tal como lo concluyó la *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 98,57 semanas, esto es, entre junio de 2011 y abril de 2013 y en toda su vida laboral alcanzó 306,4 semanas – fl. 254 c. 2 –.

Con lo anterior, se acreditan los requisitos legales y jurisprudenciales, en tanto el actor alcanzó *i)* las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la pérdida de la capacidad laboral residual; *ii)* padece de una enfermedad crónica como es la insuficiencia renal; *iii)* cuenta con un número importante de semanas, pues en los 3 años anteriores alcanzó por lo menos 98,57 y en toda la vida 306,4 ciclos y *iv)* dichos aportes fueron realizados con ocasión a su desempeño laboral, por lo que se advierte que su propósito de ninguna manera fue defraudar al sistema.

De cara al primer punto de la apelación, que se circunscribe a las incapacidades médicas otorgadas al actor, rememórese que ellas ocurrieron en razón a la actividad laboral desempeñada, y fueron producto precisamente de la latencia de su recuperación para continuar con su trabajo, tanto fue así que la última incapacidad otorgada finalizó en marzo de 2013, pero el demandante continuó laborando hasta junio del mismo año, época en que presentó su carta de renuncia, tal como se evidenció con la documental atrás señalada; por lo tanto, fue allí donde en efecto se extinguió la capacidad laboral residual con la que contaba el actor para prodigarse un ingreso mensual, todo ello, a pesar de que el 22 de marzo de 2012 su E.P.S. había proferido concepto no favorable de rehabilitación – fl. 123 c. 1 -.

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

En cuanto al punto de los intereses moratorios, adviértase que su condena no fue producto de la tardanza en el reconocimiento de la pensión, o de su negativa debido al resultado del dictamen proferido por la aseguradora contratada por Protección S.A, es decir, no fueron impuestos en virtud del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; sino que por el contrario, apenas se condenó a la AFP a su pago a partir de la ejecutoria de la sentencia – fl. 295 vto. c. 2 -, y con ello, contrarrestar la demora en el cumplimiento de la orden judicial dada en primera instancia.

Por último, frente al reproche de los rendimientos financieros, rememórese que la pensión de invalidez otorgada al demandante, de ninguna manera se sufraga a partir del capital que el demandante hubiese tenido en su cuenta de ahorro individual, sino que depende en gran medida de los seguros contratados por la demandada para precaver el acaecimiento del riesgo amparado. Puestas de ese modo las cosas, caen al vacío los argumentos de la apelante, tendientes a su exoneración.

Las costas en esta instancia, a cargo de Protección S.A. por prosperar el recurso de apelación y a favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, el ***H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala 4ª Laboral,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. ***Confirmar*** la sentencia de 5 de marzo de 2018 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.
2. Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A. y a favor del demandante.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

 Magistrada Magistrada