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 Secretaría de esta Sala.

***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 06 de julio de 2017*

***Radicación No****:**66001-31-05-001-2014-00102-01*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral*

***Demandante****: Luis Eduardo Espinosa*

***Demandado:*** *Colpensiones y otro*

***Juzgado de origen****: Primero Laboral del Circuito de Pereira.*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema a tratar: Pensión de invalidez. Mora patronal.*** *Respecto de ello, ha de decirse que los períodos en los cuales esté acreditada la mora patronal, deben ser tenidos en cuenta para efectos de completar la densidad de semanas exigidas para pensionarse por invalidez, amén que los fondos de pensiones tienen entre sus obligaciones lograr el pago de los aportes, acudiendo para ello, de ser necesario, al ejercicio de las acciones legales, contempladas en el canon 24 de la Ley 100 de 1993. Tal tardanza en el pago, en manera alguna, puede perjudicar al afiliado que ha cumplido con su parte del aporte, el cual se ve representado en el despliegue de su capacidad de trabajo, razón por la cual, el no pago por parte del empleador o la ausencia de gestiones de cobro por parte del Fondo de Pensiones, no pueden menguar ese aporte.* ***Prescripción en pensión de invalidez.*** *Conforme a la jurisprudencia citada, la cual de manera clara refiere que el derecho a reclamar la pensión de invalidez surge cuando se tiene certeza de la condición de inválido del afiliado, el término de prescripción únicamente se empieza a contabilizar cuando se ha calificado de manera definitiva la merma en la capacidad laboral.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los seis (06) días del mes de julio de dos mil diecisiete (2017), siendo las nueve y cuarenta y cinco de la mañana (9:45 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación propuesto por los apoderados de la parte actora y de la codemandada Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 26 de julio de 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que ***Luis Eduardo Espinosa*** adelanta contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones y José Edison Quintero Jaramillo.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***ANTECEDENTES***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, dígase que el demandante busca que se declara que tiene derecho a que Colpensiones le reconozca y pague la pensión de invalidez a partir del 24 de mayo de 2010; que se condene al señor Quintero Jaramillo, a reconocer y pagar los aportes en mora de los ciclos comprendidos entre julio a diciembre de 2008, en consecuencia que se condene a la sociedad demandada a reconocer la prestación con el respectivo retroactivo, así como los intereses moratorios y las costas proceso.

Para así pedir, relata que el actor fue evaluado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 13 de septiembre de 2012, con una merma en su capacidad laboral del 51.71% de origen común, estructurada el 24 de mayo de 2010, que el actor no presenta en su historia laboral la densidad de semanas necesaria para pensionarse por invalidez, que tal historia no ha sido actualizada por la entidad y además existe mora patronal entre el julio y diciembre de 2008, que el 08 de julio de 2013 se envió una comunicación al empleador requiriéndolo para el pago de los períodos en mora sin recibir respuesta, que el 22 de julio del mismo año solicitó a Colpensiones adelantar las acciones de cobro, que la entidad dijo el 16 de septiembre de 2013 realizaría las respectivas acciones, que el 18 de septiembre de 2013 se reclamó la pensión de invalidez sin recibir respuesta a la fecha.

Admitida la demanda, se dio traslado a los demandados, los cuales allegaron respuesta en los siguientes términos: Colpensiones, por medio de procurador judicial, allegó respuesta en la que aceptó los hechos de la demanda, salvo el de la mora patronal y la falta de actualización de la historia, respecto de los cuales indica que no le constan. Se opone a las pretensiones y formula como excepciones de fondo las de “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”. El codemandado José Edison Quintero Jaramillo no contestó la demanda.

***SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.***

Superadas las etapas correspondientes, se dictó el fallo que puso fin a la instancia, en el cual se encontró que existía mora patronal en el período de julio a diciembre de 2008 y que la entidad no agotó las acciones de cobro que correspondían, por lo que dichos períodos sí deben contabilizarse para efectos de la contabilización de las semanas. Con dichos períodos, encontró que el demandante cumplía las 50 semanas en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, por lo que tenía derecho a la prestación pensional, en cuantía igual al salario mínimo. En cuanto al retroactivo, determinó que el mismo se debe reconocer desde el 18 de septiembre de 2010, amén que en virtud de la prescripción –propuesta como excepción por la entidad demandada-, al haberse surtido la reclamación el 18 de septiembre de 2013, quedaron extintas las mesadas causadas con antelación a dicha fecha. Impone a cargo de Colpensiones los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 18 de enero de 2014, fecha en que se vencieron los 4 meses con que contaba la entidad para resolver sobre el pedido de reconocimiento pensional.

***APELACIÒN***

El apoderado de la parte actora estuvo inconforme con la determinación de primer grado, en lo tocante a declarar probada la excepción de prescripción, pues estima que la misma no debe contabilizarse desde la estructuración de la pérdida de capacidad laboral, sino desde que el demandante tuvo conocimiento definitivo de su merma en la capacidad laboral, lo que ocurrió el 13 de septiembre de 2012 cuando fue calificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y, teniendo en cuenta que la reclamación se agotó el 18 de septiembre de 2013 y la demanda se presentó en febrero de 2014, no ha sido afectada ninguna mesada por el aludido fenómeno extintivo.

Por su parte, la apoderada de la codemandada Colpensiones, apeló la decisión, pues en su sentir no se cumple la densidad de cotizaciones, pues la mora patronal apenas cubre unas pocas semanas para el año 2008.

De conformidad con lo indicado en el artículo 69 del Estatuto Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, se dispuso la consulta de la decisión por ser totalmente al afiliado al sistema de seguridad social.

***ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte demandante (art. 66 A CPLSS.).

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir lo que corresponda, previas las siguientes:

***CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

Para desatar el recurso de apelación propuesto y el grado jurisdiccional de consulta, la Sala se plantea los siguientes interrogantes:

*¿Satisface el demandante las condiciones exigidas en la Ley 860 de 2003 para pensionarse por invalidez?*

*¿Desde qué calenda se debe contabilizar el término de prescripción de las mesadas pensionales?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Frente al primero de los cuestionamientos, debe iniciarse por decirse que la pensión de invalidez se rige por la normatividad que se encuentre vigente al momento de la estructuración de la pérdida de capacidad laboral. Para el caso puntual, tal fecha se estableció mediante dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez –fls. 13 y ss- para el día 24 de mayo de 2010, esto es, en vigencia de la Ley 860 de 2003, modificatoria del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, la cual exige como presupuesto para conceder tal prestación, el haber cotizado un mínimo de 50 semanas en los 3 años anteriores a la calenda en la cual se estructuró la pérdida de capacidad laboral.

Para el caso puntual, de conformidad con la historia laboral traída al proceso, puntualmente la visible a folio 183 del proceso, se tiene que el demandante en el interregno de tiempo referido en la norma, apenas cuenta con 30,71 semanas. Sin embargo, se alega en la demanda la existencia de una mora en el pago de aportes, por parte del señor José Edison Quintero Jaramillo, para lo períodos de julio a diciembre de 2008.

Respecto de ello, ha de decirse que los períodos en los cuales esté acreditada la mora patronal, deben ser tenidos en cuenta para efectos de completar la densidad de semanas exigidas para pensionarse por invalidez, amén que los fondos de pensiones tienen entre sus obligaciones lograr el pago de los aportes, acudiendo para ello, de ser necesario, al ejercicio de las acciones legales, contempladas en el canon 24 de la Ley 100 de 1993. Tal tardanza en el pago, en manera alguna, puede perjudicar al afiliado que ha cumplido con su parte del aporte, el cual se ve representado en el despliegue de su capacidad de trabajo, razón por la cual, el no pago por parte del empleador o la ausencia de gestiones de cobro por parte del Fondo de Pensiones, no pueden menguar ese aporte.

Ahora, cuando se alega en el curso de un proceso la mora del empleador en el pago de aportes, es indispensable que tal relación laboral aparezca debidamente acreditada, para poder verificar que en efecto, existía la obligatoriedad de afiliación y pago de los aportes. De no aparecer acreditada la relación laboral, no puede avalarse la contabilización de dichos lapsos, amén que se estaría corriendo el riesgo de cohonestar un fraude al sistema de seguridad social en pensiones y comprometer su sostenibilidad financiera, al reconocer una prestación pensional sin el cumplimiento de los presupuestos para ello.

En este caso, Se tiene que el mismo Quintero Jaramillo aportó al infolio -fl. 72- una certificación laboral en la que reconoce que el señor Espinosa laboró con él en calidad de obrero y ayudante de construcción entre el 01 de enero de y el 31 de diciembre de 2008, reconociendo que no se pagaron los aportes entre el 01 de julio y el 31 de diciembre de 2008. Tal certificación es, sin duda, prueba idónea sobre la existencia de la relación laboral y la acreditación misma de la deuda, por lo que sin duda esos 180 días deben contabilizarse en el cúmulo de semanas para efectos de verificar si el actor satisface los requisitos para pensionarse por invalidez.

Tal número de días equivale a 25,71 semanas, que adicionadas a las 30,71 semanas antes referidas, suman 56,42 semanas en los tres años anteriores a la estructuración de la pérdida de capacidad laboral, cumpliéndose la exigencia de cotizaciones para alcanzar la prestación de invalidez, tal como lo coligió la a-quo. En estos términos, queda desatado el primero de los problemas jurídicos planteados.

Pasando a analizar el tema de la prescripción, ha de decirse que de conformidad con el artículo 151 del CPLSS, las acciones derivadas de los derechos sociales prescriben pasados tres años desde su exigibilidad. En el caso puntual, es indispensable determinar desde qué fecha el demandante tenía la posibilidad de reclamar la pensión de invalidez, si desde el momento de la calificación definitiva de la merma de capacidad laboral, como lo alega el apelante o desde la calenda misma de la estructuración de la invalidez, como lo determinó la Jueza.

Tal asunto ha sido abordado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, siendo pertinente citar uno de tales pronunciamientos en los siguientes términos:

*“En tal sentido, es claro para la Corte que no es simplemente la fecha de la producción del daño o afectación a la salud e integridad de la persona o trabajador, reconocida en términos normativos como fecha de estructuración, esto es, como aquella en que «se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva» (artículo 3º del Decreto 917 de 1999, por el cual se modificó el artículo 3º del Decreto 692 de 1995), la que permite tornar tal condición en ‘exigible’ respecto de las prestaciones económicas pensionales previstas a cargo de los entes de seguridad social, sino que, adicional a ello, y fuera obviamente del cumplimiento de las demás condiciones de orden contributivo exigidas para ese mismo propósito por el sistema pensional --artículo 39 de la Ley 100 de 1993, vr gr.--, se requiere que dicha condición sea ‘determinada’, es decir, definida o diagnosticada por la autoridad técnica y científica autorizada por la ley para tal efecto, de suerte que, en tanto ello no ocurra, dicho daño a la salud e integridad de la persona o trabajador no puede calificarse jurídicamente como ‘cierto’, en otros términos, no es dable tener a la persona o trabajador afectado en su salud e integridad personal como ‘declarada en estado de invalidez’, tal cual explícitamente lo refiere el mentado artículo 39 de la Ley 100 de 1993, para seguir con el mismo ejemplo.*

*La certidumbre del daño a la salud e integridad de la persona o el trabajador sólo puede tener la trascendencia jurídica requerida a efectos de la persecución de las prestaciones asistenciales y económicas del sistema de seguridad social, cuando quiera que éste se exterioriza en virtud de los mecanismos previstos en la ley ya enunciados, de forma tal que, quien lo padezca, adquiera válidamente conciencia de su incapacidad y, por ende, se ponga en la posibilidad real de reclamar aquéllas. A partir de allí es cuando, igualmente, resulta dable, jurídicamente, reprochar su inactividad como acreedor de las mentadas prestaciones del sistema. De suerte que en tanto no se produzca la determinación del estado de invalidez a través de dichos mecanismos, bien puede asentarse que la acción para la reclamación de tales derechos no ha nacido, por ende, en manera alguna puede predicarse que han prescrito -- actio non nata non praescribitur--. Y si la acción judicial para el pago de las aludidas prestaciones económicas y asistenciales no ha nacido, pues el del reconocimiento del estado de pensionado es imprescriptible por su carácter vitalicio, menos aún puede sostenerse válidamente que las mesadas pensionales como prestaciones económicas derivadas de dicho estado pueden verse afectadas por el cuestionado fenómeno letal liberatorio.*

*En suma, para la Corte, el plazo prescriptivo de la acción tendiente al pago de la pensión de invalidez, (…), empieza a correr desde que el afectado ha tenido ‘conocimiento acabado’ de su estado de invalidez laboral, o sea, no simplemente desde cuando se causa el infortunio o se advierten los primeros síntomas de la afectación a la salud o integridad de la persona o trabajador, sino desde cuando queda firme la ‘determinación’ de la incapacidad o invalidez laboral que a ese respecto profiere la correspondiente Junta de Calificación de Invalidez” (sentencia SL 5703 de 2015).*

Conforme a la jurisprudencia citada, la cual de manera clara refiere que el derecho a reclamar la pensión de invalidez surge cuando se tiene certeza de la condición de inválido del afiliado, el término de prescripción únicamente se empieza a contabilizar cuando se ha calificado de manera definitiva la merma en la capacidad laboral.

En el presente caso, tal calificación definitiva se dio mediante el dictamen del 13 de septiembre de 2012 –fls. 13 a 15-, por lo que es a partir de esta calenda que se hizo exigible para el actor la pensión de invalidez y, consecuentemente, al haberse agotado la reclamación el 18 de septiembre de 2013 y presentado la demanda el 27 de febrero de 2014, fácil resulta colegir que ninguna de las mesadas causadas ha sido cobijada por la prescripción, por lo que erró la a-quo en la aplicación de tal medio extintivo, especialmente, al iniciar la contabilización del lapso trienal desde que se estructuró la merma en la capacidad laboral.

Acorde con lo anterior, se procederá a efectuar la respectiva modificación en cuanto al retroactivo pensional, actualizándolo además a la fecha de esta providencia.



En cuanto a las restantes condenas, debe decirse que las mismas se encuentran ajustadas a los lineamientos legales y jurisprudenciales, por lo que sin necesidad de un mayor análisis se mantendrán.

Conforme a lo discurrido, se revocara el ordinal 5º de la sentencia apelada y en su lugar se declararan no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y se modificará y actualizará el ordinal 6º, en cuanto al valor del retroactivo pensional, manteniéndose incólume el resto de las ordenes contenidas en la sentencia.

Las costas en esta instancia serán a cargo de la parte demandada y a favor de la actora.

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. ***Revocar el ordinal 5º*** de la sentencia proferida el 26 de julio de 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, en el proceso de la referencia y en su lugar se declara no probada la excepción de prescripción propuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.
2. ***Modificar el ordinal 6º***  de la sentencia referida, en cuanto a que la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones proceda a efectuar el reconocimiento y pago de la prestación pensional y el correspondiente retroactivo causado entre el 24 de mayo de 2010 y que a la fecha de esta providencia equivale a la suma de $60.899.939.
3. ***Confirma*** *la sentencia en los restantes aspectos.*
4. ***Costas*** *en esta instancia a cargo de la sociedad demandada y a favor de la actora.*

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

Magistrada Magistrada