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.

Asunto: Apelación – Derrota

Proceso: Ordinario laboral

Radicación Nro.: 66001-31-05-004-2017-00434-01

Demandante: Humberto Castrillón Sánchez

Demandadas: Colpensiones

Juzgado de Origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: RETROACTIVO PENSIONAL / FECHA DE RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ: ESTRUCTURACIÓN DE LA INVALIDEZ O ÚLTIMA INCAPACIDAD PAGADA / SALVO QUE PROVENGA DE ENFERMEDAD PROGRESIVA O DEGENERATIVA Y LAS COTIZACIONES POSTERIORES SE FUNDEN EN UNA REAL CAPACIDAD RESIDUAL DEL INTERESADO / NO PROCEDE RETROACTIVO SI SE ADVIERTE LA IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PENSIONAL.**

… 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 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.

Lo anterior, 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 hayan realizado en ejercicio de una efectiva y probada capacidad residual del interesado y no con el único fin de defraudar al sistema general de pensiones…

… al hallarse la improcedencia del derecho pensional del actor, pese a que fue reconocido en sede administrativa, no es posible reconocer el retroactivo deprecado, tal y como lo ha sostenido la SCL de la CSJ en sede de tutela en los siguientes términos: “no hay lugar a conceder el amparo, porque conforme a la jurisprudencia reiterada de esta colegiatura, el accionante, no tendría derecho a la pensión de invalidez…

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

… la controversia en el presente asunto se originó por el contenido ambiguo de la Resolución VPB 52952 del 17 de julio de 2015, pues al tiempo que señala como fecha de estructuración la del dictamen de pérdida de capacidad laboral, reconoce la gracia pensional a partir del día siguiente a la última cotización.

Frente al anterior panorama, estimo que los fundamentos de la demanda son acertados y debieron tenerse en cuenta a efectos de reconocer la gracia pensional, pues siendo la fecha del dictamen aquella que Colpensiones consideró como la de estructuración, le correspondía remitirse al contenido de la norma que establece de manera expresa lo concerniente al reconocimiento, que no es otra que el último inciso del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal establece:

“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.”

Así las cosas, se itera, habiéndose reconocido en la Resolución VPB 52952 del 17 de julio de 2015 que la estructuración de la invalidez se dio el 27 de marzo de 2013 (fl. 17), no había lugar a considerar los pagos efectuados con posterioridad, siendo del caso indicar que en aquella calenda el demandante tenía cotizadas más de 100 semanas en los 3 años anteriores, es decir, duplica las 50 semanas exigidas por la Ley 860 de 2003.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los veinticinco (25) días del mes de enero de dos mil diecinueve (2019), siendo las siete y quince minutos de la mañana (7:15 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 tramitar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 5 de abril de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Humberto Castrillón Sánchez,** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, radicado bajo el número 66001-31-05-004-2017-00434-01.

**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.

**ANTECEDENTES**

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

Pretende el señor Humberto Castrillón Sánchez que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez desde el 27/03/2013 fecha de estructuración de su invalidez y hasta el día anterior al reconocimiento de la prestación, en cuantía de 1 SMLMV, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita que resulte probado y las costas del proceso.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) el 27/03/2013 fue calificado por la JRCI de Risaralda con una PCL del 60.04% de origen común y estructurada el 16/08/2006; (ii) el 16/10/2013 solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez, pero le fue negada por insuficiencia de cotizaciones; (iii) contra ese acto interpuso los recurso de ley aduciendo que debía aplicarse la sentencia T692-2014, para tener en cuenta las cotizaciones posteriores a la estructuración de la PCL por tratarse de una enfermedad degenerativa.

(iv) Al desatar el recurso de apelación la demandada le reconoció la prestación con base en la Ley 100 de 1993, a partir del 01/08/2015 y en cuantía de 1 SMLMV, tras tener como fecha de estructuración de la invalidez el 27/03/2013 cuando fue calificado.

(v) Pese a lo anterior, solo se le reconoció el retroactivo a partir del día siguiente a la última cotización; (vi) aduce que si Colpensiones adopta como fecha de estructuración de la invalidez la del dictamen, desde ese momento también debe reconocerse el retroactivo, dado que no le fueron reconocidas incapacidades en los años 2013 a 2015.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, se opuso a todas las pretensiones de la demanda y como razones de defensa indicó que el actor cuenta con 615 semanas de las cuales solo 511 fueron cotizadas con anterioridad al 27/03/2015 –sic- y que como realizó aportes con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, la prestación solo se podía reconocer a partir del 01/08/2015.

Propuso las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”; “Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”, “Excepción de innominada” –sic- y “Prescripción”.

**2. Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al actor.

Para arribar a esa conclusión señaló que Colpensiones reconoció la pensión de invalidez al actor a pesar de que no cumplía los requisitos exigidos en la norma vigente al momento de la estructuración del estado invalidante, tras aplicar la interpretación jurisprudencial favorable sobre enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas que ha realizado la Corte Constitucional, según la cual la estructuración de la invalidez está ligada al momento en que la persona deja efectivamente de laborar, esto es, la fecha en que cesó sus cotizaciones, precedente que ha sido acogido por este Tribunal.

Precisó que no era posible reconocer el retroactivo reclamado porque con ello se puede ver afectado el fondo común con el que se benefician los afiliados del régimen de seguridad social.

**3. Del grado jurisdiccional de consulta**

Por resultar la anterior totalmente decisión adversa a los intereses de la parte actora, se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta a su favor, conforme lo dispuesto por el artículo 69 del C.P.L.

**CONSIDERACIONES**

**1. De los problemas jurídicos**

(i) ¿Le asiste derecho a parte la actora para que obtener el reconocimiento y pago del retroactivo pensional que implora?

**2. Solución a los problemas jurídicos**

**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° VPB 52952 del 17/07/2015, acto administrativo que se encuentra en firme y por lo tanto, deba presumirse su legalidad.

De otro lado, resulta de suma importancia precisar que contrario a lo manifestado por la parte actora en la demanda, el dictamen emitido por la JCRI de Risaralda no lo fue el 27/03/2013 sino el 20/06/2013, como claramente se observa a folio 20 del expediente; pues aunque la primera fecha consta en el mismo, hace referencia a aquella en que fue recibida en esa dependencia la solicitud de calificación.

**2.2. Del reconocimiento del retroactivo pensional**

**2.1.1. 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.

Así, 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 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.

Lo anterior, 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 hayan realizado en ejercicio de una efectiva y probada capacidad residual del interesado y no 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 por la JRCI de Risaralda el señor Humberto Castrillón Sánchez fue dictaminado con una PCL del 60.04%, de origen común y fecha de estructuración del 16/08/2006, por ser esta la fecha en que presentó paro respiratorio o cardiopatía dilatada, según se explica en la ponencia anexa al mismo.

Así mismo, en el acápite N° 4 del dictamen, denominado “Antecedentes Laborales del Calificado”, en el ítem “Denominación del cargo actual” se plasmó claramente que “No labora desde el 16 de agosto de 2006”; información que se diligencia conforme lo indicado por el evaluado y, en la parte final de la ponencia se registró “*Hombre de 56 años de edad con cardiopatía severa de varios años de evolución que lo mantienen incapacitado para laborar…”*

Dicho documento fue aportado al proceso con la demanda, de lo cual se infiere que la parte actora está conforme con lo allí vertido, información que a su vez fue aceptada por la entidad accionada al no solicitar su ratificación, que era lo procedente al tratarse de un documento declarativo emanado de un tercero –*artículo 262 del CGP-.*

En este orden de ideas, a juicio de la Sala Mayoritaria, los aportes realizados por el demandante con posterioridad al 16/08/2006, no lo fueron en ejercicio de su efectiva y probada capacidad laboral residual, pues no existe prueba que así lo acredite, existiendo en él la carga de acreditar tal circunstancia.

Por lo tanto, resulta claramente inaplicable la jurisprudencia antes indicada que permite el cambio de la fecha a partir de la cual pueden contabilizarse las semanas necesarias para encontrar satisfecha la densidad de cotizaciones para causar el derecho a la pensión de invalidez; sin embargo, como ese aspecto fue definido en sede administrativa por Colpensiones y el respectivo acto administrativo está dotado de legalidad, según se indicó en los albores de esta decisión, no le compete a esta Corporación profundizar sobre los efectos que pueda tener sobre él.

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 deprecado, tal y como lo ha sostenido la SCL de la CSJ[[3]](#footnote-3) en sede de tutela en los siguientes términos: *“no hay lugar a conceder el amparo[[4]](#footnote-4), porque conforme a la jurisprudencia reiterada de esta colegiatura, el accionante, no tendría derecho a la pensión de invalidez, como quiera que su pérdida de capacidad laboral superior al 50% se estructuró el 13 de mayo de 2013, esto es, bajo la vigencia de la Ley 860 de 2003, sin que sea posible aplicar el principio de la condición más beneficiosa, para retroceder hasta el Acuerdo 049 de 1990 a fin de otorgar la prestación”;* jurisprudencia aplicable en este caso, así no se trate de los mismos supuestos facticos, pues lo que se toma de ella es que el retroactivo no hay lugar a reconocerse, cuando el derecho pensional no había lugar a concederlo.

**CONCLUSIÓN**

Así las cosas, se confirmará la decisión revisada.

Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

**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: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 05 de abril de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso propuesto por el señor **Humberto Castrillón Sánchez,** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, conforme lo dicho en precedencia.

**SEGUNDO:** Sin **c**ostas en esta instancia, por lo mencionado.

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 CALDERÓN**

 Magistrado Magistrada

 Salva voto

Providencia: Sentencia del 25 de enero de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-004-2017-00434-01

Demandante: Humberto Castrillón Sánchez

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:

1. **Supuestos fácticos probados**

Se encuentra por fuera de toda discusión aspectos fácticos tales como el origen y el porcentaje o grado de pérdida de la capacidad laboral del demandante, pues **el 27 de marzo de 2013** el demandante se hizo calificar por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, ente que el **20 de junio de la misma anualidad** lo conceptuó con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 60,04%, de origen común (fls. 20 y 21). Asimismo, se encuentra por fuera de debate que el señor Castrillón Sánchez efectuó cotizaciones en el régimen de prima media desde junio de 1984 interrumpidamente hasta el **31 de julio de 2015** (fl. 48 y s.s.), y que Colpensiones le reconoció la pensión de invalidez a través de la Resolución VPB 52952 del 17 de julio de 2015, acto en el que se tuvo como fecha de estructuración el **27 de marzo de 2013** pero que concedió la prestación a partir del día siguiente a la última cotización, es decir, desde el 1º de agosto de 2015 (fls. 15 a 18).

### De esta manera, la controversia radicaba en determinar si la gracia pensional debía concederse desde la fecha señalada como de estructuración en la Resolución VPB 52952 del 17 de julio de 2015 o, por el contrario, como en el mismo acto se señaló, si ella debe cancelarse a partir del día siguiente a la fecha en que se hizo el último aporte para pensiones.

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

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, que sufra una pérdida de capacidad laboral igual o superior al cincuenta por ciento (50%) y, *(ii)* que haya 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 mínimo de tiempo cotizado era de veintiséis (26) semanas en cualquier época si se encontraba cotizando a la fecha de estructuración de la invalidez o, la misma cantidad en el año inmediatamente anterior a la estructuración, en caso de que haya dejado de cotizar al sistema.

El artículo 3º del Decreto 1507 de 2014, ***norma que en su artículo 6º derogó el artículo 3° del Decreto 917 de 1999***, define la fecha de estructuración de la invalidez en los siguientes términos:

“Artículo 3. Definiciones. Para efectos de la aplicación del Presente decreto, se adoptan las siguientes definiciones:

(…)

Se entiende como la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.

Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumen­tada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral.”

Las entidades encargadas de calificar la pérdida de capacidad laboral, por regla general, han aplicado esta norma 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 la jurisprudencia constitucional a establecer ciertas reglas para aquellas personas discapacitadas cuyo estado invalidante se produjo, por ejemplo, con ocasión de una enfermedad crónica, degenerativa y progresiva; personas a las cuales la aplicación literal de la norma en comento en muchas ocasiones terminaba violando sus derechos fundamentales, máxime cuando pese al estado invalidante de todas maneras trabajaron y cotizaron al sistema ora como trabajadores dependientes, ora como trabajadores independientes, y no obstante se les negaba el derecho bajo el argumento de no haber cotizado el número de semanas legales antes de la estructuración de la invalidez.

En efecto, la Corte Constitucional ha dado pasos enormes con una interpretación inclusiva de la norma a través de sentencias de tutela como pasamos a ver:

En la sentencia T-483 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa, se indicó *“que las personas cuya pérdida de la capacidad laboral es producto de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, tienen derecho a que la fecha de estructuración de la invalidez se fije en relación con el momento en que se pierde efectivamente la capacidad laboral, en tanto se trata de enfermedades cuyos efectos se manifiestan de forma progresiva, por lo que la capacidad para trabajar va perdiéndose poco a poco. Entendiendo la pérdida de capacidad como la incapacidad de seguir ofreciendo la fuerza de trabajo en el mercado laboral, y en consecuencia, la imposibilidad de proveerse autónomamente un sustento económico, así como de continuar efectuando cotizaciones al sistema general de seguridad social”*.

En el caso analizado por la Corte se reparó en el hecho de que con frecuencia ocurre que se niega el reconocimiento de una pensión por invalidez, cuando está más que demostrado que el interesado pudo cotizar a pensiones hasta más allá de la fecha de estructuración de la invalidez, muy a pesar de una supuesta condición incapacitante, pues las Juntas de Calificación de Invalidez generalmente apelan a la ficción de situar el momento a partir del cual se considera que una persona no podrá seguir trabajando, en una etapa de la enfermedad en que el afiliado sigue siendo un trabajador productivo y funcional, y puede aportar al sistema.

 En dicha sentencia la Corte no plantea que en la determinación del número de semanas que exige la ley para hacerse beneficiario de la pensión de invalidez, sea admisible contabilizar cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad. Lo que evidencia la jurisprudencia es un problema con la determinación real y material de la fecha en la que la persona debe calificarse con una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva, cuando las Juntas se apartan de la realidad, razón por la cual, el juez laboral, con fundamento en los elementos probatorios del caso, deberá evaluar si es determinable la fecha material o real de configuración de la invalidez, para consecuentemente realizar el cálculo de las semanas cotizadas con base en esta fecha, pues ocurre en los casos de afiliados que padecen una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, que se determina una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, sin tener en cuenta los aportes realizados al sistema, hasta el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva, entendiendo que esta coincide con la situación material de la persona.

 Así, la Corte Constitucional abrió la puerta a la posibilidad que en aquellos eventos en que el 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.

  Con base en las anteriores consideraciones la Corte concluyó que cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, deberá tener en cuenta los aportes realizados al Sistema durante el tiempo comprendido entre dicha fecha, y el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma *permanente y definitiva*. Es decir, la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral debe alcanzar un grado de determinación que refleje la situación médica y laboral real de la persona.

Finalmente, en la sentencia SU-588 de 2016 la Alta Magistratura consolidó su jurisprudencia para dejar un margen de discrecionalidad al momento de determinar la fecha de estructuración de la invalidez de quienes padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en el siguiente sentido:

“De acreditarse todo lo anterior, Colpensiones o la Administradora de Fondos de Pensiones deberá elegir el momento desde el cual aplicará el supuesto establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, tal y como fue modificado por la Ley 860 de 2003. Dicha instante podrá corresponder a la fecha en la que (i) se realizó la última cotización; (ii) la de la solicitud pensional; o **(iii) la de la calificación**, decisión que se fundamentará en criterios razonables, previo análisis de la situación particular y en garantía de los derechos del reclamante. Es decir que, a partir de dicho momento, realizará el conteo hacia atrás de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores, para determinar si la persona tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.” (Negrilla fuera del texto)

1. **Caso concreto**

### Para resolver el problema jurídico planteado en el presente asunto debía indicarse, tal como lo advirtiera la operadora judicial de instancia, que con la fecha de estructuración plasmada en el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de invalidez de Risaralda, **16 de agosto de 2006**, el actor no cumpliría los requisitos para acceder a la pensión de invalidez consagrada en la Ley 860 de 2003, habida consideración que carece de 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a esa calenda; por ello, la administradora de pensiones, justificándose en el precedente de la Corte Constitucional, concedió la gracia pensional al considerar que las patologías que afectan al promotor del litigio son de naturaleza degenerativa.

### No obstante lo anterior, la controversia en el presente asunto se originó por el contenido ambiguo de la Resolución VPB 52952 del 17 de julio de 2015, pues al tiempo que señala como fecha de estructuración la del dictamen de pérdida de capacidad laboral, reconoce la gracia pensional a partir del día siguiente a la última cotización.

### Frente al anterior panorama, estimo que los fundamentos de la demanda son acertados y debieron tenerse en cuenta a efectos de reconocer la gracia pensional, pues siendo la fecha del dictamen aquella que Colpensiones consideró como la de estructuración, le correspondía remitirse al contenido de la norma que establece de manera expresa lo concerniente al reconocimiento, que no es otra que el último inciso del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal establece:

“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.”

### Así las cosas, se itera, habiéndose reconocido en la Resolución VPB 52952 del 17 de julio de 2015 que la estructuración de la invalidez se dio el 27 de marzo de 2013 (fl. 17), no había lugar a considerar los pagos efectuados con posterioridad, siendo del caso indicar que en aquella calenda el demandante tenía cotizadas más de 100 semanas en los 3 años anteriores, es decir, duplica las 50 semanas exigidas por la Ley 860 de 2003.

### No podía perderse de vista, tal como se reseñara previamente, que la disposición contenida en el artículo 3º del Decreto 917 de 1999 fue derogada por el Decreto 1507 de 2014, mismo que en su artículo 2º ya no define la fecha de estructuración como aquella en la que se efectuó la calificación, siendo entonces la jurisprudencia constitucional la que permite a las administradoras de pensiones considerar cada caso para determinar a partir de qué momento se concede la prestación, cuando se trata de enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas. Sin embargo, la jurisdicción ordinaria puede entrar a revisar si la decisión del fondo de pensiones se aviene a la realidad.

### Por lo anterior, debió revocarse la sentencia de primer grado para, en su lugar, ordenar el pago del retroactivo causado entre el 27 de marzo de 2013 y el 31 de julio de 2015.

### 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. SLT9051 de 2018 M.P. [↑](#footnote-ref-3)
4. Que pretendía el reconocimiento del retroactivo pensional [↑](#footnote-ref-4)