



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SALA QUINTA DE DECISIÓN - CIVIL FAMILIA LABORAL

M.P. EDGAR ROBLES RAMÍREZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: SILVINO ABELARDO CALDERÓN FONSECA
Demandado: COLPENSIONES
Radicación: 410013105002 2017 00227 01
Asunto: RESUELVE APELACIÓN DE SENTENCIA

Discutido y aprobado mediante Acta No. 087 del 17 de septiembre de 2020

Neiva, diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020)

1. ASUNTO

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta surtido en favor de dicha entidad, respecto de la sentencia proferida el 08-mar-2018 por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Neiva.

2. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA

Pretensiones: Solicita el demandante se reconozca que la fecha de goce efectivo de su pensión de invalidez (la cual fue reconocida mediante Resolución SUB5628 del 10-may-2017) debió ser otorgado desde el 23-ago-2009, fecha en que se estructuró su invalidez, por lo que reclama el retroactivo desde dicha data hasta el 28-feb-2017. Solicita además intereses moratorios e indexación.

Hechos: Para fundamentar sus pretensiones, sostuvo que fue pensionado en la Resolución atrás indicada, la cual se profirió con ocasión a la orden de un juez de tutela que dispuso el reconocimiento, pero, que no ha recibido pago alguno

de incapacidades médicas según lo certifica la EPS FAMISANAR, razón por la cual tiene derecho al retroactivo desde el 23-ago-2009 cuando la invalidez se estructuró.

2.2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones argumentando, en primer lugar, que el certificado de la EPS FAMISANAR no es claro ya que indica que no aparecen incapacidades a nombre del accionante, y renglón seguid precisa que le solicitan los originales de las incapacidades otorgadas para ser ingresada a su base de datos, y adicionalmente en dicho documento no se evidencia fecha de expedición del mismo, pero se observa que dicha certificación fue alterada debido a que al final del documento se le incluyó fecha de 25-oct-2016 a mano alzada, quedando acreditado que no existe certeza de la fecha de expedición. Además, frente a los certificados allegados posteriormente por la parte actora, indicó que los hechos de la demandan no coinciden con estas certificaciones. Indica que la Resolución SUB5628 del 10-may-2017 se profirió en estricto cumplimiento de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 3° Penal del Circuito Especializado de Neiva. Como excepciones de Fondo formuló las que denominó "INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO"; "PRESCRIPCIÓN", "NO HAY LUGAR AL COBRO DE INTERESES MORATORIOS", "NO HAY LUGAR A INDEXACIÓN", y "DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES".

3. SENTENCIA APELADA

En sentencia del 08-mar-2018, el a quo accedió a las pretensiones, reconociendo el retroactivo reclamado desde el 23-ago-2009 hasta el 28-feb-2017, en 14 mesadas, con 1 smlmv, condenando al pago de intereses moratorios desde el y autorizando el descuento del 12% para la ADRES sobre las mesadas adeudadas.

Para fundamentar su decisión, consideró que la pensión debe reconocerse desde que se estructura la invalidez por cuanto el sistema busca garantizar la continuidad en los ingresos del afiliado, y que no es óbice para negar el

reconocimiento por salvaguardar responsabilidades de orden económico y fiscal que devienen del acatamiento de la orden tutelar impartida, que de igual forma, el no encontrarse activo en el sistema de seguridad social no es excusa para negar el goce efectivo, y mucho menos el hecho de que se haya otorgado la prestación en virtud de la condición más beneficiosa.

Señaló que la prescripción trienal cuenta desde cuando queda en firme el dictamen de PCL, lo cual ocurrió el 16-mar-2013 y la reclamación se resolvió el 02-dic-2014, por lo que no se configuró el término prescriptivo.

Que en ese orden de ideas, y como los requisitos se alcanzaron antes del 31-jul-2011 con una mesada inferior a 3 salarios mínimos, debe otorgarse en 14 mesadas el retroactivo reclamado, con intereses moratorios desde el 25-ago-2013, ya que la solicitud se elevó el 25-abr-2013, negando la indexación por ser incompatible con los intereses moratorios, declarando probada la excepción denominada NO HAY LUGAR A INDEXACIÓN.

4. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES apeló la decisión argumentando que el demandante presentó aportes al sistema luego de la fecha de estructuración, por lo cual, conforme a la jurisprudencia, debía reconocerse como fecha real de PCL aquella en que se realizó el último aporte, 31-mar-2017, y desde allí otorgarse el retroactivo. Lo anterior conforme a sentencias como la T-598 de 2016 y SL16374-2015.

Mediante auto del 16 de junio de 2020, se concedió el término de 5 días para que las partes presentaran sus alegaciones, dentro del cual, el apoderado de Colpensiones reiteró que mediante Resolución SUB 5628 del 10 de marzo de 2017, la Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones, dio cumplimiento al fallo de tutela proferido por el JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE NEIVA, de fecha 27 de febrero de 2017, mediante la cual ordenó estudiar la solicitud de pensión de invalidez de origen común del señor SILVINO ABELARDO CALDERON FONSECA a La luz del Decreto 758 de 1990; razón por la cual,

reconoció y ordenó el pago a favor del señor SILVINO ABELARDO CALDERON FONSECA, de una pensión mensual vitalicia de invalidez, bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, un IBL 900.683, una tasa de reemplazo del 66%, en cuantía \$737.717, efectiva a partir del 1 de marzo de 2017, para lo cual se basó en el dictamen No: 201307574WW del 19 de marzo de 2013, emitido por COLPENSIONES, donde se calificó la pérdida de capacidad laboral del accionante en un 69.27%, con fecha de estructuración a partir del 23 de agosto de 2009.

5. CONSIDERACIONES

5.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al recurso de apelación y al grado jurisdiccional de consulta, debe la Sala determinar si acertó el a quo al reconocer el goce efectivo de la pensión de invalidez del actor desde la fecha en que se estructuró su PCL a pesar de reportar cotizaciones posteriores a dicha data.

5.2. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

Para establecer si fue o no acertada la decisión de primer grado, en primer lugar se observa que no existe discusión dentro del presente asunto respecto del estado de invalidez del actor, pues, según el Dictamen No. 201307574WW del 19-mar-2013 emitido por COLPENSIONES (fols. 11-13), el señor CALDERÓN FONSECA tiene una Pérdida de Capacidad Laboral del 69,27% estructurada el 23-ago-2009.

COLPENSIONES, en la Resolución SUB5629 del 10-mar-2017, en la cual reconoció la pensión de invalidez al actor en acatamiento de un fallo de tutela, sostuvo que el disfrute de dicha prestación se otorgaría desde el 01-mar-2017, manifestando que dicho otorgamiento se hace por razón de la orden constitucional, salvedad que según la entidad se hace para *salvaguardar las responsabilidades de orden fiscal, económico y judicial*. Ahora, al contestar la demanda, la entidad esgrimió una razón distinta: que no era viable el retroactivo

por cuanto no existía claridad en cuanto a las eventuales incapacidades otorgadas al peticionario, lo cual impedía el pago de mesadas con retroactividad al no tener la certeza de la existencia de subsidios por incapacidad. Pero además, al sustentar su apelación, argumentó que la fecha de goce efectivo del actor debió ser aquella en la cual hizo su último aporte a pensión y no aquella señalada en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, ello, con base en la línea jurisprudencial existente frente al deber de tomar una fecha de estructuración que atienda a el momento en que realmente el afiliado perdió su capacidad laboral.

Frente a la primera de las razones, reflejada en la Resolución SUB5629 del 10-mar-2017, considera la Sala que la orden del juez constitucional (cuya parte resolutive fue transcrita en aquel acto administrativo, como consta a folios 60 y 61) jamás restringió el pago del retroactivo ni autorizó a la entidad para que se sustrajera de tal obligación; el fallo de tutela jamás delimitó el goce efectivo del derecho, y por tanto, era deber de la entidad en dicho acto de reconocimiento, realizar el estudio del retroactivo pensional, con base en el mismo Decreto 758 de 1990 que el juez constitucional le ordenó aplicar, normatividad que en su artículo 10 señala que la pensión de invalidez ***comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructure tal estado.***

Ahora, frente a la supuesta incertidumbre en el estado de pago de incapacidades del peticionario, en primer lugar es reprochable que sólo en la fase judicial se esgrima como una supuesta razón para no haber otorgado el retroactivo, cuando nada se señaló al respecto en el acto administrativo. Pero además, la parte demandante allegó al proceso prueba de las únicas incapacidades que según su versión ha recibido, las cuales se otorgaron desde el 27-oct-2016 hasta el 25-nov-2016, como consta en la certificación allegada con la reforma de la demanda y que reposa a folio 113, expedida por la EPS Famisanar, respecto de la cual se advierte que sólo durante estos 28 días de incapacidades sería incompatible el pago del retroactivo pensional, pues las mismas se presentaron con anterioridad a la fecha de goce efectivo otorgada por la entidad (01-mar-2017). De igual forma, la certificación emanada de Famisanar obrante a folio 14, que COLPENSIONES quiso controvertir durante el presente proceso judicial,

si bien no tiene claridad en la fecha de su emisión, sí deja entrever que en la base de datos de aquella EPS no existen otras incapacidades a nombre del demandante y dicha entidad solicita que de haberse proferido incapacidades médicas éstas sean allegadas para ser ingresadas a su sistema. Entonces, le asistía a COLPENSIONES la carga de demostrar el pago de incapacidades entre el 23-ago-2009 y el 28-feb-2017, sin que así lo hubiera hecho, razón por la cual, no podía restringirse con dicha excusa el pago del retroactivo reclamado, salvo lo atinente a los 28 días de incapacidad del año 2016.

Frente al argumento propuesto por COLPENSIONES en su apelación, atinente a que según la jurisprudencia constitucional la fecha de estructuración real de la invalidez de una persona debe tomarse siempre como aquella en que efectuó su último aporte a pensión, considera la Sala que aquella es una inadecuada intelección del precedente constitucional, pues las decisiones de la Corte que a las que se hace referencia nada regulan frente al goce efectivo del derecho a la pensión de invalidez, sino que las discusiones que han suscitado estos pronunciamientos, giran en torno a la fecha de causación del derecho a la pensión de invalidez en personas con enfermedades progresivas o catastróficas, estableciendo criterios respecto de la fecha de estructuración que debe tomarse a efectos del cómputo de los aportes, más NO ha determinado reglas específicas en torno al inicio del disfrute del derecho pensional.

Contrario a lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 28 de agosto de 2012, Rad. 41822, sí abordó de manera frontal el tema del disfrute de las pensiones de invalidez, señalando al respecto lo siguiente:

Para que el asegurado pueda acceder a la pensión de invalidez, no se requiere la desafiliación del sistema pensional, en la medida en que la causación de su derecho y el pago se produce desde la fecha en que se estructuró la pérdida de la capacidad laboral en el porcentaje exigido para el efecto, conforme lo prevé el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, que a la letra reza: “DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN. 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 estructura tal estado. Cuando el beneficiario estuviera en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio” y “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”.

Además del anterior criterio jurisprudencial, considera esta Corporación que debe atenderse al artículo 31 de la Ley 100 de 1993, el cual remite a las disposiciones del Decreto 758 de 1990 para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Seguros Social —hoy COLPENSIONES-, con las correspondientes adiciones y modificaciones. El artículo 10 del Decreto 758 de 1990, dispone, como se dijo en consideraciones anteriores, que la pensión de invalidez debe otorgarse desde cuando se estructuró aquel estado y que *cando el beneficiario estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse cuando expire el mencionado subsidio*, que para el particular, no existe evidencia de su otorgamiento dentro del periodo cuyo retroactivo se reclama.

De considerarse el requisito de la desafiliación para el disfrute de la pensión de invalidez, como lo ha establecido la entidad demandada en directrices internas, además de invadirse la órbita del legislador, se pasa por alto que la pensión por invalidez no es de carácter vitalicio, y puede ser revisada cuando sobrevenga en el beneficiario la recuperación de su P.C.L., razón por la cual, un pensionado por invalidez puede cotizar posteriormente al sistema y alcanzar requisitos que le permitan acceder a una eventual pensión de vejez en el hipotético caso en que se revoque su prestación, siendo ésta una razón lógica por la cual, el legislador no estableció para dicha prestación el requisito de la desvinculación definitiva del sistema, como sí lo hizo para la pensión de vejez. Es más, la misma COLPENSIONES en uno de sus Conceptos internos, esto es el No. 1151506 de 2012 señaló que: *“el deber de cotizar cesa cuando el afiliado reúne las condiciones para pensionarse, sin que ello implique la imposibilidad de que el pensionado por invalidez pueda continuar cotizando a fin de obtener la pensión*

de vejez, sin que resulte viable que devenguen simultáneamente ambas prestaciones pues resultan incompatibles si son financiadas por el mismo sistema.

Conforme a lo anterior, se tiene que el disfrute del derecho a la pensión de invalidez y su consecuente pago (goce efectivo), se concreta desde la fecha en que se estructura la Pérdida de la Capacidad Laboral, que en sub examine ocurrió el el **23-ago-2009**, y era desde dicha calenda que debió pagarse el retroactivo.

Al establecerse ésta fecha de causación y goce efectivo, el juez de instancia determinó que al demandante la correspondían 14 mesadas, y no 13 como se reconocieron por la entidad, conclusión que esta Corporación comparte en tanto que la pensión se causó antes del 31-jul-2011 y equivale a un (1) s.m.l.m.v., conforme al párrafo transitorio 6to del Acto Legislativo 01 de 2005.

Así las cosas, esta Corporación, efectuó el respectivo cálculo de las mesadas retroactivas adeudadas al actor entre el 23-ago-2009 y el 28-feb-2017, con base en 14 mesadas equivalentes al SMLMV, como se refleja en la tabla anexa 1, y luego de descontar los 28 días de incapacidad del año 2016, se obtuvo la suma de *sesenta y un millones, seiscientos cuarenta y tres mil, setenta y seis pesos (\$61.643.076)*, monto que ya incluye la mesada 14 y que resulta inferior al que el fallador de primer grado dispuso, lo que impone a esta Sala modificar en tal sentido el ordinal TERCERO del fallo de primera instancia.

En cuanto a los intereses moratorios, sobre los cuales la Sala debe pronunciarse en virtud del grado jurisdiccional de consulta, es claro que los mismos proceden desde cuando la AFP incurre en mora en el reconocimiento y/o en el pago de las mesadas pensionales, según el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que acontece una vez vencidos los cuatro (4) meses de que trata el artículo 19 del Decreto 656 de 1994 en concordancia con el art. 9º de la Ley 797 de 2003. Por tal razón, al verificar que la petición de reconocimiento pensional se presentó el 25-abr-2013 (folio 18), el pago de los intereses sobre las mesadas retroactivas debe hacerse desde el 25-ago-2013 y hasta el pago de las sumas que se encuentran en mora, como atinadamente lo consideró el juez de primer grado.

Al reconocerse intereses moratorios no hay lugar a indexación, dado que, conforme al decantado criterio de la Corte Suprema de Justicia, no procede el pago simultáneo de ambos conceptos comoquiera que los primeros incluyen la corrección monetaria.

Finalmente, acertó el juez de instancia al autorizar los descuentos obligatorios sobre el retroactivo para destinarlos al sistema de Salud, los cuales, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, proceden también cuando se trata de retroactivo pensional, pues pese a que el pensionado no ha disfrutado de los servicios del régimen contributivo en salud, dicho aporte le pertenece al sistema, y no corresponde a un dinero que ingrese o deba ingresar al patrimonio del pensionado, pues nunca le ha pertenecido, como lo ha determinado la Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia No. 47528 del 6 de marzo de 2012.

En cuanto a la “*PRESCRIPCIÓN*” alegada por COLPENSIONES, no tiene vocación de prosperidad, pues se tiene que entre el 19-mar-2013, fecha de emisión del dictamen de PCL (fol. 11), y la reclamación administrativa radicada el 25-abr-2013 no transcurrió el término trienal, el cual se reinició cuando se resolvió la vía gubernativa, esto es el 05-dic-2014, fecha de notificación de la Resolución VPB23078 de 2014, como consta a folio 29. Desde ésta última fecha y hasta la presentación de la demanda, lo cual ocurrió el 26-abr-2017 como consta en el Acta Individual de Reparto, tampoco transcurrió el término trienal de que trata el art. 151 del CPT y SS.

COSTAS: No se impondrá condena en costas de la segunda instancia al haberse resuelto el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Neiva, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

6. RESUELVE



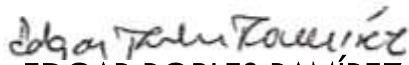
PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal *TERCERO* del fallo apelado, el cual quedará así:

“TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagarle al señor SILVINO ABELARDO CALDERÓN FONSECA la suma de sesenta y un millones, seiscientos cuarenta y tres mil, setenta y seis pesos (\$61.643.076) por concepto de retroactivo de la pensión de invalidez adeudado entre el 23-ago-2009 y el 28-feb-2017, incluyendo el descuento de las incapacidades reconocidas, liquidado con base en 14 mesadas al año sobre 1 S.M.L.M.V.”

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, conforme a lo motivado.

TERCERO.- Sin costas de la segunda instancia, conforme a lo considerado.

NOTIFÍQUESE


EDGAR ROBLES RAMÍREZ


ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA


LUZ DARY ORTEGA ORTIZ



ANEXO 1
LIQUIDACIÓN RETROACTIVO PENSIÓN DE INVALIDEZ
SILVINO ABELARDO CALDERÓN FONSECA

DESDE 23-AGO-2009 HASTA 28-FEB-2017

2009	5,27	\$496.900	\$2.618.663
2010	14	\$515.000	\$7.210.000
2011	14	\$535.600	\$7.498.400
2012	14	\$566.700	\$7.933.800
2013	14	\$589.500	\$8.253.000
2014	14	\$616.000	\$8.624.000
2015	14	\$644.350	\$9.020.900
2016	14	\$689.455	\$9.652.370
2017	2	\$737.717	\$1.475.434
SUBTOTAL			\$62.286.567
INCAPACIDADES A DESCONTAR		SMLV DIARIO	
2016	28 DÍAS	\$ 22.982	- \$643.491
TOTAL RETROACTIVO ADEUDADO			\$ 61.643.076