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

**Radicación No**:66001–31-05–002-2013-00051-01

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: JJCS

**Demandado**:Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y Porvenir SA

**Juzgado de origen**: Segundo Laboral del Circuito de Pereira – Risaralda

**Magistrado Ponente:** Francisco Javier Tamayo Tabares

**Tema a tratar**: **De la pérdida de capacidad laboral de pacientes con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas**: El órgano de cierre constitucional ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y pacífica respecto de los casos en los que la causa de la invalidez se deriva de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, y la estructuración de la pérdida de capacidad laboral es determinada en una fecha anterior al dictamen. En síntesis, estableció esa Alta Magistratura que en aquellos casos en los que deba determinarse la fecha de estructuración de la invalidez de una persona que sufra una enfermedad crónica degenerativa o congénita, que no le impida ejercer actividades laborales durante ciertos períodos de tiempo, la entidad calificadora de la PCL debe tener en cuenta que dicha fecha corresponde a aquella en que el afiliado pierde su capacidad para desarrollar cualquier actividad económica productiva dada la disminución de sus facultades físicas, psíquicas y sensoriales.

**LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, MEDIANTE SENTENCIA SL063-2021, RADICACIÓN Nº 75196, DE FECHA 19 DE ENERO DE 2021, QUE PUEDE SER CONSULTADA EN LA PÁGINA WEB DE DICHA CORPORACIÓN O EN LA DEL TRIBUNAL, CASÓ EN FORMA PARCIAL EL PRESENTE FALLO Y “EN SEDE DE INSTANCIA” MODIFICÓ PARCIALMENTE LA SENTENCIA PROFERIDA EL 16 DE FEBRERO DE 2015 POR EL JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD, MEDIANTE EL CUAL ACCEDIÓ A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrado Ponente: **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

En Pereira, hoy veintiocho (28) de abril de dos mil dieciséis (2016), siendo las once y quince minutos de la mañana (11:15 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 resolver el recurso de apelación interpuesto por la codemandada Porvenir S.A en contra de la sentencia proferida el 16 de febrero de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por ***JJCS*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA.***

***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 es invalido desde el 1º de diciembre de 2011 o la que se compruebe en el proceso, y en consecuencia, se condene a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a reconocer y pagar la pensión de invalidez, junto con los reajustes anuales a futuro y las costas procesales.

Las aludidas pretensiones, descansan en que nació el 9 de julio de 1971; que estuvo afiliado al antiguo ISS desde el 25 de abril de 1994 y hasta el 31 de mayo de 2004, sufragando un total de 386.71 semanas de aportes; que el 1º de junio de 2004 se trasladó al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., efectuando aportes hasta el 31 de diciembre de 2004. Refiere que fue diagnosticado portador del virus del VIH desde el mes de octubre de 1994, por lo que ha debido someterse a tratamiento médico y psiquiátrico; que la enfermedad ha evolucionado, provocando deterioros en su salud, en estadio concomitante III con TBC en tratamiento y toxoplasmosis cerebral; que ha cumplido incapacidad por enfermedad general superior a los 180 días.

Indica que el 16 de diciembre de 2010 fue calificado por el Grupo Interdisciplinario de Calificación Seguros de Vida Alfa S.A. con una pérdida de capacidad laboral del 76.95 % de origen común; que posteriormente la Nueva EPS en dictamen del 28 de diciembre de 2010 confirmó dicho porcentaje, determinando como fecha de estructuración de la invalidez el 23 de agosto de 1994, y que el 11 de enero de 2011 presentó solicitud pensional ante Porvenir S.A., la cual fue resuelta desfavorablemente el 5 de julio de esa anualidad.

Al dar respuesta a la demanda, la **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** acepta lo relacionado con la afiliación del actor al régimen de prima media y su posterior traslado al de ahorro individual, la calificación de pérdida de capacidad laboral y su fecha de estructuración, la solicitud pensional de invalidez y su solución desfavorable. Se opone a las pretensiones de la demanda, alegando que el demandante no acredita el cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de invalidez que reclama. En su defensa, formula como excepciones de fondo “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Inexistencia de la obligación y cobro de lo no adeudado”, “Inexistencia de la causa por insuficiente densidad de semanas cotizadas” y “Conflicto Jurídico excluyente, falta de legitimación en la causa por pasiva y hecho exclusivo de un tercero”.

En el trámite del proceso, se ordenó la vinculación de la **Administradora Colombiana de PensionesColpensiones*,*** en calidad de litisconsorte necesario, quien, para el efecto, adujo que el demandante no se encuentra afiliado al régimen de prima media puesto que el 10 de junio de 2004 se trasladó al Fondo Privado Porvenir S.A., por lo que se opuso a los pedimentos de la demanda. Propuso como excepciones de fondo “Inexistencia de la obligación demandada”, “Cobro de lo no debido” y “Prescripción”.

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO***

Con sentencia del 16 de febrero de 2015, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, declaró que el señor JJCS es invalido por haber perdido el 76.95% de su capacidad laboral; así mismo, que la fecha de estructuración de su estado es el 31 de diciembre de 1998. En consecuencia, condenó a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a reconocer y pagar la prestación pensional de invalidez al actor a partir del 31 de diciembre de 1998, en cuantía igual a 1 SMLMV y por catorce mesadas. Absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte vencida en un 50 % fijando las agencias en derecho en la suma de $644.350.

Para arribar a tal conclusión, se apoyó en sentencias de la Corte Constitucional relacionadas con la fecha de estructuración y pérdida de capacidad laboral de personas con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, cuyos apartes pertinentes citó y de donde extrajo que en aquellos eventos en que los dictámenes de las Juntas calificadoras se apartan del contexto real de los hechos en torno a la estructuración de invalidez de personas con este tipo de enfermedades, es el juez el llamado a determinar la fecha real y material del estado invalidante. En ese sentido, sostuvo que si bien el Grupo Interdisciplinario de Calificación Seguros de Vida Alfa S.A. determinó como fecha de estructuración de la invalidez del accionante el 23 de agosto de 1994, día en que se manifestó el cuadro de toxoplasmosis cerebral, lo cierto es que las pruebas allegadas al expediente dan cuenta de que el afiliado estableció una vida laboral productiva y continua con posterioridad a esa calenda, siendo el 31 de diciembre de 1998 la fecha en la que perdió de manera definitiva y permanente su capacidad para laborar.

Contra la anterior determinación se alzó la administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien sustenta su inconformidad en dos puntos específicos: (i) el demandante no solicitó de manera expresa la nulidad del dictamen en cuanto a la fecha de estructuración de la invalidez que le resultaba inconveniente, por lo que no le era dable a la jueza de instancia realizar tal declaración en el ejercicio de la facultad ultra y extra petita; (ii) la condena de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez debió imponérsele a Colpensiones, pues era quien amparaba las contingencias al momento de la estructuración del estado invalidante declarado por la a-quo, y (iii) el fondo privado no está en capacidad de financiar la prestación pensional, pues al momento de estructurarse la invalidez la entidad no tenía vigente el seguro previsional que permitiera el reconocimiento de la suma adicional necesaria para completar el capital.

***2.1 Del problema jurídico:***

*¿Extralimitó la a-quo sus funciones al variar la fecha de estructuración de invalidez del actor?*

*¿Puede la operador judicial determinar los efectos jurídicos de las situaciones que se demuestran en el curso del proceso?*

*¿Es la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir la encargada y responsable del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al actor?*

*¿Le asiste razón al recurrente al indicar que ante la inexistencia de un seguro previsional que cubra la suma adicional requerida para reunir el capital suficiente, no es posible financiar la pensión de invalidez reconocida al actor?*

* 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.***

Con el fin de dar solución a los diferentes problemas jurídicos planteados, esta Sala reiterará acerca de los siguientes tópicos: (i) De la autonomía y libertad del operador judicial; (ii) jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a enfermedades de crónicas, congénitas o degenerativas; (iii) determinación de la entidad responsable de reconocer y pagar la pensión de invalidez.

1. **Autonomía y libertad del operador judicial**

Como lo ha señalado esta Corporación en distintas oportunidades, el juez laboral en su amplia autonomía y libertad puede determinar los efectos jurídicos de las situaciones y derechos que se demuestren en el curso del proceso, sin que ello afecte el principio de congruencia sobre los hechos de la demanda y su contestación, siempre que no se modifique la causa petendi.

Al respecto, precisó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en sentencia del 19 de octubre de 2011, radicación 42818:

*“Es indiscutible que la misión principal del juez es la de realizar la voluntad concreta de la ley en un caso en particular, para cuyo cumplimiento goza de autonomía en sus decisiones, garantizada por el artículo 230 de la Constitución Nacional, que expresamente establece: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley…”*

*“De esta manera, sobre una base fáctica impuesta por las partes desde la demanda y su contestación (extremos de la litis), puede moverse libremente el juez al momento de definir las consecuencias jurídicas que se desprendan de lo demostrado y debatido en juicio, sin que para ello se deba someter a las calificaciones que de los hechos hagan las partes, pues el llamado a interpretar y aplicar la ley es él.*

*“Conforme con ello, el principio de congruencia o consonancia no se ve afectado porque en la sentencia el juez o tribunal se aparte de la calificación o connotación jurídica que sobre determinada realidad fáctica haga una de las partes, (…) el sentenciador es libre para encontrar e interpretar la norma aplicable al caso concreto, eso sí, siempre que no se varíen los elementos constitutivos de la causa petendi que delimitan la litis.”*

Así entonces, se tiene que, en la valoración de las pruebas y la calificación jurídica de los hechos, el juez es autónomo, y está sometido a la libre formación del convencimiento conforme los principios de la sana crítica y la ley, en especial la atribución de los efectos jurídicos de las mismas.

1. **Jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas.**

El órgano de cierre constitucional ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y pacífica respecto de los casos en los que la causa de la invalidez se deriva de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, y la estructuración de la pérdida de capacidad laboral es determinada en una fecha anterior al dictamen. Estableció al respecto esa Alta Magistratura en sentencia T 128 de 2015 que:

“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 síntesis, se colige de lo anterior que en aquellos casos en los que deba determinarse la fecha de estructuración de la invalidez de una persona que sufra una enfermedad crónica degenerativa o congénita, que no le impida ejercer actividades laborales durante ciertos períodos de tiempo, la entidad calificadora de la PCL debe tener en cuenta que dicha fecha corresponde a aquella en que el afiliado pierde su máxima capacidad para desarrollar cualquier actividad económica productiva dada la disminución de sus facultades físicas, psíquicas y sensoriales, por lo que su retiro del mercado laboral es inevitable.

1. **Determinación de responsabilidad del reconocimiento y pago de la prestación pensional**

En cuanto a la determinación de cuál es la entidad responsable del reconocimiento de una prestación pensional en aquellos eventos en los que para la época en que se estructura el estado de invalidez de una persona que padece de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, ésta se encontraba afiliado a otra entidad administradora, ha determinado la Corte Constitucional que la obligación de cubrir el riesgo de invalidez le correspondería a la última entidad a la que se encuentre afiliada la persona al momento en que se establezca la fecha de calificación de invalidez. En ese sentido expresó en sentencia T- 262 de 2012:

*“Conforme con lo anterior y de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación****, la obligación de cubrir el riesgo de invalidez le correspondería a la última entidad en la que se encontraba afiliado el demandante al momento en que se estableció la fecha de calificación de la invalidez****[[1]](#footnote-1), es decir, al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., toda vez que, a pesar de estar establecido como fecha de estructuración el 21 de noviembre de 2007, sólo hasta el 14 de julio de 2010, esto es, tres años después se determinó el grado de invalidez definitiva. Esto obedece a las condiciones especiales del actor (enfermo de VIH y Tuberculosis) y al hecho de haber continuado cotizando al sistema pensional[[2]](#footnote-2), hasta el momento en que no pudo seguir haciéndolo por lo que en realidad el accionante perdió su capacidad laboral de manera permanente y definitiva[[3]](#footnote-3) como lo exige el Decreto ley 917 de 1999, el 14 de julio de 2010, oportunidad en la que se le valoró y calificó.”* (Negrillas fuera de texto)

**Caso concreto**

En el presente asunto discute, primeramente, la parte recurrente que la operadora judicial de primer grado haya declarado la nulidad del dictamen respecto a la fecha de estructuración de invalidez del demandante, pues ello no fue solicitado de manera expresa en la demanda, y a su juicio, no le era dable a la a-quo realizar tal declaración en el ejercicio de la facultad ultra y extra petita.

Para resolver, al remitirse al contenido del libelo introductorio, la Sala en uso de su facultad de interpretar la demanda, entiende que la súplica de la parte actora iba encaminada a la modificación de la fecha de estructuración de la invalidez, y por ende, a que esta se fijara para el 31 de diciembre de 2010 o la que se acreditara dentro del proceso, habida cuenta que el Grupo Interdisciplinario de Calificación de la Nueva Eps S.A. determinó como fecha de su estado invalidante el día 23 de agosto de 1994, sin parar en mientes de que para esa calenda y en razón al tipo de enfermedad –VIH SIDA- que dio origen a la PCL aún conservaba sus capacidades funcionales y fuerza de trabajo, en tanto que, había cotizado al sistema de seguridad social hasta el año 2010.

En ese sentido, se tiene que la sentenciadora de primer grado realizó la modificación de la fecha de estructuración de la invalidez del actor con base en los elementos constitutivos de la causa petendi que delimitan la litis y no en virtud de las facultades ultra y extra petita que la ley le confiere (Art. 50 C.P.L), como erradamente lo refiere el recurrente

Adicionalmente, hay que decir que tal como lo ha referido tiempo atrás esta Colegiatura, el operador (a) judicial puede descartar los dictámenes técnicos presentados en el proceso, en orden de atender otros medios de prueba que le ofrezcan un convencimiento distinto sobre la misma materia, pues estos son válidos para contradecir el dictamen que en torno a esa específica cuestión se consigne en el estudio, en la medida en que el tema no exige una prueba solemne *ad substantiam*, y el rol del juez o jueza se exige, en su libre formación del convencimiento, sopesando su valor real al compás de otras pruebas que lo confirmen, demeriten o desvirtúen.

De modo pues que, no encuentra la Sala un yerro en el razonamiento de la a-quo, al desatender los dictámenes técnicos presentados en el proceso en torno a la fecha de estructuración de invalidez del actor, puesto que los medios de convicción allegados a la actuación ciertamente permiten establecer que tales dictámenes resultan descontextualizados de la verdadera situación de invalidez del demandante, amén de que el proveído apelado se sujeta a los postulados protectores de la Corte Constitucional respecto a la pérdida de capacidad laboral de quienes sufren una enfermedad crónica, degenerativa o congénita que no le impida ejercer actividades laborales, siendo el caso del aquí demandante.

Ello, pese a que la jueza de conocimiento estableciera como fecha de estructuración del estado invalidante el 31 de diciembre de 1998, pues las pruebas documentales dan cuenta de que el deterioro progresivo de la salud del actor a causa del padecimiento del VIH Sida, no le impidió ejercer una actividad productiva y cotizar al sistema pensional hasta el mes de diciembre de 2010 (ver fl.158), debiendo ser esta la fecha de estructuración de pérdida de capacidad laboral definitiva y permanente del afiliado, en los términos referidos por la Corte Constitucional citados precedentemente. No obstante, como dicho punto no fue materia de recurso de apelación, habrá que mantener incólume lo declarado por la jueza de primer grado en torno a que la pérdida de capacidad laboral del actor fue estructurada el 31 de diciembre de 1998, empero, que igual se trataba de una enfermedad degenerativa, en un paciente activo laboralmente para esa fecha.

En el segundo reproche, Porvenir SA interpreta que el hecho de que la fecha de estructuración de la invalidez del actor haya sido anterior a su afiliación en el fondo privado, implica que no es la entidad que debe responder por el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, sino Colpensiones, por ser quien amparaba los riesgos de invalidez, vejez y muerte del demandante en esa época.

No le asiste razón a la impugnante, por cuanto como ya se expuso, el traslado de la afiliación recayó en una persona que padecía una enfermedad degenerativa, que la entidad debió conocer al momento de la migración, so pena de faltar al deber de diligencia o cuidado que como prestadora de un servicio previsional le incumbe, en los términos del artículo 1604 del C.C. y la jurisprudencia reiterada del órgano de cierre de la especialidad laboral (sentencia del 22 de noviembre de 2011, Radicación 33083), y por consiguiente, su fecha de estructuración no estaba necesariamente signada a ese hecho para el día del traslado, sino para cuando la enfermedad lo aislara definitivamente de su vida laboral, hecho que vino a producirse el día que dejó de cotizar al sistema de seguridad social, esto es, en diciembre de 2010.

Aunado a lo anterior, el hecho de que no se tengan en cuenta las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la presunta fecha de estructuración de la invalidez del actor, genera a juicio de la Sala, un beneficio exclusivo para la AFP, por cuanto al final en sentir de ésta, no podrán destinarse a la financiación de la pensión, a que con justeza le asiste recibir al demandante.

De otra parte, no puede pasarse por alto que el demandante se afilió a Porvenir el 13 de mayo de 2004, es decir, diez años después de que se detectó la enfermedad crónica o degenerativa y cotizó al sistema pensional hasta el año 2010, fecha en la que se calificó la pérdida de capacidad laboral. Dicha circunstancia denota que transcurrieron otros seis años cotizando en la AFP del 3 de junio de 2004 al 2 de diciembre de 2010, sin reparo de la misma.

En ese orden, es claro que al momento de la afiliación al RAIS la recurrente tenía pleno conocimiento de que el demandante era portador del VIH con Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida –SIDA-, y pese a ello, la objeción la vino a presentar al momento de la solicitud pensional del actor, de modo que no puede ahora pretender cercenarle la posibilidad de procurarse una calidad de vida acorde con la dignidad humana, exponiendo motivos como la falta de seguro previsional para la presunta fecha de estructuración de invalidez del actor, pues además de que tal situación desdice de su deber de diligencia de verificar la situación de preexistencia de enfermedades de sus afiliados, desconoce que la fecha de estructuración, no se dio para la fecha anterior al 2004, en virtud de que el actor era un laborante activo.

Por ende, se confirmará en su integridad la sentencia apelada.

 Costas a cargo del recurrente.

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. ***Confirmar*** la sentencia proferida el 16 de febrero de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia.
2. Costas en esta instancia a cargo del recurrente.

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

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrado Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretario

1. Sentencia T-801 de 2011. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencias T-452 de 2009 y T-710 de 2009. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T-801 de 2011. [↑](#footnote-ref-3)