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 respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 13 de junio de 2019

Radicación No: 66001–31-05–004–2017-00456-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: José Orlando Escobar Ramírez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira – Risaralda

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares

**TEMAS: PENSIÓN DE INVALIDEZ / LEY 860 DE 2003 / REQUISITOS / FIDELIDAD AL SISTEMA / INEXEQUIBILIDAD / FECHA DE CAUSACIÓN DEL DERECHO**

.

… con arreglo en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, son dos los presupuestos que una persona debe cumplir para acceder a la pensión de invalidez, a saber: i) que tenga un porcentaje de invalidez superior al 50 % y ii) tener 50 semanas sufragadas al sistema pensional, dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado invalidante.

Así las cosas, se tendrá en cuenta el dictamen del 27 de junio de 2018, efectuada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda… en el que se determinó que el señor José Orlando Escobar Ramírez, tiene una pérdida de capacidad laboral del 72,29%, con fecha de estructuración del 7 de octubre de 2006, de origen común…

Ahora bien, frente al requisito de las 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez, se tiene que en este caso concreto es procedente como lo hizo el a-quo, dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad a efectos de inaplicar el requisito de fidelidad de cotizaciones al sistema, y poder determinar si el actor reunió 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez, esto es, entre el 7 de octubre de 2003 y el 7 de octubre de 2006. (…)

… revisada el reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado al año 2017, expedida por Colpensiones y que no fue objeto de reparo en el curso del proceso, obrante a folios 68 a 71, en orden a determinar el cumplimiento del último requisito, se tiene que entre el 7 de octubre de 2003 y ese mismo día y mes del año 2006, el actor cotizó 143.14 semanas, cantidad que supera con creces la densidad exigida en el canon mencionado…

En cuanto a la fecha a partir de la cual debía empezar a percibir la prestación económica, resulta necesario advertir, que conforme el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se estructuró la invalidez, esto es, 7 de octubre de 2006…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

****

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

En Pereira, hoy trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019), siendo las nueve y cuarenta y cinco minutos de la mañana (9:45 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia la magistrada y los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal de Pereira, presidido por el ponente, declaran formalmente abierto, que tiene por objeto tramitar el recurso de apelación interpuesto por la entidad accionada y el grado jurisdiccional de consulta ordenada frente a la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2018, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por José Orlando Escobar Ramírez contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

 **IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

**I- INTRODUCCIÓN**

 El demandante José Orlando Escobar Ramírez, pretende que se declare que Colpensiones es responsable del pago de la pensión de invalidez, en su favor, y en consecuencia, que se ordene a la entidad accionada, el pago de la misma a partir del 6 de octubre de 2004, fecha de estructuración de la invalidez. Que se ordene a la entidad demandada a reactivar el pago de la pensión de invalidez desde el 1 de marzo de 2017, y se condene a cancelar el retroactivo pensional desde el 1 de marzo de 2017 y hasta 30 de septiembre de 2017, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad, solicita el pago de los intereses moratorios liquidados hasta el 30 de septiembre de 2017, y los que se causen con posterioridad y el pago de las costas procesales.

 Las aludidas pretensiones descansan en que el actor fue evaluado por Medicina Laboral del ISS el 8 de noviembre de 2005, con pérdida de capacidad laboral del 56.01%, por enfermedad de origen común y fecha de estructuración el 6 de octubre de 2004. Que solicitó la pensión de invalidez ante el ISS y mediante Resolución 2573 de 2006, negó la prestación con el argumento de haber acreditado 99 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, pero no acreditó la fidelidad al sistema. El 16 de agosto de 2007, presentó acción de tutela contra el ISS, buscando se le aplicara la Ley 100 de 1993 y no la Ley 860 de 2003, por exigir más requisitos. El Juzgado Tercero de Familia de Pereira, tutelo el derecho al mínimo vital y la dignidad humana de actor en providencia del 30 de agosto de 2007, ordenando el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 6 de octubre de 2004, con fundamento en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Colpensiones mediante la Resolución 9941 de 2007, acata el fallo de tutela. El 3 de marzo de 2017, Colpensiones, le notificó al demandante la Resolución GNR 58082 cuyo contenido fue la revocatoria de la Resolución ISS 9941 de 2007, argumentando que el Tribunal Superior de Pereira, Sala Civil – Familia había revocado el fallo proferido por el Juzgado Tercero de Familia, y pagó la mesada pensional hasta febrero de 2017. El actor presento los recursos de ley porque registra más de 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y porque no le fue notificado el fallo del Tribunal. La entidad mediante la Resolución DIR 7201 del 2 de junio de 2017, confirmó la decisión. Que el señor Escobar Ramírez también fue suspendido de los servicios de salud ocasionándole gran perjuicio por sus quebrantos de salud que padece.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** dio contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, argumentando en su defensa, que las cotizaciones efectuadas por el demandante suman 239 semanas y tan solo tenía 99 semanas cotizadas en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, y acredita 365 semanas entre el 7 de octubre de 1969, fecha en la que cumplió 20 años de edad y el 9 de noviembre de 2005, fecha en la que efectúo la primera calificación de estado de invalidez; propuso como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada y prescripción.

**SENTENCIA DEL JUZGADO**

El a-quodeclaró que el actor tiene derecho a la pensión de invalidez a partir del 7 de octubre de 2006, en cuantía de un salario mínimo y 14 mesadas. Ordenó a Colpensiones reactivar el pago de la prestación económica a favor del señor Escobar Ramírez, desde el 1 de marzo de 2017, y condenó a la entidad demandada a reconocer y pagar en favor del demandante, el retroactivo pensional causado entre el 1 de marzo de 2017 y el 31 de agosto de 2018, por valor de $15.883.782, al pago de los intereses moratorios a partir del 10 de julio de 2017, y hasta que se verifique el pago de la obligación, y las costas del proceso.

 Como sustento de su decisión, adujo que el juzgado ordenó un nuevo dictamen de calificación al actor, que fue realizado el 27 de junio de 2018, por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, visible a folios 164 a 167 del expediente, que fue puesto en conocimiento de las partes, que arrojó una pérdida de capacidad laboral del señor José Orlando Escobar Ramírez del 72.29%, con fecha de estructuración el 7 de octubre de 2006, reuniendo los requisitos del artículo 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 860 de 2003, en tanto que supero el 50% de la PCL, y frente al requisito de acreditar 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores al estado de invalidez, indicó que el demandante reunió 50 semanas entre el 7 de octubre de 2003 y el 7 de octubre de 2006, como se verifica en la historia laboral obrante en el expediente, en la que se advierte que reporta 143.14 semanas, dentro del periodo señalado, que resultan suficientes para que tenga derecho a la pensión que reclama

Se refirió a la sentencia de tutela del 30 de agosto de 2007, dictada por el Juzgado Tercero de Familia de Pereira, que ordenó reconocer la pensión de invalidez a partir del 6 de octubre de 2004, y que la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Pereira, revocó en providencia del 9 de octubre de 2007, al concluir que no se cumplió con el requisito de la inmediatez y determinó que era la justicia ordinaria laboral la que debía resolver el asunto. Que el ISS hoy Colpensiones continúo cancelando la mesada pensional hasta el 28 de febrero de 2017, y mediante la Resolución GNR 58082 del 23 de febrero de 2017, decidió dar cumplimiento al fallo del 9 de octubre de 2007, revocando el acto administrativo que reconoció la prestación económica y ordenó el reintegro de las sumas canceladas. Concluyo que el actor cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, por lo que no es posible cumplir la orden impartida por la accionada en la Resolución GNR 58082 de 2017, aclarando que si bien la fecha de reconocimiento pensional ha variado del 6 de octubre de 2004 al 7 de octubre de 2006, se tiene que las mesadas percibidas por el actor entre el 6 de octubre de 2004 y el 6 de octubre de 2006, se hicieron bajo el amparo de una decisión de tutela de primera instancia que fue acatada por el ISS, es decir, que las percibió de buena fe, por lo que no es dable su reintegro, pues, debe probar que el beneficiario obró de mala fe al solicitar la prestación.

 **RECURSO DE APELACIÓN**

Contra la anterior decisión, se alzó el apoderado judicial de la entidad demandada, manifestando que la misma actuó conforme a derecho y atendiendo la orden de la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior de Pereira, y en tal sentido no podría dársele una aplicación distinta en esa época, a un precedente que apenas sale a la vida jurídica en el año 2009, que la aplicación de dicho precedente jurisprudencial no puede darse de forma retroactiva. Alega que el retroactivo pensional reconocido no es procedente toda vez que la sentencia de tutela dispuso que el asunto debía ser sometido a la justicia ordinaria laboral y el interesado solo lo hizo en el año 2017, como tampoco proceden los intereses moratorios porque la entidad accionada obro de buena fe en cumplimiento del fallo de tutela. Solicita que se revoque la decisión y se condene en costas a la parte actora.

 **II CONSIDERACIONES**

 **1. Del problema jurídico:**

¿Le asiste derecho al señor José Orlando Escobar Ramírez a que la entidad demandada le reconozca y pague la pensión de invalidez que reclama?

**2. 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 el recurso, 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, empezando por la parte demandante.

 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:

**3. Desarrollo de la problemática planteada.**

 Entra la Sala verificar si el señor José Orlando Escobar Ramírez, satisface los presupuestos exigidos para hacerse merecedor de la pensión de invalidez que reclama.

Así las cosas, con arreglo en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, son dos los presupuestos que una persona debe cumplir para acceder a la pensión de invalidez, a saber: **i)** que tenga un porcentaje de invalidez superior al 50 % y **ii)** tener 50 semanas sufragadas al sistema pensional, dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado invalidante.

 Así las cosas, se tendrá en cuenta el dictamen del 27 de junio de 2018, efectuada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, que se ordenó realizar en el trámite de la primera instancia, puesto, además, en conocimiento de las partes, visible a folios 164 a 167, en el que se determinó que el señor José Orlando Escobar Ramírez, tiene una pérdida de capacidad laboral del 72,29%, con fecha de estructuración del 7 de octubre de 2006, de origen común, es decir, que cumple con la primera exigencia de la normativa referida líneas atrás, sin reparo de los contendientes.

Ahora bien, frente al requisito de las 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez, se tiene que en este caso concreto es procedente como lo hizo el a-quo, dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad a efectos de inaplicar el requisito de fidelidad de cotizaciones al sistema, y poder determinar si el actor reunió 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez, esto es, entre el 7 de octubre de 2003 y el 7 de octubre de 2006.

Lo precedente por cuanto es pacífico en nuestra jurisprudencia, que pese a que dicha sentencia C-428 de 2009, mediante la cual se declaró inexequible la fidelidad exigida dentro de los 20 años anteriores al deceso, se dictó posteriormente, a una generalidad de casos en que ya se habida dado el óbito, sin que la sentencia hubiese señalado una regla distinta a que sus efectos se producirían hacia el futuro, luego, no estuvo mal la aplicación de la excepción inconstitucional en esas condiciones, puesto que tal facultad no estaba limitada al juez, dado que al final la Corte Constitucional, retiró ese apartado de la norma del mundo jurídico, pues en caso contrario –declararla constitucional- no habilitaba al juez en ejercicio de ese mandato Constitucional.

 Así las cosas, revisada el reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado al año 2017, expedida por Colpensiones y que no fue objeto de reparo en el curso del proceso, obrante a folios 68 a 71, en orden a determinar el cumplimiento del último requisito, se tiene que entre el 7 de octubre de 2003 y ese mismo día y mes del año 2006, el actor cotizó **143.14** semanas, cantidad que supera con creces la densidad exigida en el canon mencionado, y que resulta ser igual al obtenido por el juez de primer grado.

Se concluye, por tanto, que el señor José Orlando Escobar Ramírez, le asiste el derecho a la pensión de invalidez, puesto que logró acreditar el cumplimiento de las exigencias previstas para tal efecto.

En cuanto a la fecha a partir de la cual debía empezar a percibir la prestación económica, resulta necesario advertir, que conforme el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se estructuró la invalidez, esto es, 7 de octubre de 2006, como aparece en el dictamen de calificación del 27 de junio de 2018, obrante en el expediente.

Así las cosas, se tiene que las mesadas pensionales percibidas por el actor poseen sustento en la propia Ley, la cual señala que su arranque parte, en términos generales, desde la fecha de estructuración, que como se sabe en este evento lo fue el 7 de octubre de 2006, indiferente de los resultados que arrojaron la primera y segunda instancia, en el trámite tutelar, previo a la iniciación de esta contienda ordinaria laboral, dado que sabido, es que la Corporación Constitucional de segundo grado, al revocar la sentencia de primera, señaló que sería la justicia ordinaria la encargada de decidir sobre la procedencia o no de la gracia pensional.

En estas condiciones, pierde su sustento la devolución o reintegro de tales sumas, durante el lapso indicado, pese a que apenas en 2017, Colpensiones, se vino a percatar que el fallo de Tutela de segunda instancia, había revocado la de primer grado, favorable al accionante.

 En cambio, las mesadas pensionales corridas, entre el 6 de octubre de 2004 al mismo mes y año de 2006, perdieron sustento con el dictamen pericial practicado en este proceso, sin que pueda oponerse a la orden de que se reintegren tales valores debidamente indexados a Colpensiones, o que se descuenten del retroactivo, la presunta buena fe de la persona que la recibió a sabiendas de que en el trámite tutelar, previo a este proceso se había revocado la decisión inicial de pagarla a partir de la primera calenda, con base en el dictamen, practicado por el Departamento de Medicina Legal del ISS, el cual había determinado una pérdida de la capacidad laboral del 56.01% , con fecha de estructuración: 6 de octubre de 2004 (fls. 16, y 21 a 32).

No se adoptará en el sub-lite, la postura del Consejo de Estado, entre otras, vertida en la sentencia del 8 de febrero de 2018, en tanto, que no puede pregonarse tal buena fe, al ciudadano que dejó de transcurrir más de diez (10) años, para intentar la acción ordinaria, cual se lo ordenara la sentencia de tutela de segundo grado, y mantuviera en silencio, en cambio, que la de primer grado se había revocado, sin que tal silencio se purgue, igualmente, con el de la entidad de seguridad social, a cuyas instancias se había revocado tal amparo constitucional.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la última mesada pensional cancelada al señor Escobar Ramírez, fue la correspondiente a febrero de 2017, es claro que habrá de reajustarse el monto del retroactivo pensional reconocido en sede de primer grado, el cual quedará en la suma de $23.930.572, desde el 1 de marzo de 2017 y el 31 de mayo de 2019, conforme el cuadro que se pone de presente a los asistentes y que hará parte integrante del acta final que se levante con ocasión de esta audiencia, sin perjuicio de las que en adelante se causen.

Igualmente, los intereses moratorios, se generarán a partir de la ejecutoria de este proveído, si a ello hubiere lugar, toda vez que la entidad de seguridad social, obró legítimamente, al suspender, aunque tarde, el pago de la gracia pensional con base en una sentencia de tutela de primer grado, misma que había sido revocada por su superior constitucional. Adicional, el reconocimiento del derecho se construyó gracias a una interpretación constitucional favorable, dada la inexequibilidad de uno de los requisitos de la pensión, declarada por el órgano judicial competente, con posterioridad, al estado invalidante del actor.

Finalmente, en lo tocante con la excepción de prescripción, alegada en la contestación de la demanda, por Colpensiones, no posee vocación de ventura, en la medida en que esta entidad pago las mesadas pensionales desde octubre de 2004 hasta febrero de 2017, luego no existe deuda insoluta sobre la cual pueda recaer dicho fenómeno prescriptivo, por el contrario, lo que se ofreció fue un reconocimiento de la obligación, al margen de que Colpensiones, no se hubiera percatado en ese lapso, que el Colegiado Constitucional de segunda instancia, había revocado la sentencia de primer grado, mismo que había dispuesto el pago de la pensión, siendo que el propio Colpensiones había impugnado el fallo, aunado a que esta demanda ordinaria se había incoado en el citado 2017.

 Por lo tanto, no se declarará probado este medio exceptivo. En tal sentido, adicionará la sentencia por vía de apelación y grado jurisdiccional de Consulta en pro de la Administradora de Pensiones.

 Igualmente, se modificará para actualizar el monto del retroactivo corrido desde el 1 de marzo de 2017 a la emisión de este proveído.

Sin Costas en este grado.

 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. Modifica el ordinal 3º de la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2018, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, en el sentido de condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a cancelar a favor del señor José Orlando Escobar Ramírez, la suma de $23.930.572, por concepto de retroactivo pensional de las mesadas causadas entre el 1 de marzo de 2017 y el 31 de mayo de 2019, sin perjuicio de las demás que se sigan causando.
2. Adicionar la sentencia de primer grado en el sentido de declarar no probada la excepción de prescripción.
3. Ordenar a José Orlando Escobar Ramírez, la devolución de los dineros por concepto de mesadas percibidas entre el 6 de octubre de 2004 al mismo mes y año de 2006, debidamente indexadas, y en su defecto, se autoriza a la Administradora de Pensiones, Colpensiones, a descontar a Escobar Ramírez, tal concepto, del retroactivo ordenado en el numeral primero.
4. Condenar al reconocimiento de intereses de mora, a partir de la ejecutoria de esta sentencia, si hubiere lugar a ello.
5. Confirma en todo lo demás
6. Sin costas en esta instancia

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

Magistrada Magistrada

**ANEXO No. 1**

**LIQUIDACIÓN RETROACTIVO PENSIONAL**

**DEL 1 DE MARZO DE 2017 AL 31 DE MAYO DE 2019**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Año** | **Causadas** | **Mesada**  |  **Retroactivo a cancelar**  |
| 2017 | 12 mesadas | $737.717 | $8.852.604 |
| 2018 | 14 | $781.242 | $10.937.388 |
| 2019 | 5 | $828.116 | $4.140.580 |
|  |  | **Valores a cancelar ===>** | **$23.930.572** |

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado