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 respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia – Derrota

Radicación No: 66001-31-05-001-2015-00456-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Mario de Jesús Vélez Rivera

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: RETROACTIVO PENSIONAL / ENFERMEDAD DEGENERATIVA O PROGRESIVA / CUANDO NO LO ES / IMPOSIBILIDAD DE CONCEDERLO CUANDO SE ADVIERTA LA IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PENSIONAL.**

Para determinar la fecha a partir de la cual debe ser reconocida la pensión de invalidez, debe acudirse a las disposiciones que regulan el asunto.

Es así como el inciso final del artículo 40 de la Ley 100 de 1993 establece que comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado y; el artículo 3° del Decreto 917 de 1999, precisa que mientras la persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no tiene derecho a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez, como lo sería por supuesto la pensión. (…)

Adicionalmente, debe indicarse que la fecha de la estructuración de la invalidez no solo determina la del disfrute de la prestación, sino que resulta relevante para encontrar satisfecho el requisito atinente a la densidad de cotizaciones.

Es que en términos generales debe cumplirse la densidad de semanas que exige la Ley para alcanzar la pensión de invalidez con anterioridad a la determinación de la PCL; sin embargo, de manera excepcional, pueden considerarse otros momentos como son: (i) la fecha de calificación de la invalidez, (ii) la fecha de la última cotización efectuada o (iii) la fecha de solicitud del reconocimiento pensional; siempre y cuando la invalidez haya sido el producto de una enfermedad crónica o progresiva y las cotizaciones realizadas con posterioridad a la verdadera estructuración del estado invalidante se acredite que lo fueron en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado y no efectuadas con el único fin de defraudar al sistema general de pensiones…

… por no estar bajo las circunstancias propias de una enfermedad degenerativa, era abiertamente improcedente modificar la fecha de estructuración de la PCL del señor Mario de Jesús Vélez Rivera y, por lo tanto, la misma debía corresponder al 14/06/1988, época para la cual, conforme lo indicó la entidad accionada al contestar la demanda, el riesgo no estaba cubierto por el sistema de IVM, dado que la afiliación al mismo solo se presentó para el 01/10/1997, de ahí que no podía reconocerse la prestación.

En este orden de ideas, al hallarse la improcedencia del derecho pensional del actor, pese a que fue reconocido en sede administrativa, no es posible reconocer el retroactivo; lo que conlleva a la absolución de la entidad demandada respecto a dicho concepto.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTORA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

… considero que en el caso objeto de estudio se dan los presupuestos señalados por la Corte Constitucional para tener como fecha de estructuración aquella en la cual el actor hizo la última cotización, que como se observa en la historia laboral fue el 31 de enero de 2014 –y no el 31 de agosto como se indica en la sentencia de instancia-, pues se entiende que a partir de ese momento el gestor de la litis no pudo continuar laborando; sin que la fecha indicada en el dictamen emitido por el Departamento de Medicina Laboral de Colpensiones -14 de junio de 1988- o aquella en la que fue calificado -15 de mayo de 2013-, prevalezcan sobre ese hecho objetivo

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la última incapacidad certificada por la EPS Coomeva fue del año 2007 (fls. 144 y 145), al demandante le asistía derecho a que la gracia pensional se le cancelara a partir de su última cotización -31 de enero de 2014-, con base en el salario mínimo –que fue con el que se le concedió por parte de Colpensiones- y hasta el 29 de febrero de 2015, habida consideración que la pensión fue reconocida mediante la Resolución GNR 76819 de 2015, a partir del 1º de marzo de esa anualidad.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los veinticinco (25) días del mes de enero de dos mil diecinueve (2019), siendo las siete y cuarenta minutos de la mañana (07:40 a.m.), la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de surtir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 16 de agosto de 2017 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Mario de Jesús Vélez Rivera** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-**, radicado bajo el N° 66001-31-05-001-2015-00456-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado Demandada y su apoderado

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos atendiendo lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007.

**ANTECEDENTES**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

El señor Mario de Jesús Vélez Rivera, solicita que se declare que Colpensiones es responsable del pago del retroactivo de la pensión de vejez desde el 15/05/2013 –*fecha de estructuración de su invalidez*- y el 01/03/2015 –*cuando le fue cancelada su primera mesada pensional-,* que asciende a la suma de $14´328.928 y los intereses de mora.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) Padece de quemadura en la cadera y del miembro inferior de tercer grado y amputación de miembros inferiores, (ii) en razón de ello, fue calificado por el Departamento de Medicina Laboral de Colpensiones con un 60.95% de PCL, estructurada el 14/06/1988 y de origen común.

(iii) El 26/07/2013 solicitó el reconocimiento de la pensión a Colpensiones, pero le fue negada por insuficiencia de las semanas exigidas por la Ley 860/03; (iv) no obstante, en razón de acción de tutela fundamentada en que debe considerarse como fecha de estructuración, la de calificación de la PCL, se le reconoció la pensión a través de Resolución N° GNR 76819 de 2015 –sic-.

(v) Sin embargo, no se le reconoció el retroactivo causado desde el 15/05/2013, bajo el argumento de haber continuado cotizando hasta el 31/08/2014; (vi) contra ese acto administrativo presentó revocatoria directa, sin que haya sido decidida; (vii) no se le cancelan incapacidades desde el 04/03/2007.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-**, se opuso a todas las pretensiones de la demanda y como razones de defensa indicó que como existen cotizaciones posteriores a la fecha de expedición del dictamen -15/05/2013- se debe reconocer a partir del día siguiente a la realización del último aporte. Aunado a lo anterior, precisó que inicialmente se le había negado la prestación por tratarse de un riesgo no asegurable, en tanto la estructuración de la invalidez se presentó en el año 1988 y su afiliación se dio para el año 1997. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Estricto cumplimiento a los mandatos legales”, “Inexistencia de la obligación” y “Prescripción”.

1. **Síntesis de la sentencia apelada.**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira declaró que el señor Mario de Jesús Vélez Rivera tenía derecho a disfrutar la pensión de invalidez desde el 01/09/2014 en cuantía de 1 SMLMV, por lo que liquidó el retroactivo generado hasta el 29/02/2015 y obtuvo la suma de $4´368.700, de los cuales autorizó el descuento de los aportes a salud.

Para arribar a esa conclusión señaló que conforme a lo indicado por esta Corporación, cuando se trata de enfermedades crónicas, degenerativas, progresivas o congénitas, es posible tener en cuenta como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que al afiliado pierde de manera efectiva su capacidad laboral; de tal manera que como la accionada ha admitido que la patología del actor es progresiva y por eso le reconoció la prestación, aspecto que no ha sido debatido en este proceso, tiene derecho a que la misma le sea reconocida desde la fecha en que se realizó la última cotización al sistema -31/08/2014-.

Ahora como con posterioridad a esta calenda no le fueron otorgadas incapacidades, tiene derecho al pago de la pensión de invalidez, a partir del 01/09/2014 y hasta el 29/02/2015, día anterior a aquel en que fue incluido en nómina.

Finalmente, reconoció los intereses moratorios a partir del vencimiento del término de1 mes contado desde la ejecutoria de esta sentencia y no antes, dado que el reconocimiento pensional se da por una interpretación jurisprudencial favorable.

1. **Del grado jurisdiccional de consulta**

Por resultar la anterior decisión adversa a los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- se ordenó el surtimiento del grado jurisdiccional de consulta a su favor.

**CONSIDERACIONES**

1. **Del problema jurídico**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes:

1.1. Tiene derecho el demandante al reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de invalidez que le fuera reconocida por Colpensiones en sede administrativa?

**2. Solución al problema jurídico**

**2.1. Cuestión Previa**

De manera liminar debe indicarse que en el presente asunto la Sala se encuentra relevada de analizar los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, dado que la prestación fue reconocida en vía administrativa por la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- a través de la Resolución N° GNR 76819 del 13/03/2015, acto administrativo que se encuentra en firme, pues tras ser objeto de revocatoria directa, permaneció incólume una vez decidida esta mediante Resolución N° GNR 222313 del 26 de julio de ese mismo año.

Siendo así las cosas, se trata de un acto administrativo dotado de presunción de legalidad y a él debemos sujetarnos, con las salvedades que se indicarán a continuación.

Así mismo, resulta pertinente precisar que carece de veracidad lo afirmado por el actor en el libelo relacionado con que ese acto fue producto del cumplimiento de una decisión judicial, concretamente de la acción de tutela que presentó en el año 2015, a través de la cual pretendía que se tuviera como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que se le calificó su PCL, toda vez que como puede advertirse a folios 88 y s.s., es que esa petición fue negada por improcedencia.

**2.2. Del reconocimiento del retroactivo pensional**

**2.2.1 Fundamento jurídico**

Para determinar la fecha a partir de la cual debe ser reconocida la pensión de invalidez, debe acudirse a las disposiciones que regulan el asunto.

Es así como el inciso final del artículo 40 de la Ley 100 de 1993 establece que comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado y; el artículo 3° del Decreto 917 de 1999, precisa que mientras la persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no tiene derecho a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez, como lo sería por supuesto la pensión.

De las normas citadas, se colige fácilmente que la pensión de invalidez debe reconocerse a partir del momento en que se estructura el hecho invalidante, salvo que con posterioridad a esa calenda el afiliado haya disfrutado del subsidio de incapacidad, caso en el cual, el reconocimiento se debe efectuar una vez cese este pago, toda vez que se trata del reconocimiento de prestaciones respecto de una misma contingencia.

Adicionalmente, debe indicarse que la fecha de la estructuración de la invalidez no solo determina la del disfrute de la prestación, sino que resulta relevante para encontrar satisfecho el requisito atinente a la densidad de cotizaciones.

Es que en términos generales debe cumplirse la densidad de semanas que exige la Ley para alcanzar la pensión de invalidez con anterioridad a la determinación de la PCL; sin embargo, de manera excepcional, pueden considerarse otros momentos como son: (i) la fecha de calificación de la invalidez, (ii) la fecha de la última cotización efectuada o (iii) la fecha de solicitud del reconocimiento pensional; siempre y cuando la invalidez haya sido el producto de una enfermedad crónica o progresiva y las cotizaciones realizadas con posterioridad a la verdadera estructuración del estado invalidante se acredite que lo fueron en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado y no efectuadas con el único fin de defraudar al sistema general de pensiones; tal y como lo ha sostenido la SCL de la CSJ[[1]](#footnote-1), que a su vez ha admitido la tesis expuesta por su homóloga Constitucional[[2]](#footnote-2).

**2.1.2 Fundamento Fáctico**

Según el dictamen emitido el 15/05/2013 por la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- visible a folios 13 y s.s. del cd. 1, el señor Mario de Jesús Vélez Rivera fue dictaminado con una PCL del 60.95%, de origen común y fecha de estructuración del 14/06/1988, por ser esta la fecha en que se presentó el evento traumático que le generó la amputación de sus piernas y que corresponde a “quemadura eléctrica”

Por su parte, reposa a folios 22 y s.s. copia de la Resolución N° GNR 76819 del 13/03/2015, a través de la cual se le reconoció la pensión de invalidez y, en su parte considerativa refirió que por tratarse de una enfermedad progresiva, había lugar a tener como fecha de estructuración de la invalidez, la fecha en que el actor había sido calificado, esto es, el 15/05/2013.

De otro lado, conforme a la información suministrada por Coomeva EPS S.A., visible a folios 146, el actor recibió el pago de subsidios por incapacidad por el periodo comprendido entre de 21/02/2007 al 04/03/2007 a razón de 12 días, esto es, previo a la fecha de calificación del estado invalidante.

Conforme con lo anterior y a las normas citadas anteladamente, en principio el demandante tendría derecho al disfrute de la prestación desde el mismo momento en que la entidad accionada determinó, en aplicación de la jurisprudencia, que la fecha de estructuración de la invalidez correspondía al 15/05/2013.

Sin embargo, para la Sala Mayoritaria, a diferencia de lo sostenido por Colpensiones, la amputación de los miembros inferiores del actor, no puede considerarse como una enfermedad progresiva o degenerativa, en tanto esta es la que provoca un deterioro estructural o funcional de células o tejidos de manera progresiva o paulatina, es decir, que se prolonga en el tiempo, mientras que la situación del demandante -*amputación de miembros inferiores-* se presentó como consecuencia de la quemadura o descarga eléctrica que accidentalmente recibió el 14/06/1988, al presentar 6 días después necrosis, es decir, fue una secuela inmediata de ese accidente.

De tal manera, que por no estar bajo las circunstancias propias de una enfermedad degenerativa, era abiertamente improcedente modificar la fecha de estructuración de la PCL del señor Mario de Jesús Vélez Rivera y, por lo tanto, la misma debía corresponder al 14/06/1988, época para la cual, conforme lo indicó la entidad accionada al contestar la demanda, el riesgo no estaba cubierto por el sistema de IVM, dado que la afiliación al mismo solo se presentó para el 01/10/1997, de ahí que no podía reconocerse la prestación.

En este orden de ideas, al hallarse la improcedencia del derecho pensional del actor, pese a que fue reconocido en sede administrativa, no es posible reconocer el retroactivo; lo que conlleva a la absolución de la entidad demandada respecto a dicho concepto. Al respecto véase la sentencia CSJ STL 9051/2018.

**CONCLUSIÓN**

Así las cosas, se revocará la decisión revisada, para en su lugar absolver a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra. Costas en ambas instancias a cargo del actor y a favor de la entidad demanda, conforme lo dispuesto por el numeral 4° del artículo 365 del C.G.P.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Primera de Decisión Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 16 de agosto de 2017, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **Mario de Jesús Vélez Rivera** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-,** para en su lugar ABSOLERLA de todas las pretensiones de la demanda, conforme lo dicho en precedencia.

**SEGUNDO:** Costas en ambas instancias a cargo del actor y a favor de la entidad demanda, por lo expuesto.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ ANA LUCÍA CAICEDO CALDERON**

 Magistrado Magistrada

 Salva voto

Providencia: Sentencia del 25 de enero de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-001-2015-00456-01

Demandante: Mario de Jesús Vélez Rivera

Demandado: Colpensiones

Magistrada ponente: Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda

Magistrada que salva voto: Dra. Ana Lucia Caicedo Calderón

### **SALVAMENTO DE VOTO**

### Como quiera que mi proyecto fue derrotado por la mayoría de la Sala, mi salvamento de voto se edifica sobre lo que en su oportunidad propuse respecto al caso en cuestión, cuyos argumentos son los siguientes:

### Sea lo primero indicar, tal como lo señalara la Jueza de primer grado, que esta Corporación en sentencia del 4 de mayo de 2016, proferida dentro del proceso radicado con el número 2014-00478, M.P. Julio César Salazar Muñoz, estableció lo siguiente respecto a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral cuando se trata de enfermedades progresivas o degenerativas:

“Ha manifestado la Corte Constitucional por medio de la sentencia T-043 de 31 de enero de 2014 con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, que generalmente cuando se produce una pérdida de la capacidad laboral originada en un accidente o enfermedad de origen común o laboral, la fecha de estructuración coincide con la fecha de ocurrencia del hecho establecido en el dictamen de calificación médica; no obstante, advierte que existen casos en los que la fecha de la pérdida de la capacidad laboral es diferente a la fecha de estructuración en el dictamen de PCL; situación ésta que se presenta más precisamente en los eventos de personas que van perdiendo la capacidad laboral de manera progresiva y paulatina, es decir, en aquellos eventos en que se sufren de enfermedades crónicas degenerativas y congénitas.

En estos casos, evidenció la Alta Magistratura, que las calificaciones de invalidez efectuadas por las juntas u organismos determinados por la Ley para realizar tales experticias, señalan como fecha de estructuración de la PCL aquella en la que se presentó el primer síntoma, sin embargo, para este tipo de enfermedades ello no corresponde a la realidad, debido a que esa calenda no es en la que la persona pierde de manera permanente y definitiva la capacidad laboral; motivo por el que estima la Corte, que al analizar cada caso en concreto se debe determinar con base en el material probatorio allegado al proceso, cual es la fecha en la que la persona con la enfermedad crónica degenerativa o congénita le resulta imposible seguir trabajando, pues es en ese momento en el que efectivamente se estructura la pérdida de la capacidad laboral.”

Así las cosas, como quiera que en el presente asunto Colpensiones -motu proprio-[[3]](#footnote-3) concedió la pensión de invalidez al actor a través de la Resolución GNR 76819 del 13 de marzo del 2015, con ocasión de la patología de carácter progresivo que padece; a efectos de resolver los pedidos de la demanda era del caso tener en cuenta que el señor Mario de Jesús Vélez tuvo una actividad laboral continua que empezó el 1º de octubre de 1997 y culminó el 31 de enero de 2014, cotizando en ese interregno un total de 809,29 semanas, siempre como trabajador independiente (fl.129).

###  De esta manera, considero que en el caso objeto de estudio se dan los presupuestos señalados por la Corte Constitucional para tener como fecha de estructuración aquella en la cual el actor hizo la última cotización, que como se observa en la historia laboral fue el 31 de enero de 2014 –y no el 31 de agosto como se indica en la sentencia de instancia-, pues se entiende que a partir de ese momento el gestor de la litis no pudo continuar laborando; sin que la fecha indicada en el dictamen emitido por el Departamento de Medicina Laboral de Colpensiones -14 de junio de 1988- o aquella en la que fue calificado -15 de mayo de 2013-, prevalezcan sobre ese hecho objetivo

###  En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la última incapacidad certificada por la EPS Coomeva fue del año 2007 (fls. 144 y 145), al demandante le asistía derecho a que la gracia pensional se le cancelara a partir de su última cotización -31 de enero de 2014-, con base en el salario mínimo –que fue con el que se le concedió por parte de Colpensiones- y hasta el 29 de febrero de 2015, habida consideración que la pensión fue reconocida mediante la Resolución GNR 76819 de 2015, a partir del 1º de marzo de esa anualidad.

### No obstante lo anterior, como quiera que el presente asunto se conoce en virtud del grado jurisdiccional de consulta, debió mantenerse como fecha de estructuración aquella señalada por la Jueza de instancia, 31 de agosto de 2014.

### En estos términos sustento mi salvamento de voto.

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

### Magistrada

1. CSJ SL9203-2017, SL 16374-2015, reiteradas en la SL 11229 del 25/07/2017. [↑](#footnote-ref-1)
2. SU-588/16 [↑](#footnote-ref-2)
3. **No** fue por una orden contenida en fallo de tutela (fl. 22 y s.s.). [↑](#footnote-ref-3)