El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Corporación.

**Providencia:** Sentencia del 9 de septiembre de 2016

**Radicación No.:** 66001-31-05-003-2014-00530-01

**Proceso:**  Ordinario laboral

**Demandante:** Gilnober de Jesús Henao

**Demandado:** Colpensiones

**Juzgado de origen:** Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**Magistrada ponente:** Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema:**

**Determinación de la fecha de estructuración de la invalidez:** En la sentencia T-427 de 2012 se tomó la fecha del dictamen de pérdida de capacidad laboral, para fijar el día en que se estructuró la invalidez, y se consideró que la estructuración tenía lugar al momento en que la discapacidad se convirtió en invalidez, pues se infirió que fueron las barreras sociales las que impidieron que el actor siguiera trabajando. En ella se hizo referencia a la ratio decidendi que bien se resume en la sentencia T-070 de 2014, cuando se dijo que *“la fecha de la pérdida de capacidad laboral no siempre coincide con la fecha en que sucede el hecho que a la postre se torna incapacitante, o con el primer diagnóstico de la enfermedad; no es razonable concluir que la fecha de estructuración de la invalidez sea la fecha en que se diagnosticó por primera vez la enfermedad, si la persona continúa trabajando durante un tiempo; dependiendo del caso concreto la fecha de estructuración puede ser fijada (a) cuando se efectúa el dictamen por la Junta Regional de Calificación de Invalidez; o (b) cuando la persona deja de trabajar”*

**Citación jurisprudencial:** Sentencia T-043 de 2014.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

**Magistrada ponente:** Ana Lucía Caicedo Calderón

Acta No. \_\_\_\_

(9 de septiembre de 2016)

Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

 Siendo las 7:30 a.m. de hoy, viernes 9 de septiembre de 2016, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por Gilnober de Jesús Henao en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

 Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

 De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la s.s., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y la apelación propuesta por el apoderado judicial del promotor del litigio en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el 18 de marzo de 2015, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad.

**PROBLEMA JURIDICO**

 De acuerdo a lo expuesto en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, le corresponde a la Sala determinar a partir de qué momento le asiste derecho al señor Gilnober de Jesús Henao a percibir el retroactivo de su pensión de invalidez.

1. **ANTECEDENTES**

 El citado demandante solicita que se declare que Colpensiones es responsable del pago del retroactivo pensional de la pensión de invalidez desde el 19 de agosto de 2011 hasta el 1º de abril de 2014, además de los intereses moratorios y las costas procesales.

 Para fundar dichas pretensiones manifiesta queinició proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral ante el ISS con ocasión de los severos problemas de salud que lo aquejan, entidad que a través de su Departamento de Medicina Laboral lo calificó el 19 de agosto de 2011 con una pérdida de capacidad laboral del 66.80%, con fecha de estructuración del 30 de junio de 2010, y de origen común.

Refiere que por lo anterior elevó ante Colpensiones solicitud de pensión de invalidez, misma que fue negada mediante la Resolución GNR 119376 del 31 de mayo de 2013, bajo el argumento de que no acreditaba las semanas cotizadas por la Ley 860 de 2003; razón por la cual interpuso una acción de tutela en la que solicitó que se ordenara a Colpensiones reconocer aquella prestación, a lo cual accedió el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira mediante fallo del 7 de noviembre de 2013, en el que se ordenó a dicha entidad que procediera a cancelar esa prestación económica.

 Agrega que por lo anterior, mediante Resolución GNR 111946 del 28 de marzo de 2014, Colpensiones reconoció la pensión de invalidez; sin embargo, no canceló el retroactivo pensional a partir de la fecha de estructuración definida en la sentencia de tutela, es decir, aquella en que se calificó al actor *-19 de agosto de 2011-*; por ello presentó recurso de apelación, sin que a la fecha de la presentación de la demanda la accionada hubiera emitido pronunciamiento alguno al respecto.

Colpensiones al contestar la demanda indicó que no era cierto que en la sentencia de tutela se hubiera establecido una nueva fecha de estructuración de invalidez al promotor del litigio, ni que no haya resuelto el recurso de apelación presentado contra la resolución que negó la pensión de sobrevivientes, pues se entiende el silencio administrativo negativo. Frente a los demás hechos manifestó que eran ciertos.

 Seguidamente se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó “Inexistencia de la obligación” y “prescripción”.

1. **Sentencia de primera instancia**

La funcionaria de primer grado señaló que el señor Gilnober de Jesús Henao tiene derecho a que se le reconozca el retroactivo pensional entre el 7 de noviembre de 2013 y el 30 de marzo de 2014 y, en consecuencia, ordenó a Colpensiones pagar por este concepto la suma de $3.480.915, así como los intereses de mora causados entre el 28 de noviembre de 2013 y el 30 de marzo de 2014, que ascienden a $318.508.14.

 Para llegar a tal determinación la A-quo consideró, en síntesis, que al haberse reconocido la pensión de invalidez al demandante con ocasión de una interpretación jurisprudencial, él tenía derecho al reconocimiento del retroactivo pero desde la fecha en que se ordenó el reconocimiento de dicha prestación a través de la acción de tutela proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, el día 7 de noviembre de 2013, pues la negativa de la entidad demandada se cimentó en los presupuestos establecidos en la ley y, además, él continuó efectuando cotizaciones incluso dos meses después del fallo constitucional.

 Por otra parte, indicó que el demandante tenía derecho al reconocimiento de los intereses moratorios desde el 28 de noviembre de 2013 en razón a que en esa fecha se cumplieron los 15 días concedidos por la Jueza de Tutela para dar cumplimiento al fallo.

1. **Recurso de apelación y procedencia de la consulta**

 Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del demandante interpuso recurso de apelación solicitando que se modificara la condena impuesta a la entidad demandada, en el sentido de que el retroactivo pensional sea reconocido a partir del 19 de agosto de 2011, fecha en la cual se emitió el dictamen de pérdida de capacidad laboral, y que si bien las cotizaciones posteriores realizadas como trabajador independiente pueden demostrar que el actor pudo continuar con su actividad laboral, ellas fueron efectuadas en virtud de la falta de reconocimiento de la prestación, pues en muchos casos, ante la negativa de la solicitud de pensión, los afiliados deciden cotizar hasta que se tenga el reconocimiento de la prestación.

Por otra parte, como quiera que la sentencia fue totalmente desfavorable para Colpensiones, se dispuso el grado jurisdiccional de consulta.

1. **Consideraciones**
	1. **Del ámbito de protección de las personas en condición de discapacidad**

Respecto de las contingencias derivadas de la invalidez por riesgo común, el sistema general de pensiones consagró el reconocimiento de la pensión de invalidez para aquellas personas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, a saber, *(i)* ser una persona con invalidez, es decir, sufrir una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al cincuenta por ciento (50%) y *(ii)* haber cotizado cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Antes de la modificación introducida por la ley 860 de 2003, el requisito minino de tiempo cotizado era de veintiséis (26) semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez.

El artículo 3° del Decreto 917 de 1999, señala que el momento de estructuración de la invalidez de una persona es “*la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnostica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación”*.

Las entidades encargadas de calificar la pérdida de capacidad laboral, por regla general han aplicado la norma anterior en forma restrictiva haciendo coincidir el hecho incapacitante que puede ser una enfermedad o un accidente de origen común o profesional, con la falta de capacidad laboral, y en la práctica judicial se ha tomado esa fecha como hito no solo para establecer el cumplimiento del número de semanas cotizadas hasta ese momento sino también para reconocer la pensión de invalidez a partir de esa fecha.

No obstante, la realidad ha mostrado en varios eventos que la falta de capacidad laboral no siempre coincide con el hecho invalidante y eso ha obligado a los jueces y juezas laborales a considerar, con cierta reticencia, como punto de partida, la fecha de la calificación de la falta de capacidad laboral, tal como lo prevé el Decreto 917 de 1999.

La Corte Constitucional abrió la puerta a la posibilidad que en aquellos eventos en que juzgador encuentre reunidos los elementos de juicio que le permitan establecer que una persona reúne los requisitos tanto formales como materiales para acceder a la pensión, se aparte de la fecha de estructuración establecida en el dictamen de calificación de invalidez, siempre que encuentre que existen inconsistencias que no permiten establecer con certeza la pérdida de capacidad laboral de forma permanente y definitiva del afiliado, pues no corresponde a la situación médica y laboral de la persona. En tal caso, como lo señaló la Corte en sentencia T-043 de 2014, la fecha de estructuración real o material que se pudiere determinar por el juez, puede no coincidir con la fecha ficta de estructuración inicialmente fijada por el dictamen que se desvirtúa, siendo incluso posterior a éste último, pero en todo caso anterior al momento de estructuración real de la pérdida de capacidad laboral.

 En la sentencia T-427 de 2012 se tomó la fecha del dictamen de pérdida de capacidad laboral, para fijar el día en que se estructuró la invalidez, y se consideró que la estructuración tenía lugar al momento en que la discapacidad se convirtió en invalidez, pues se infirió que fueron las barreras sociales las que impidieron que el actor siguiera trabajando. En ella se hizo referencia a la ratio decidendi que bien se resume en la sentencia T-070 de 2014, cuando se dijo que *“la fecha de la pérdida de capacidad laboral no siempre coincide con la fecha en que sucede el hecho que a la postre se torna incapacitante, o con el primer diagnóstico de la enfermedad; no es razonable concluir que la fecha de estructuración de la invalidez sea la fecha en que se diagnosticó por primera vez la enfermedad, si la persona continúa trabajando durante un tiempo; dependiendo del caso concreto la fecha de estructuración puede ser fijada (a) cuando se efectúa el dictamen por la Junta Regional de Calificación de Invalidez; o (b) cuando la persona deja de trabajar”*

La Corte Constitucional en los precedentes anteriores acudió a lo que en los estándares internacionales se denomina “ajustes razonables”, entendida, de conformidad con el artículo 2º de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, como aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. A su vez, en esa misma convención se estipuló que de no aplicarse esa acción afirmativa, el Estado incurriría en una conducta discriminatoria denominada como “denegación de ajustes razonables”.

* 1. **Caso concreto**

No existe discusión alguna en el presente asunto respecto a los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Gilnober de Jesús Henao fue calificado por el I.S.S. el 19 de agosto de 2011, con una pérdida de capacidad laboral del 66,80% de origen común, estructurada el 30 de junio de 2010 (fl. 15 y vto.); ii) que mediante la Resolución GNR 119376 del 31 de mayo de 2013 Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de invalidez con el argumento de que el actor no contaba con 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a la aludida estructuración (fl. 11 y s.s.); iii) que el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira a través de la sentencia de tutela del 7 de noviembre de 2013, tuvo como fecha de estructuración aquella en que se calificó al demandante -19 de agosto de 2011-, y ordenó a Colpensiones que dentro del término de 15 días procediera a cancelar la pensión de invalidez, en el monto que le corresponda y con las mesadas atrasadas a que tenga derecho; iv) que mediante Resolución GNR 111.946 del 28 de marzo de 2014 Colpensiones reconoció la pensión de invalidez a partir del 1º de abril de 2014, en cuantía del salario mínimo, sin retroactivo alguno.

De esta manera, con el fin de resolver el problema jurídico planteado se dirá que no se avalan los argumentos expuestos por la Jueza de instancia para reconocer la pensión de invalidez desde el momento en que se profirió la sentencia de tutela por parte del Juzgado Primero Laboral del Circuito, pues tal situación ya se había definido en ese fallo de tutela, en el que se concedió la prestación desde el momento de la calificación atendiendo los precedentes de la Corte Constitucional. Como dicha sentencia no fue atacada por la entidad demandada, bien dentro del mismo trámite constitucional, ora solicitando una nueva calificación por parte del ente competente, su contenido hizo tránsito a cosa juzgada constitucional y en ese orden el retroactivo debe concederse desde el momento de la calificación, esto es, desde el 19 de agosto de 2011, como quiera que en esa providencia se ordenó cancelar “las mesadas atrasadas a que tenga derecho” el accionante.

Ahora bien, no puede pasar por alto la Sala que en la historia laboral aparecen cotizaciones con posterioridad a la fecha de calificación, sin embargo, frente a las mismas la Sala colige que obedecen, como primera medida a una negativa obstinada del ente de seguridad social de reconocer la prestación, pues nótese que entre la fecha de la sentencia de tutela que ordenó el reconocimiento y la última cotizaciones existen escasos 2 meses; y en segundo lugar, por cuanto, era inevitable que una persona con un 66,80% de incapacidad laborar se desafiliara del sistema de seguridad social en salud que quizá era el único medio con el que contaba para palear o mitigar los efectos de las enfermedades que lo aquejan, lo que de contera llevaba a que se mantuviera afiliado al sistema de pensiones hasta la fecha, se itera, en el que le fue reconocido a través de la acción constitucional

Así las cosas, se ordenará el reconocimiento retroactivo de la prestación a partir del 19 de agosto de 2011 y hasta el 31 de marzo de 2014, por 13 mesadas mensuales *–por haberse causado la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011-* y en cuantía del salario mínimo legal, lo cual arroja una suma de $20.927.040, tal como se observa en la liquidación que se pone de presente a los asistentes y que hará parte del acta que se levante con ocasión de la presente diligencia.

Finalmente, se ordenará el reconocimiento de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la presente decisión por concederse la prestación con fundamento en una interpretación constitucional favorable.

Como consecuencia de lo anterior, se modificarán los ordinales segundo a cuarto de la sentencia de primer grado. Las costas en ambas instancias correrán a cargo de Colpensiones y a favor del demandante en un 90% y se liquidarán por la secretaría del juzgado de origen.

En mérito de lo expuesto, la **Sala No. 1 de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**Primero**.- **Modificar** los ordinales segundo a cuarto de la sentencia proferida el 18 de marzo de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Gilnober de Jesús Henao** encontra de **Colpensiones**, en el sentido de que el demandante tiene derecho al reconocimiento de retroactivo pensional causado entre el 19 de agosto de 2011 y el 31 de marzo de 2014, el cual asciende a $20.927.040, y al reconocimiento de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la presente sentencia y hasta el pago efectivo de la obligación.

**Segundo**.- Costas en esta instancia a cargo de la entidad demandada ya favor del señor **Gilnober de Jesús Henao** en un 100%. Liquídense por la secretaría del juzgado de origen según lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

**Notificación surtida en estrados. Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

 Los Magistrados,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Secretario Ad-hoc

**Liquidación retroactivo**

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Año** | **Desde** | **Hasta** | **Causadas** | **Mesada reliquidada** |  **Diferencias a cancelar**  |
| 2011 | 19-ago-11 | 31-dic-11 | 5,4 |  535.600,00  |  2.892.240  |
| 2012 | 01-ene-12 | 31-dic-12 | 14 |  566.700,00  |  7.933.800  |
| 2013 | 01-ene-13 | 31-dic-13 | 14 |  589.500,00  |  8.253.000  |
| 2014 | 01-ene-14 | 31-mar-14 | 3 |  616.000,00  |  1.848.000  |
|  |  |  |  | **Valores a cancelar ===>** |  **20.927.040**  |

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**