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 la respectiva Sala.

***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 26 de octubre de 2017*

***Radicación No****:**66001-31-05-003-2016-00318-01*

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

***Demandante****: Fernando de Jesús Henao Morales*

***Demandado:*** *Colpensiones*

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

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

***Tema a tratar: Retroactivo pensional. Condición más beneficiosa.*** *Pero además de lo anterior, es necesario que se tenga en cuenta cual fue el fundamento jurídico de la prestación, pues esta Sala Tercera de Decisión ha indicado en casos anteriores, que si la prestación se reconoce en aplicación del principio de la condición más beneficiosa entre Ley 860 de 2003 y el Acuerdo 049 de 1990, no es procedente el reconocimiento del retroactivo pensional, habida cuenta que el mismo se da por vía interpretativa, en virtud de la labor judicial, sin que ello demerite la interpretación que dio la AFP.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintiséis (26) días del mes de octubre de dos mil diecisiete (2017), siendo las nueve de la mañana (09.00 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 la parte demandante contra la sentencia dictada el 23 de noviembre de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que ***Fernando de Jesús Henao Morales*** adelanta contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones.***

**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 al retroactivo pensional de su pensión de invalidez a partir del 13 de mayo de 2013, y en consecuencia pide que se condene a la entidad demandada al pago del mismo entre aquella calenda y el 01 de octubre de 2015, cuando se incluyó en nómina al demandante, con los correspondientes interese de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico se relató que el actor padece varias enfermedades, que por ello inició el proceso de calificación de su invalidez, que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, determinó que tenía un 51.43% de merma en su capacidad de trabajo, estructurada el 13 de mayo de 2013, con un origen común, que solicitó el reconocimiento de su pensión de invalidez ante Colpensiones, que la entidad le negó la prestación mediante pronunciamiento del 27 de mayo de 2015, por no cumplir los requisitos de la Ley 860 de 2003, que el actor acudió a la acción de tutela para obtener el reconocimiento de su prestación con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa, que la Sala Civil Familia de este Tribunal amparó el derecho fundamental al mínimo vital del demandante y ordenó el reconocimiento de la prestación, que Colpensiones dio cumplimiento a la decisión, reconociendo la prestación de invalidez a partir del 01 de octubre de 2015, que no se canceló retroactivo pensional, que al demandante no se le concedieron incapacidades médicas, que la decisión de reconocimiento de la prestación fue recurrida en apelación, solicitando el retroactivo, que la entidad negó el mismo, indicando que la entidad demandada tiene entre sus lineamientos no reconocer el retroactivo pensional.

Admitida la demanda, se dio traslado a la entidad accionada, la que allegó respuesta por intermedio de profesional del derecho, aceptando los hechos atenientes a la calificación de la invalidez, el porcentaje asignado, así como la calenda de estructuración y el origen de la misma, la solicitud pensional y la negativa de la entidad, la acción de tutela interpuesta y el fallo emitido, así como el reconocimiento pensional y la fecha de reconocimiento de la prestación. Finalmente acepta el recurso propuesto contra ese acto y la confirmación de la decisión, así como su sustento. Frente a los restantes indicó que no eran ciertos o que no le constaban. Se opone a las pretensiones y excepciona de fondo “Inexistencia de la obligación demandada”, “Prescripción” y “Buena fe”.

***SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.***

La Jueza a-quo negó las pretensiones de la demanda, al encontrar que si bien mediante acción de tutela se reconoció la prestación al demandante, siendo esa decisión inamovible, en realidad de verdad el demandante no tenía derecho a la prestación pensional, al encontrar que el demandante estaba excluido del sistema pensional para la protección del riesgo de invalidez, pues la pérdida de capacidad laboral no se debió a hechos imprevistos o repentinos, sino a enfermedades propias de la edad. Sin embargo, insiste, que al haberse reconocido la prestación pensional con fundamento en el amparo del derecho al mínimo vital, no puede tal decisión desconocerse, pero lo que no puede ocurrir es reconocer el retroactivo pensional, porque tal prestación nunca debió haber surgido a la vida jurídica.

***APELACIÓN.***

El apoderado de la parte actora estuvo inconforme con la decisión, por lo que interpuso el recurso de apelación, indicando que la Jueza a-quo se salió del verdadero asunto del litigio, como lo era determinar el derecho al retroactivo pensional, no verificar si el demandante tenía derecho o no a la pensión de invalidez, asunto que fue determinado por el Juez de tutela. Indica que, de conformidad con el artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990 y el canon 40 de la Ley 100 de 1993, la prestación pensional de invalidez se debe reconocer desde la calenda de estructuración de la pérdida de capacidad laboral o desde el pago de la última incapacidad y, como el demandante no recibió auxilio por incapacidad alguna, debe necesariamente remontarse a tal fecha, sin que sea posible que la entidad, mediante una directiva interna desconozca la normatividad respectiva.

***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 por la parte actora, la Sala se plantea el siguiente interrogante:

*¿Desde qué fecha debió reconocerse efectivamente la pensión de invalidez del señor Fernando de Jesús Henao Morales?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

El artículo 40 de la Ley 100 de 1993, encargado de establecer el monto de la pensión de invalidez, regula en su inciso final lo tocante a la fecha desde la cual se debe comenzar a pagar esta prestación, con el siguiente tenor: *“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.****” –Negrillas de la Sala-.*

De la norma, se desprende de manera clara y sin ambages, que la pensión de invalidez debe pagarse desde el momento en que se estructuró la invalidez, aunque ello, debe interpretarse de conformidad con el artículo 3º del Decreto 917 de 1999 (vigente para el momento de estructuración de la invalidez en el caso puntual), que establece que mientras se esté recibiendo subsidio de incapacidad no se podrá recibir la pensión de invalidez, es decir, que si la persona está percibiendo el aludido subsidio, la calenda desde la cual se disfrutará la pensión de invalidez variará y será la correspondiente al día siguiente al último día de pago de la incapacidad.

El canon 10 del Acuerdo 049 de 1990, por su parte, regulaba el tema con el siguiente tenor: “*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 estructure tal estado. Cuando el beneficiario estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio”.*

Pero además de lo anterior, es necesario que se tenga en cuenta cual fue el fundamento jurídico de la prestación, pues esta Sala Tercera de Decisión ha indicado en casos anteriores, que si la prestación se reconoce en aplicación del principio de la condición más beneficiosa entre Ley 860 de 2003 y el Acuerdo 049 de 1990, no es procedente el reconocimiento del retroactivo pensional, habida cuenta que el mismo se da por vía interpretativa, en virtud de la labor judicial, sin que ello demerite la interpretación que dio la AFP. Vale la pena traer a colación lo que se ha dicho en casos anteriores:

*“No obstante lo anterior, se tiene que lo dicho no modifica la decisión de primer grado, amén que ha sostenido esta Sala Tercera de Decisión Laboral, que los efectos pecuniarios de la prestación pensional de invalidez o de sobrevivientes, reconocida en virtud del principio de la condición más beneficiosa, se surten a partir de la ejecutoria de la providencia que dispuso el reconocimiento pensional, para lo cual se ha apoyado en un pronunciamiento del máximo órgano de la especialidad laboral que, entre otras cosas, dice que la labor judicial “en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la Seguridad Social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia” (Sent. 02 de octubre de 2013. Rad. 44.454 Cas. Laboral).*

*Y si bien tal argumentación se aduce para colegir que no resulta razonable imponer el pago de intereses porque la conducta de la entidad de seguridad social siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regia el derecho en controversia, tal argumentación sirve, igualmente, para reconocer una prestación con apoyo en una interpretación constitucional favorable, pero con efectos solamente a partir de la ejecutoria de la sentencia, pues la negativa que adujo en su momento la entidad de seguridad social, se desprendía de una interpretación plausible de la norma aplicable al caso” (sentencia del 08 de junio de 2017. Rad. 004-2015-00021-01).*

Pues bien, en el caso puntual se tiene que obra a folio 22 y ss., copia de la sentencia emitida el 07 de septiembre de 2015, por parte de la Sala de Decisión Civil Familia de este Tribunal Superior, en la que se ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez, con base en el principio de la condición más beneficiosa y en aplicación del Acuerdo 049 de 1990. Por lo tanto, es evidente que el caso del señor Henao Morales encuadra perfectamente en la línea que ha desarrollado de tiempo atrás esta Sala, y no se observa situación alguna que conlleve su variación.

Lo anterior, sin embargo, no impide que se critique la actuación de la a-quo, quien de manera innecesaria entró a analizar la procedencia o no de la prestación, cuando se trata de un asunto que estaba completamente fuera del debate procesal, como bien lo indicó el apelante, pues ya había sido determinado por el Juez constitucional y, por tanto había hecho tránsito a cosa juzgada constitucional, inalterable por parte de la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, se insiste, las resultas del proceso serán las mismas fijadas en la sentencia apelada, esto es, negar las pretensiones de la demanda, puesto que como se vio, al ser el fundamento del reconocimiento pensional la aplicación de la norma bajo una interpretación más favorable, no resulta procedente la imposición de retroactivo pensional.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primer grado, pero por los motivos expuestos en esta providencia.

En cuanto a las costas en esta instancia, se dirá que las mismas correrán por cuenta de la parte apelante, ante la improsperidad del recurso propuesto

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. Confirma*** la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, en el proceso de la referencia, pero por las razones expuestas en esta providencia.

2. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante.

***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