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

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00419-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Virgelina Jiménez Bravo

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

**TEMAS: PENSIÓN DE INVALIDEZ / FECHA DE CAUSACIÓN / EQUIVALE A LA FECHA DE ESTRUCTURACIÓN DE LA INVALIDEZ / EXCEPTO SI LA CAUSA ES ENFERMEDAD CRÓNICA, DEGENERATIVA O CONGENITA / EN TAL CASO LA CONTABILIZACIÓN DE LAS 50 SEMANAS DEBE TRASLADARSE A UNA FECHA POSTERIOR A LA DE ESTRUCTURACIÓN, NO ANTERIOR.**

Los requisitos para la pensión de invalidez se encuentran contemplados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que exige al afiliado haber cotizado por lo menos 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de su estado de invalidez del 50% o superior.

Frente a la acreditación de la densidad de cotizaciones, la SCL de la CSJ , ha sido consistente en señalar que debe cumplirse con anterioridad a la determinación de la PCL, pues así se ha establecido a lo largo de los años por cada una de las normativas que regulan el reconocimiento de la pensión de invalidez; sin embargo, ha admitido la tesis expuesta por su homóloga Constitucional en la sentencia SU-588-2016, consistente en que una vez acreditada la existencia de una enfermedad crónica o degenerativa y de aportes fruto de la capacidad laboral residual y sin el propósito de defraudar al sistema general de pensiones, pueden tenerse en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración y con anterioridad a la fecha de (i) calificación de la invalidez, (ii) la última cotización efectuada o (iii) de la solicitud del reconocimiento pensional, para verificar el cumplimiento de la densidad de cotizaciones que demanda el artículo 1º de la Ley 860/2003. (…)

El órgano de cierre de esta especialidad en sede de tutela indicó que cuando se advierta la improcedencia del derecho invocado en juicio ordinario, pero reconocido primigeniamente en sede constitucional, no es posible reconocer el retroactivo, tal y como se observa en el siguiente aparte:

“Ante el anterior escenario, estima la Sala que aunque no se comparte el argumento del tribunal, respecto a la fecha a partir de la cual debe reconocerse el retroactivo, por cuanto la ley establece que debe concederse desde la fecha de la estructuración, 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, 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”. (…)

… respecto al pago del retroactivo pretendido a través de esta acción, se advierte a todas luces su improcedencia, como quiera que así mismo se considera lo era el reconocimiento pensional, dado que este tuvo su génesis en lo ordenado por el Juez constitucional de “modificar la fecha de estructuración de la invalidez de la actora”, en virtud de la jurisprudencia constitucional, que lo permite cuando el afiliado padece una enfermedad catalogada como crónicas, degenerativas o congénitas, para que se tenga en cuenta como tal, aquella en que se efectuó entre otras, la última cotización al sistema.

Sin embargo, para que dicha teoría prospere se supone que el pago del último aporte al sistema pensional debe ser posterior a la fecha en que fue determinada la estructuración de la PCL por la autoridad competente –JCR- pues se trata de cotizaciones realizadas en virtud de la capacidad residual para laborar, es decir, del esfuerzo realizado después de la configuración de la invalidez, debidamente acreditado en el proceso judicial.

Situación que difiere notoriamente de lo definido a favor de la señora Virgelina Jiménez Bravo, en tanto la data de la estructuración de su PCL fue definida por la JRCI de Risaralda el 26/05/2015…, por lo cual la contabilización de las 50 semanas debía trasladarse a una fecha posterior y no anterior, concretamente para el 31/05/2012 como erradamente se efectuó.

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

manifiesto mi inconformidad frente a la decisión mayoritaria por cuanto considero, tal como lo expresé en el proyecto en el que fungí como ponente, que en el presente asunto no estaba en discusión el hecho de que la pensión de invalidez se reconoció de manera definitiva en cumplimiento de una sentencia de tutela que hizo tránsito a cosa juzgada, en el que se estableció la fecha de estructuración de la invalidez de la señora Virgelina Jiménez.

Fue en virtud del fallo constitucional emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, confirmado por la Sala Penal de este Tribunal, que Colpensiones reconoció a la promotora de la litis la pensión de invalidez, a través de la Resolución SUB 118914 del 5 de julio de 2017, a partir del 1º de julio de la misma anualidad (fl. 39 s.s.), de modo que el asunto a determinar en el caso de marras era la fecha a partir de la cual aquella tenía derecho a percibir la aludida prestación, pues, reitero, existe cosa juzgada constitucional en relación con la fecha de estructuración de la invalidez de la señora Virgelina Jiménez, al haberse emitido una sentencia por un juez de la República en un trámite en el que Colpensiones tuvo la oportunidad de intervenir…



**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los dieciocho (18) días del mes de marzo de dos mil diecinueve (2019), siendo las diez y treinta minutos de la tarde (10:30 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 resolver el recurso de apelación respecto de la sentencia proferida el 06 de abril de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Virgelina Jiménez Bravo** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-**,radicado bajo el N° 66001-31-05-003-2017-00419-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderada: Colpensiones y su apoderada:

**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**

La señora Virgelina Jiménez Bravo solicita que se condene a Colpensiones a cancelarle el retroactivo de su pensión de invalidez causado entre el 31/05/2012 fecha de estructuración de la invalidez y hasta el 01/07/2017 fecha de reconocimiento de la primera mesada, con los intereses moratorios y las costas del proceso.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) mediante dictamen del 11/07/2016 fue calificada por la JRCI de Risaralda con una PCL del 55.43% estructurada el 26/05/2015 y de origen común; (ii) sus patologías son diabetes mellitus, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, hipertensión arterial, osteoporosis, síndrome del túnel carpiano y trastorno depresivo recurrente.

(iii) Solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez que le fue negada mediante Resolución N° GNR 348464 de 2016 por no contar con 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de su PCL; (iv) frente a ese acto administrativo presentó recurso de apelación, que fue desatado desfavorablemente.

(v) En virtud de lo anterior, presentó acción de tutela fruto de la cual Colpensiones a través de la Resolución N° SUB 118914 de 2017 le reconoció la pensión a partir del 31/05/2012, sin derecho a retroactivo. (vi) solicitó la revocatoria directa de esa resolución pero le fue negada; (vii) según certificación de la EPS no le han sido canceladas incapacidades.

La **Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-** se opuso a todas las pretensiones de la demanda; como razones de defensa arguyó que la actora no cumple con la densidad de cotizaciones prevista en la Ley 860/03 para acceder a la pensión de invalidez. Sin embargo, acató la orden constitucional y reconoció la prestación a corte de nómina. Propuso como excepciones de mérito las que denominó “Inexistencia de la obligación demandada”, “Prescripción” y “Buena fe”

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

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira negó las pretensiones de la demanda, declaró probada la excepción de “Inexistencia de la obligación demandada” y condenó en costas a la parte actora.

Conclusión a la que arribó tras indicar que la función del Juez constitucional es proteger los derechos fundamentales y en el caso de la señora Virgelina Jiménez Bravo, aunque se ordenó el reconocimiento de un derecho prestacional, ello se hizo con el fin de proteger sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social a través de una interpretación constitucional favorable.

Por lo tanto, el derecho a las mesadas pensionales se genera desde el momento que la entidad constitucional emite la orden de la protección –junio de 2017-, por lo que Colpensiones al reconocer la prestación desde el 01/07/2017, obró debidamente, siendo ese el motivo para no acceder al reconocimiento del retroactivo peticionado.

* 1. **Síntesis del recurso de apelación**

Inconforme con lo decidido, el apoderado judicial de la parte actora presentó recurso de alzada y expresó que aunque el juez constitucional pretendió proteger derechos fundamentales, también determinó una fecha para que la demandante pudiera acceder a la pensión de invalidez, la que debe considerarse como definitiva para resolver su derecho pensional, de ahí que no deba existir un nuevo pronunciamiento al respecto, pues el mismo fue definido de manera tácita.

Y, como desde esa fecha, se verifica el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 39 y 40 de la Ley 100/93, debe por lo tanto, reconocerse el retroactivo pensional desde ese momento.

**CONSIDERACIONES**

1. **Del problema jurídico**

Visto el recuento anterior, la Sala formula el siguiente:

¿Hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago del retroactivo solicitado por la actora a pesar de no cumplirse los presupuestos expuestos por la Corte Constitucional, a través de la sentencia SU588-2016, para cambiar la fecha de contabilización de las semanas para adquirir la pensión de invalidez con base en el artículo 1 de la Ley 860/2003?

1. **Solución al interrogante planteado**

**2.1 Requisitos de la pensión de Invalidez - Fecha de estructuración de la PCL cuando se trata de enfermedades crónicas o progresivas.**

**2.1.1. Fundamento jurídico**

Los requisitos para la pensión de invalidez se encuentran contemplados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que exige al afiliado haber cotizado por lo menos 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de su estado de invalidez del 50% o superior.

Frente a la acreditación de la densidad de cotizaciones, la SCL de la CSJ[[1]](#footnote-1), ha sido consistente en señalar que debe cumplirse con anterioridad a la determinación de la PCL, pues así se ha establecido a lo largo de los años por cada una de las normativas que regulan el reconocimiento de la pensión de invalidez; sin embargo, ha admitido la tesis expuesta por su homóloga Constitucional en la sentencia SU-588-2016, consistente en que una vez acreditada la existencia de una enfermedad crónica o degenerativa y de aportes fruto de la capacidad laboral residual y sin el propósito de defraudar al sistema general de pensiones, pueden tenerse en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración y con anterioridad a la fecha de (i) calificación de la invalidez, (ii) la última cotización efectuada o (iii) de la solicitud del reconocimiento pensional, para verificar el cumplimiento de la densidad de cotizaciones que demanda el artículo 1º de la Ley 860/2003.

Así, los presupuestos atrás citados, tiene la demandante la carga de probarlos para beneficiarse de la doctrina constitucional, lo que está en consonancia con el principio probatorio de la necesidad de la prueba, pues toda decisión debe estar fundada en la prueba regular y oportunamente allegadas al proceso y valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, ello al tenor de lo previsto en los artículos 164, 167 y 176 del C.G.P., que se aplican en materia laboral por remisión que efectúa el canon 145 del C.P.L.

**2.2. De la improcedencia del reconocimiento del retroactivo pensional cuando se advierte el incumplimiento de los presupuestos legales o jurisprudenciales para acceder al derecho**

El órgano de cierre de esta especialidad en sede de tutela[[2]](#footnote-2) indicó que cuando se advierta la improcedencia del derecho invocado en juicio ordinario, pero reconocido primigeniamente en sede constitucional, no es posible reconocer el retroactivo, tal y como se observa en el siguiente aparte:

*“Ante el anterior escenario, estima la Sala que aunque no se comparte el argumento del tribunal, respecto a la fecha a partir de la cual debe reconocerse el retroactivo, por cuanto la ley establece que debe concederse desde la fecha de la estructuración, 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, 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”.*

Si bien el anterior extracto hace referencia a la improcedencia de aplicar el principio de la condición más beneficiosa para acudir a cualquier norma que en el pasado hubiera regulado la situación del afiliado, la tesis allí plasmada es perfectamente aplicable al caso de marras, por cuanto lo que con ello se quiere significar, es que a pesar de concederse el derecho pensional en sede de tutela o como consecuencia de una decisión de tutela, ello no implica el reconocimiento del retroactivo por parte del juez natural, en tanto no hubiere salido avante la misma pretensión pensional, supuesto fáctico similar al asunto que nos ocupa, de ahí que sea aplicable tal regla.

**2.3. Fundamento fáctico**

Auscultadas las pruebas que aprovisionaron el expediente se advierte que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta ciudad en sede de tutela le ordenó a Colpensiones emitir un nuevo acto administrativo para resolver el derecho pensional de la actora, en el que debía tener como fecha de estructuración de la invalidez el última día de su pago al sistema pensional, es decir, el 31/05/2012. Decisión que fue confirmada por la Sala Penal de esta Corporación mediante sentencia del 28/06/2017.

En virtud de lo anterior, Colpensiones le reconoció a la señora Virgelina Jiménez Bravo la pensión de invalidez tras encontrar satisfecha la densidad de semanas de cotizaciones exigida por el art. 1º de la Ley 860/03, atendiendo la fecha fijada en sede constitucional, 31/05/2012, determinación que no puede ser desconocida por esta Sala en tanto hace tránsito a cosa juzgada.

Ahora, respecto al pago del retroactivo pretendido a través de esta acción, se advierte a todas luces su improcedencia, como quiera que así mismo se considera lo era el reconocimiento pensional, dado que este tuvo su génesis en lo ordenado por el Juez constitucional de *“modificar la fecha de estructuración de la invalidez de la actora”,* en virtud de la jurisprudencia constitucional[[3]](#footnote-3), que lo permite cuando el afiliado padece una enfermedad catalogada como crónicas, degenerativas o congénitas, para que se tenga en cuenta como tal, aquella en que se efectuó entre otras, la última cotización al sistema.

Sin embargo, para que dicha teoría prospere se supone que el pago del último aporte al sistema pensional debe ser posterior a la fecha en que fue determinada la estructuración de la PCL por la autoridad competente –JCR- pues se trata de cotizaciones realizadas en virtud de la capacidad residual para laborar, es decir, del esfuerzo realizado después de la configuración de la invalidez, debidamente acreditado en el proceso judicial.

Situación que difiere notoriamente de lo definido a favor de la señora Virgelina Jiménez Bravo, en tanto la data de la estructuración de su PCL fue definida por la JRCI de Risaralda el 26/05/2015 –fl. 16 cd. 1-, por lo cual la contabilización de las 50 semanas debía trasladarse a una fecha posterior y no anterior, concretamente para el 31/05/2012 como erradamente se efectuó.

Es que nótese que aceptar tal tesis es tanto como permitir que la persona a la que la JRCI le ha fijado una fecha de estructuración de su invalidez, obtenga con su sola afirmación, de que no pudo volver a trabajar con anterioridad a esa fecha, el cambio de la misma, para, a partir de su último aporte y hacia atrás buscar y contabilizar las 50 semanas necesarias para acceder al derecho o en otras palabras, la contabilización de estas semanas en cualquier caso se haría a partir de la última cotización sin importar que esta sea anterior a quedar invalida la persona, lo que desfigura la pensión de invalidez.

Ahora de haber considerado errada la fecha de estructuración de la invalidez declarada en el dictamen de la JRCI, debió cuestionarlo para lograr su modificación, lo que no hizo la parte actora, con lo que se entiende que lo aceptó, esto es, la fecha de estructuración.

Refulge así, la improcedencia de aplicar a la actora la interpretación constitucional citada, de ahí que su derecho pensional por invalidez debía definirse partiendo de la fecha de estructuración de la invalidez señalada por la JRCI -26/05/2015- y al carecer la actora de cotizaciones con posterioridad al 31/05/2012, según se extrae de la historia laboral expedida por Colpensiones, visible a folios 58 y s.s. del cd. 1, resulta fácil colegir, que no se cumpliría con la densidad de cotizaciones prevista en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

A tono con lo anterior, la inviabilidad del reconocimiento del derecho pensional de invalidez a favor de la señora Virgelina Jiménez Bravo lleva consigo la improcedencia del retroactivo peticionado.

No sobra decir que lo que aquí se observa es una amalgama de jurisdicciones, constitucional y ordinaria, tendiente a obtener de cada una de ellas la porción del derecho de quien acude a ella, que no está previsto en nuestro sistema jurídico.

**CONCLUSIÓN**

Por motivos diferentes se confirmará la sentencia de primera instancia. Costas en ésta a cargo de la parte actora y a favor de la entidad demandada, dada la improsperidad del recurso de apelación interpuesto, de conformidad con lo previsto por los numerales 1º y 3º 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: CONFIRMAR** por las razones expuestas en esta providencia,la sentencia proferida el 06 de abril de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **Virgelina Jiménez Bravo** en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES.**

**SEGUNDO:** **CONDENAR** en costasen esta instancia a la parte actora y a favor de Colpensiones, por lo mencionado.

La anterior decisión queda notificada 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**

Magistrado Ponente

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

Magistrado Magistrada

(Salva voto)

Providencia: Sentencia del 18 de marzo de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-003-2017-00419-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Virgelina Jiménez Bravo

Demandado: Colpensiones

Magistrada ponente: Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda

Magistrada que salva voto: Dra. Ana Lucia Caicedo Calderón

# SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto mi inconformidad frente a la decisión mayoritaria por cuanto considero, tal como lo expresé en el proyecto en el que fungí como ponente, que en el presente asunto no estaba en discusión el hecho de que la pensión de invalidez se reconoció de manera definitiva en cumplimiento de una sentencia de tutela que hizo tránsito a cosa juzgada, en el que se estableció la fecha de estructuración de la invalidez de la señora Virgelina Jiménez.

Fue en virtud del fallo constitucional emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, confirmado por la Sala Penal de este Tribunal, que Colpensiones reconoció a la promotora de la litis la pensión de invalidez, a través de la Resolución SUB 118914 del 5 de julio de 2017, a partir del 1º de julio de la misma anualidad (fl. 39 s.s.), de modo que el asunto a determinar en el caso de marras era la fecha a partir de la cual aquella tenía derecho a percibir la aludida prestación, pues, reitero, existe cosa juzgada constitucional en relación con la fecha de estructuración de la invalidez de la señora Virgelina Jiménez, al haberse emitido una sentencia por un juez de la República en un trámite en el que Colpensiones tuvo la oportunidad de intervenir, bien contestando la acción de tutela o impugnando la decisión, lo cual efectivamente ocurrió, siendo confirmada por este tribunal.

No era dable, por ende, volver a abrir el debate sobre el tema verificando si se dan o no los presupuestos establecidos jurisprudencialmente para tener como fecha de estructuración aquella en la que la demandante hizo su última cotización, pues ni la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ni Colpensiones pusieron en entre dicho ese punto en el proceso ordinario; sin que sea acertado indicar que porque no se dijo en la sentencia de tutela que la norma que regía a la demandante era la Ley 860 de 2003, ello puede volverse a analizar en este proceso, pues es de sobra conocido que la ley que regula una prestación es la vigente al momento en que se dan los presupuestos para que la misma se cause.

Finalmente, debo indicar que el hecho de que la fecha de estructuración haya sido colegida con una interpretación constitucional favorable no puede ser una limitante para denegar el retroactivo solicitado, pues tal como lo dijo la Corte Suprema en la sentencia de tutela STL 4333 del 4 de abril 2018, al juzgador debe limitarse a aplicar la norma que regula el disfrute de la prestación.

En estos breves 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. STL9051 del 27/06/2018, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno [↑](#footnote-ref-2)
3. SU-588/2016 [↑](#footnote-ref-3)