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 del 27 de julio de 2020

Radicación No.: 6600131050220180022501

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia

Demandante: Héctor Augusto Rodríguez Lozano

Demandados: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**TEMAS: PENSIÓN DE INVALIDEZ / RETROACTIVO / INCOMPATIBILIDAD CON EL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD / LIQUIDACIÓN DE AMBAS PRESTACIONES / DIFERENCIAS.**

… aun cuando el afiliado tiene derecho al pago de la pensión de invalidez en forma retroactiva, desde la fecha en que se produce el estado de invalidez (art. 40 de la Ley 100/93), en el art. 3º del Dto. 917 de 1999 y en el 10 del Acuerdo 049/1990, al regular la noción de la fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral, se precisa que "(...) en todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez", razón por la cual es claro que el subsidio por incapacidad es incompatible con la mesada pensional…

De acuerdo al artículo 227 de la Ley 141 de 1961, que modifica el artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo, el auxilio por incapacidad se cancela en cuantía de las 2/3 partes del salario hasta el día 90 y en la mitad de este por el tiempo restante. Cabe aclarar que a través de la sentencia C-543 de 2007, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de dicha norma, en el entendido de que el auxilio monetario por enfermedad no profesional en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente. Cabe agregar que para efectos de calcular el subsidio por incapacidad del día 91 al 540, se emplea la fórmula: S=IBC/2…

… 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, según lo previsto en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993. En el mismo artículo, se establece que el monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a: “a) el 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%...”

… el actor no tiene derecho al retroactivo ordenado en primera instancia, toda vez que percibió el pago de incapacidades laborales con posterioridad a la fecha de estructuración de su estado de invalidez, las cuales fueron canceladas hasta el 12 de enero de 2017 por su EPS y de ahí en adelante, hasta el 26 de agosto del mismo año, por el Fondo de Pensiones demandado…

De otra parte, se advierte igualmente que tampoco hay lugar al pago de diferencia pensional alguna…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente:**Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, julio veintisiete (27) de dos mil veinte (2020)

 Acta No. 101 del 23 de julio de 2020

**SENTENCIA**

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, estableció que en la especialidad laboral  se proferirán por escrito las providencias de Segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN, como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **HÉCTOR AUGUSTO LOZANO**en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**

**PUNTO A TRATAR**

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 29 de agosto de 2019. Así mismo se analizará el asunto en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, a quien se condenó en primera instancia, entidad descentralizada de cuyo patrimonio es garante la Nación. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. **LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

El señor **HÉCTOR AUGUSTO RODRÍGUEZ LOZANO** nació el 10 de mayo 1958 y cotizó durante toda su vida laboral al antiguo Instituto de los Seguros Sociales hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** –**COLPENSIONES-**.

Indica en la demanda que por padecer un proceso artrósico de rodillas especialmente en la izquierda, se sometió al reemplazo total de rodilla, presentando dolor crónico y restricción para arcos de flexo-extensión de rodilla, hipertensión arterial controlada con varios medicamentos, trastorno depresivo y deficiencia visual. La **NUEVA EPS S.A.** expidió incapacidades continuas desde el 16 de septiembre de 2013 y su AFP le reconoció subsidio por incapacidad temporal, así:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **No. Resolución** | **Desde** | **Hasta** | **V. Mensual** |
| 10652 de 2017 | 13/ene/2017 | 12/abr/2017 | $737.717 |
| 10801 de 2017 | 13/abr/2017 | 26/ago/2017 | $737.717 |

 Agrega que mediante dictamen emitido el 09 de agosto 2017, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda lo calificó con una pérdida de capacidad laboral del 61,78%, estructurada el 25 de noviembre de 2016 y que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES le reconoció pensión de invalidez a partir del 27 de agosto 2017, (fecha hasta la cual le reconocieron auxilio de incapacidad) en cuantía de $3.544.493.

 Con sustento en lo anterior, reclama el pago de la diferencia resultante entre el salario mínimo que le fue cancelado por concepto de subsidio por incapacidad temporal desde el 25 de noviembre 2016 -fecha de estructuración de la invalidez- y el valor de la mesada pensional otorgada a partir del 27 de agosto 2017, por valor de $3.544.493. Diferencia que asciende a la suma mensual de $2.807.493, lo mismo que al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales.

 En respuesta a la demanda, la entidad demandada, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y alegó en su defensa que el demandante se encontraba gozando del pago de incapacidad por parte de la EPS y de conformidad a lo establecido en el artículo 10 del Decreto 758 de 1990, el goce de la pensión de invalidez comenzará a efectuarse en el momento en que expire el subsidio por incapacidad. Además, tal estipendio fue liquidado al actor por COLPENSIONES entre el 13 de enero de 2017 y el 26 de agosto de 2017, sobre la base de un IBL de un salario mínimo legal mensual vigente, que fue el valor cotizado por el actor durante el mismo periodo, de modo que no hay lugar al retroactivo reclamado. En consecuencia, propuso las excepciones de mérito que denominó*: “inexistencia de la obligación”, “imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y prescripción”*.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

 La *a–quo* declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 13 de enero de 2017 y condenó a la demandada a reconocer la prestación desde aquella fecha y hasta el 26 de agosto de 2017, en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente en cada anualidad y con derecho a una mesada adicional anual, sin perjuicio de los descuentos para salud que deberán ser puesto a disposición de la EPS a la cual se encuentre afiliado el pensionado. En consecuencia, impuso como condena el pago de la suma de **$26.347.397,96**, por concepto de retroactivo pensional, y al pago de los intereses moratorios sobre el importe de la obligación a partir del 13 de junio de 2018 hasta tanto la entidad demandada cancele la totalidad de la obligación. Absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas del 50% a la demandada.

 Para arribar a tal determinación, indicó que en este asunto no hay lugar al pago de diferencia alguna, como se reclama en la demanda, sino al pago del retroactivo pensional, puesto que la última incapacidad cancelada por la EPS al demandante expiró el 12 de enero de 2017 y *“no aparece probado por qué de ahí en adelante se le pagaba el salario mínimo por parte de la AFP”* hasta el 26 de agosto de 2017. Luego de esa corta disertación, concluyó que la pensión de invalidez se debe pagar desde la fecha de estructuración de tal estado o desde la expiración de la última incapacidad, que, en este caso, como atrás se indicó, data del 12 de enero de 2017. De otra parte, condenó al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre lo adeudado, desde el 13 de junio de 2018, esto es, a partir del cuarto mes contado desde la reclamación elevada a COLPENSIONES el 12 de febrero de 2018 (Fl. 33).

1. **RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Contra la anterior decisión interpusieron recurso de apelación las apoderadas de las partes. De un lado, la pretensora insistió en el pago de la diferencia entre el monto de la pensión de invalidez reconocida por la entidad demandada y el valor de lo que se le canceló por concepto de subsidio por incapacidad, al considerar que existe una “desproporción” entre un monto y otro, y a pesar de que las últimas cotizaciones del actor fueron calculadas sobre un IBC de un salario mínimo, lo reconocido por concepto de incapacidad no se compadece con el monto de la pensión, cuya primera mesada asciende a la suma de $3.544.493. Luego hay una gran diferencia que debe pagarse por lo corrido entre el 25 de noviembre de 2016 y el 26 de agosto de 2017.

De otra parte, la apoderada judicial de COLPENSIONES presentó recurso contra la decisión, insistiendo en la inviabilidad de la diferencia, como quiera que el subsidio por incapacidad reconocido por COLPENSIONES equivale al Ingreso Base de Cotización, mientras que la mesada pensional por invalidez se liquida con el promedio del IBC de los últimos 10 años de aportes, lo que explica la diferencia cuantitativa entre un concepto y el otro, en razón de lo cual solicita que en sede de segunda instancia se revoque la decisión apelada y en su defecto de denieguen las pretensiones incoadas.

La jueza de primera instancia declaró “desierto” el recurso impetrado por COLPENSIONES, puesto que la diferencia pensional fue denegada y se accedió bajo las facultades extra y ultra al pago del retroactivo, aspecto que no fue incluido en el recurso, de modo que no fue debidamente sustentado. Ello así, concedió el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada, en los términos del art. 69 del C.P.T. y de la S.S.

1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN/CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Analizados los alegatos presentados por escrito por la parte demandada, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados, concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresa a continuación. Por otra parte, el Ministerio Público no rindió concepto en este asunto.

1. **PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER**

De acuerdo a los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia y a los fundamentos de la apelación, le corresponde a esta Sala verificar lo siguiente:

1. ¿La mesada pensional por invalidez es compatible con el pago del auxilio de incapacidad?
2. ¿COLPENSIONES es responsable de pagar la diferencia que se presentó entre el monto de la incapacidad médica y el monto de la mesada pensional por invalidez?
3. ¿Hay lugar al pago del retroactivo de la pensión de invalidez que se le impuso como condena a la entidad demandada?
4. **CONSIDERACIONES**
	1. **PAGO DE INCAPACIDADES POR ENFERMEDAD COMÚN, DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN E INCOMPATIBILIDAD** **DEL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD Y LA MESADA PENSIONAL POR INVALIDEZ – ANALISIS NORMATIVO.**

Es bien sabido que los afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral tienen derecho al pago de un *"auxilio monetario"* cuando, con ocasión de una enfermedad, sufren una incapacidad laboral, prestación que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la Entidad Promotora de Salud (EPS) a la cual se encuentre vinculada la persona, hasta por 180 días.

Ahora bien, puede ocurrir que las incapacidades se extiendan más allá de 180 días. En estos casos, si el afiliado tiene concepto desfavorable de rehabilitación por la EPS, la entidad administradora de pensiones o de riesgos laborales, según sea el caso, debe iniciar el proceso de calificación del estado de invalidez. En caso contrario, esto es, en el evento en que el concepto de rehabilitación sea favorable, la respectiva administradora podrá postergar el proceso de calificación por 360 días más, siempre y cuando otorgue al trabajador un subsidio equivalente al que venía disfrutando por concepto de incapacidades[[1]](#footnote-1).

En todo caso es necesario aclarar que independientemente de quién deba pagar las incapacidades, estas se deben reconocer por todo el tiempo en que el trabajador esté inhabilitado física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual.

A lo anterior es necesario adicionar que aun cuando el afiliado tiene derecho al pago de la pensión de invalidez en forma retroactiva, desde la fecha en que se produce el estado de invalidez(art. 40 de la Ley 100/93), en el art. 3º del Dto. 917 de 1999 y en el 10 del Acuerdo 049/1990, al regular la noción de la fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral, se precisa que *"(...) en todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez",* razón por la cual es claro que el subsidio por incapacidad es incompatible con la mesada pensional y sólo a partir del momento en que deje de percibirse procede el pago de las mesadas pensionales respectivas. Con estos argumentos se resuelve el primer problema jurídico.

* 1. **LIQUIDACIÓN DEL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD**

 De acuerdo al artículo 227 de la Ley 141 de 1961, que modifica el artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo, el auxilio por incapacidad se cancela en cuantía de las 2/3 partes del salario hasta el día 90 y en la mitad de este por el tiempo restante. Cabe aclarar que a través de la sentencia C-543 de 2007, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de dicha norma, en el entendido de que el auxilio monetario por enfermedad no profesional en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente. Cabe agregar que para efectos de calcular el subsidio por incapacidad del día 91 al 540, se emplea la fórmula: S=IBC/2, donde IBC corresponde al ingreso cotizado en el mes anterior al primer día de incapacidad; en caso de que haya sido variable, se calcula promediando los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante el último año, esto es, en los 12 meses anteriores al primer día de incapacidad.

* 1. **LIQUIDACIÓN DE LA MESADA POR INVALIDEZ**

 Es del caso recordar 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, según lo previsto en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993. En el mismo artículo, se establece que el monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a: “*a) el 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%, b) el 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%* y *la pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación”.*

* 1. **CASO CONCRETO**

De acuerdo con la documental visible a folios 11 y 12 del expediente, que contiene la transcripción de las incapacidades otorgada al señor HÉCTOR AUGUSTO RODRÍGUEZ LOZANO, expedido por la NUEVA EPS, se puede establecer que al actor le cancelaron incapacidades continuas del 2 de julio al 17 de noviembre de 2015 (167 días) y del 18 de mayo de 2016 al 12 de abril de 2017 (354 días). Cabe destacar que en este último periodo, el afiliado cotizó como independiente y sus aportes se calcularon sobre la base de un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente para cada anualidad.

Hay que agregar igualmente, que según las resoluciones 10652 de 2017 y 10801 de 2017 (ambas expedidas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES) se puede establecer que la administradora de pensiones demandada le pagó al actor subsidio por incapacidad, en cuantía de un salario mínimo, del **13 de enero** **al 12 de abril de 2017** y del **13 de abril de 2017** al **26 de agosto del mismo año**.

Finalmente, con el dictamen del 8 de septiembre de 2017, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda (Fl. 21 y s.s.), se puede constatar que la estructuración del estado de invalidez del actor data del 25 de noviembre de 2016.

Con apoyo en los datos que ofrecen las anteriores evidencias, se puede concluir que el actor no tiene derecho al retroactivo ordenado en primera instancia, toda vez que percibió el pago de incapacidades laborales con posterioridad a la fecha de estructuración de su estado de invalidez, las cuales fueron canceladas hasta el 12 de enero de 2017 por su EPS y de ahí en adelante, hasta el 26 de agosto del mismo año, por el Fondo de Pensiones demandado, como se acaba de observar.

De otra parte, se advierte igualmente que tampoco hay lugar al pago de diferencia pensional alguna, por las siguientes razones: primero, porque la liquidación de la mesada pensional por invalidez difiere de la liquidación del subsidio por incapacidad -*como se vio líneas atrás-*  de modo que no puede equipararse su monto, salvo que para los dos casos el IBC sea igual al salario mínimo mensual vigente. Segundo, porque la liquidación de las incapacidades se efectuó sobre la base un de un salario mínimo, puesto que esa fue la base sobre la que cotizó el actor en el mes anterior al primer día del último ciclo de cotizaciones que inició el 18 de mayo de 2016, en cambio el IBC para la liquidación de la mesada pensional por invalidez se calculó sobre los últimos 10 años, dentro de los cuales se destaca el año 2015, en donde el actor hizo aporte muy altos.

Corolario de lo anterior, se denegará el recurso de apelación impetrado por la parte actora y se revocará la decisión de primera instancia, por lo argumentos expuestos en sede jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada. En su defecto se absolverá a dicha entidad de todas las pretensiones incoadas en su contra y se le impondrá el pago de las costas procesales de primera instancia al actor, las cuales deberán liquidarse por el juzgado de origen.

En esta sede se impondrá costas a la parte demandante por no salir avante el recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda), Sala Laboral No. 1, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia objeto de apelación y consulta por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar, **ABSOLVER** de todas las pretensiones de la demanda a COLPENSIONES.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas procesales de primera y segunda instancia a la parte actora. Liquídense por la secretaría de origen.

**TERCERO: RECONOCER PERSONERÍA** para actuar en este asunto a la Dra **Leidy Tatiana Correa Cardona,** identificada con laCédula de ciudadanía No. 1.088.292.104 de Pereira y Tarjeta profesional No. 288.369 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada sustituta de Colpensiones, conforme al poder de sustitución que se allegó con los alegatos de conclusión.

De conformidad al artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, la presente sentencia se notificará por ESTADOS.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado

1. Art. 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 y Art. 23 del Decreto 2463 de 2001. [↑](#footnote-ref-1)