. 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 28 de noviembre de 2016

Radicación No.: 66001-31-05-003-2014-00670-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandantes: Luis Gonzaga Atehortua Hincapié

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema: CAUSACIÓN DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE INVALIDEZ:** para que el asegurado pueda acceder a la pensión de invalidez, no se requiere la desafiliación del sistema pensional, en la medida en que la causación de su derecho y el pago se produce desde la fecha en que se estructuró la pérdida de la capacidad laboral en el porcentaje exigido para el efecto, conforme lo prevé el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, que a la letra reza: “*DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN. La pensión de invalidez por riesgo común, se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructura tal estado. Cuando el beneficiario estuviera en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio*” y “*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*”. **Incompatibilidad entre la pensión de vejez y la de invalidez:** conforme lo señalan el literal j) del artículo 13 y el literal a) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, existe una incompatibilidad entre la pensión de vejez y la de invalidez. Frente a este tema, la Corte Constitucional en la Sentencia C-674 del 28 de junio de 2001, indicó, en lo que interesa al proceso: (…) Es claro que si el pensionado por invalidez reúne además los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y ésta le resulta más favorable, entonces puede solicitar el reconocimiento de esta última, aunque obviamente no puede acumular las dos pensiones. Así, si una persona inválida ya hubiera realizado las cotizaciones necesarias para acceder a la pensión de vejez, y sólo le falta el requisito de edad para obtenerla, es obvio que cuando llegue a esa edad, podrá solicitar su reconocimiento. Finalmente, en caso de que la persona recupere su capacidad laboral, la pensión por invalidez cesa, y el individuo puede volver a laborar a fin de continuar cotizando y obtener la correspondiente pensión de vejez, cuando cumpla los requisitos correspondientes.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Noviembre 28 de 2016)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las……:…… ….. …. de hoy, viernes 28 de noviembre 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 **LUIS GONZAGA ATEHORTUA HINCAPIÉ** 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, constituida en sede de consulta, a examinar la legalidad de la decisión emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el treinta (30) de septiembre de 2015, dentro del Proceso Ordinario Laboral reseñado con anterioridad, en razón a que la entidad pública demandada resultó condenada en primera instancia.

1. **LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

El demandante promueve demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- en procura de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de que trata el artículo 39 de la ley 100 de 1993, en cuantía de una salario mínimo, por 14 mesadas al año, a partir del 8 de febrero de 2013 y hasta el 29 de marzo de 2014, fecha a partir de la cual le fue reconocida por la entidad demandada pensión de vejez a través de la Resolución No. GNR189279 de 2014 (Fl. 14 y s.s.).

Para el efecto señala, básicamente, que fue calificado con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 50,28%, de origen común, estructurado el 30 de abril de 2013 mediante dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 30 de abril de 2014 (Fl. 3 y s.s.).

La entidad demandada, **COLPENSIONES**, no niega la veracidad de los hechos en que se fundan las pretensiones, pero se opone a la prosperidad de la demanda, bajo el argumento de que, a la luz del literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es incompatible el pago simultaneo de pensión de invalidez y de vejez, por lo cual resulta improcedente el pago del retroactivo pensional reclamado por el actor, dado que este reclamó la pensión de vejez antes que la de invalidez, pues como se puede constatar en los documentos aportados por el mismo demandante, la solicitud de la prestación por vejez fue radicada el 4 de abril de 2014, mientras que, a su turno, la invalidez fue radicada el 3 de junio de 2014, cuando ya había sido reconocida la pensión de vejez a través de la Resolución No. GNR 189279 del 28 de mayo de 2014.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La juzgadora de primera instancia resolvió condenar a la entidad demandada al pago del retroactivo pensional por la pensión de invalidez que debió pagarse entre el 8 de febrero de 2013 y el 28 de marzo de 2014, advirtiendo que a partir de esta última fecha el actor fue incluido en nómina de pensionados por vejez y hasta ahí tuvo derecho al pago de la pensión de invalidez.

Consideró la jueza, que de conformidad a lo previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el actor fue declarado inválido a partir del 8 de febrero de 2013, según se puede constatar en la calificación de invalidez emitida el 30 de abril de 2014 por la Junta Nacional de Calificación, quien dictaminó que el afiliado presentaba una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 50,28%, de origen común, estructurada el 8 de febrero de 2013, fecha en la cual fue valorado por neurocirugía, con diagnóstico de “espalda fallida” con proceso degenerativo de columna vertebral. Señaló igualmente, que dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, el demandante cotizó mucho más de las cincuenta (50) semanas exigidas por el mencionado artículo, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Bajo tales presupuesto, condenó a la demandada al pago de la suma de $8.723.733 a favor del promotor del litigio por concepto del retroactivo pensional causado entre el 8 de febrero de 2013 y el 28 de marzo de 2014, cifra sobre la cual autorizó el descuento de la suma de $1.046.848 por concepto de los aportes a Seguridad Social en Salud, los cuales deberán ser girados a la empresa promotora de salud a la cual se encuentre afiliado el demandante.

1. **CONSIDERACIONES**

**3.1. FECHA DE DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN**

Para que el asegurado pueda acceder a la pensión de invalidez, no se requiere la desafiliación del sistema pensional, en la medida en que la causación de su derecho y el pago se produce desde la fecha en que se estructuró la pérdida de la capacidad laboral en el porcentaje exigido para el efecto, conforme lo prevé el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, que a la letra reza:

“*DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN. La pensión de invalidez por riesgo común, se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructura tal estado. Cuando el beneficiario estuviera en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio*” y “*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*”.

En relación a dicha prestación, la Ley 100 de 1993 definió en el artículo 38, que se considera una persona inválida cuando por “cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”.

Y continúa señalando, en el siguiente artículo, que los afiliados bajo estas características, tendrán derecho a la pensión siempre que hubiesen cotizado al menos 50 semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

**3.2.** **Incompatibilidad entre la pensión de vejez y la de invalidez POR RIESGO COMÚN**

Por último, conforme lo señalan el literal j) del artículo 13 y el literal a) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, existe una incompatibilidad entre la pensión de vejez y la de invalidez. Frente a este tema, la Corte Constitucional en la Sentencia C-674 del 28 de junio de 2001, indicó, en lo que interesa al proceso: (…) Es claro que si el pensionado por invalidez reúne además los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y ésta le resulta más favorable, entonces puede solicitar el reconocimiento de esta última, aunque obviamente no puede acumular las dos pensiones. Así, si una persona inválida ya hubiera realizado las cotizaciones necesarias para acceder a la pensión de vejez, y sólo le falta el requisito de edad para obtenerla, es obvio que cuando llegue a esa edad, podrá solicitar su reconocimiento. Finalmente, en caso de que la persona recupere su capacidad laboral, la pensión por invalidez cesa, y el individuo puede volver a laborar a fin de continuar cotizando y obtener la correspondiente pensión de vejez, cuando cumpla los requisitos correspondientes” (Subraya fuera del texto).

**3.2. CASO CONCRETO**

Si bien la solicitud de la pensión de sobreviviente fue radicada por el actor con posterioridad a la fecha en que reclamó la pensión de vejez, es evidente que ello ocurrió en ese orden secuencial debido a que el dictamen de pérdida de la capacidad laboral no estuvo en firme sino hasta cuando la Junta Nacional de Calificación resolvió el recurso de apelación promovido por COLPENSIONES en contra del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, que el 12 de septiembre de 2013 (Fl. 10) le había dado un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral al actor del 50,28%, el cual fue finalmente confirmado en sede de apelaciones mediante dictamen del 30 de abril de 2014.

Bajo tales presupuestos, a la luz de las normas que regulan la materia, el demandante reúne los requisitos para disfrutar del retroactivo pensional causado entre la fecha de estructuración de su invalidez y la fecha en que empezó a disfrutar su pensión de vejez, tal y como fue precisado en sede de primera instancia, dado que acredita un total de 154,28 semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez y la entidad demandada en ningún momento ha indicado que con posterioridad a esa fecha el actor haya gozado del pago del subsidio por incapacidad, caso en el cual se habría generado la incompatibilidad de que trata el artículo 40 de la Ley 100 de 1993.

Conforme con ello, la Sala concluye, al igual que la jueza de primera instancia, que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez desde el 8 de febrero de 2013 y hasta el 28 de marzo de 2014, fecha en la cual adquirió el estatus de pensionado por vejez, lo cual asciende a la suma de $8.723.733, monto sobre el cual es viable el descuento de la cifra de $1.046.848 por concepto de los aportes a Seguridad Social en Salud, los cuales deberán ser girados a la empresa promotora de salud a la cual se encuentre afiliado el demandante.

Estas breves pero precisas razones nos llevan a confirmar en sede de consulta la decisión emitida por el Juzgado Tercero Laboral de Pereira.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral No. 1 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**.- **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 30 de junio de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LUIS GONZAGA ATEHORTUA HINCAPÍE** contra de **COLPENSIONES.**

**SEGUNDO**.- **SIN** **COSTAS** en esta sede de consulta.

**NOTIFÍQUESE**, **CÚMPLASE** y **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

**NOTIFICACIÓN EN ESTRADOS:** La suscrita Secretaria deja expresa constancia de que la anterior providencia se notificó en estrados a las partes, tal como lo ordena la ley.

La Magistrada,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

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

Salva voto