



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL

Proceso: Ordinario Laboral
 Radicación: 05001-31-05-015-2018-00593-01
 Demandante: Oscar Augusto Vargas Díaz
 Demandado: Colpensiones y Protección S.A.
 Asunto: Apelación
 Procedencia: Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín
 Magistrada ponente: Sandra María Rojas Manrique
 Temas: Ineficacia afiliación al Régimen de Prima Media,
 pensión de invalidez, capacidad residual

Medellín, julio quince (15) de dos mil veintidós (2022)

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la señora apoderada de la parte demandante, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, el 3 de febrero del año 2020, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor OSCAR AUGUSTO VARGAS DÍAZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS

DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Radicado 05001-31-05-015-2018-00593-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor OSCAR AUGUSTO VARGAS DÍAZ, convocó a juicio a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., pretendiendo se declare que las demandadas incurrieron en un error al realizarle el dictamen y establecer como fecha de estructuración de la invalidez, el 5 de febrero de 1987, solicitando se tenga en cuenta el dictamen aportado con la demanda, disponiéndose como fecha de estructuración, el 4 de septiembre del 2008, con una pérdida de la capacidad laboral del 61.10%, de origen común; se declare la nulidad del traslado que realizó el demandante a Colpensiones, el cual fue inducido por Protección S.A.; se condene a Protección S.A. a reconocerle al actor la pensión de invalidez, a partir del 4 de septiembre del 2008, aplicando el artículo 1° de la Ley 860 del 2003, modificado por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, con los intereses moratorios.

De manera subsidiaria solicitó se condenara a Colpensiones a pagarle la pensión de invalidez al actor, a partir del 4 de septiembre del 2008 y los intereses moratorios.

Los supuestos fácticos que apoyan las anteriores pretensiones, se sintetizan en que el demandante nació el 9 de mayo de 1968, contando con 585.29 semanas cotizadas, presentando patología de pérdida visual de forma bilateral y progresiva secundaria a catarata en OD, que requirió manejo quirúrgico con facquetomía, presentando compromiso visual en OS por desprendimiento de retina, teniendo un ojo único de visión (izquierdo), con remanente visual (ojo izquierdo), ya que el ojo derecho es prótesis ocular, pérdida por desprendimiento de retina, el único ojo, precisando que por desprendimiento de retina fue operado en 1981 en el Hospital Pablo Tobón Uribe, habiendo laborando como operario textil, desde el 30 de agosto de 1993 al 30 de septiembre del 2006.

Se afirmó que el demandante se trasladó a Protección S.A. en septiembre del 2000, reclamando la pensión de invalidez a la AFP el 28 de agosto del 2008, siendo evaluado por la administradora el 3 de septiembre del 2008, quien por dictamen del 4 de septiembre de la misma anualidad, determinó una pérdida de la capacidad laboral del 61.10%, de origen común, estructurada el 5 de febrero de 1987, notificando al actor, el 4 de agosto del 2009, que no procedía el reconocimiento de la prestación, por cuanto para la fecha de estructuración de la invalidez, se encontraba activo en el extinto ISS.

Explicó que la respuesta dada por Protección S.A., llevó al actor a solicitar el traslado a Colpensiones, el que se hizo efectivo el 1º de octubre del 2009, siendo valorado por esta entidad el 1º de septiembre del 2009, determinándose una pérdida de la capacidad laboral del 59.30% de origen común, estructurada el 5 de febrero de 1987, por lo que el 18 de diciembre del 2009 solicitó la pensión de invalidez y por Resolución No. 019179 del 2012 la AFP negó la misma.

Se adujo que el 16 de mayo del 2018, el actor solicitó ante la IPS Universitaria una nueva calificación, en la que se determinó que presenta una pérdida de la capacidad laboral del 61.10%, de origen común y con fecha de estructuración el 4 de septiembre del 2008.

Finalmente, se indica que el 31 de mayo del 2018, solicitó a Colpensiones un nuevo estudio de la pensión de invalidez, siendo negada por Resolución SUB 164106 del 2018; que, asimismo, el 5 de julio del 2018, se solicitó a Protección S.A. la prestación, la cual fue otra vez rechazada.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada, oportunamente COLPENSIONES, dio respuesta al libelo introductorio, indicando que es cierto

lo relacionado con la edad del demandante y los traslados de régimen, sin constarle los demás hechos de la demanda, por ser ajenos a su representada.

A su vez, propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado; inexistencia de la nulidad del traslado de régimen pensional; prescripción; imposibilidad de condena en costas y la genérica.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A. dio respuesta al libelo genitor, indicando que no le constan los móviles que tuvo el actor para efectuar el traslado de régimen pensional, ni las actuaciones realizadas ante Colpensiones, por ser un tercero ajeno a la relación. Explicó que del dictamen emitido por la IPS de la Universidad de Antioquia, se corrió traslado a la Comisión Médico Laboral de la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., quien a través de concepto emitido por la Unidad de Calificación IPS Sura del 17 de octubre del 2018, indicó que no se admite el dictamen emitido por la IPS Universitaria, toda vez que la fecha de estructuración para el caso del actor, no debe tomarse como el momento en que el afiliado se retira del mercado laboral, sino que en atención al Manual Único de Calificación aplicable al caso, esto es, el Decreto 917 de 1999, la fecha de estructuración se determina con base en el momento en el que las secuelas se encuentran consolidadas y no existe probabilidad de recuperación.

Indicó que la AFP desde agosto del 2009 resolvió de fondo la solicitud de pensión de invalidez presentada por el actor, indicándole la improcedencia del reconocimiento de la misma, ya que la fecha de estructuración, data de febrero de 1987, momento para el cual no existía afiliación al fondo, por cuanto el Régimen de Ahorro Individual nació con la expedición de la Ley 100 de 1990.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación demandada; plena validez del dictamen emitido – firmeza del dictamen; falta de causa para demandar; cobro de lo no debido; pago y compensación; buena fe y prescripción.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 3 de febrero del año 2020, el Juzgado de conocimiento declaró que atendiendo al dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, el 18 de septiembre del 2019, el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del actor es del 78.80%, de origen común, estructurada el 10 de febrero de 1982; declaró próspera la excepción de inexistencia de la obligación demandada, propuesta por Protección S.A.; declaró que la entidad competente para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez del actor, es Colpensiones; declaró que el accionante no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, absolviendo a las demandadas de todas las pretensiones instauradas en su contra por el demandante, condenando a éste al pago de las costas procesales.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Demandante

La apoderada del actor presentó recurso de apelación indicando que no encuentra el sustento jurídico a la negativa a la solicitud de nulidad del traslado por parte de la falladora, ello por cuanto la nulidad solicitada se refería al traslado al ISS, sin que en la providencia se pronunciara la a quo sobre dicha situación, ya que la AFP Protección S.A. coaccionó al actor para que se trasladara a dicha entidad pública, indicándole que era Colpensiones, la competente para realizar el estudio pensional.

Ahora, en cuanto a la sustentación brindada por el médico de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, no se encuentra conforme con la misma, por cuanto la exigencia del manual para calificar, no es un acto libre, debiéndose acudir a las normas que rigen el caso, no pudiendo decir que un manual es más beneficioso que otro y que por eso lo escogió, además tampoco fue concreto en explicar si la enfermedad del actor era congénita, degenerativa o crónica, limitándose a indicar que eso no obraba en la historia clínica, pese al hecho que se trata de un médico, que tiene la experiencia y las capacidades necesarias, para clasificar la enfermedad.

Solicita al superior se tenga en cuenta las sentencias de unificación de la Corte, en relación al tema de invalidez, SU 588 del 2016, que tiene unos parámetros, que fueron enlistados por la Juez, pero de manera descontextualizada, al considerar que la enfermedad del actor no es degenerativa, sabiendo que una enfermedad es degenerativa, cuando empeora con el transcurso del tiempo, mostrando las historias clínicas, que la enfermedad del actor ha empeorado, perdiendo casi por completo la visión.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunció la apoderada del demandante, indicando que fue clara la mala intención de Protección S.A., al advertirle al actor que la entidad competente para resolver su prestación era el ISS, incitando a un traslado pensional.

Resalta que el 24 de junio del 2020, se aportó en segunda instancia, la ampliación y/o aclaración realizada por el médico José William Vargas Arenas, informando que el actor presenta las patologías de catarata no especificada, ceguera de un ojo, visión subnormal del ojo y otros desprendimientos de retina, patologías que claramente son crónicas y progresivas.

Expresó que Colpensiones y Protección S.A., pasaron por alto que, al inicio de su vida laboral, la pérdida de visión del actor era parcial, sin que obre constancia en la que se diga que era total, enfermedad que se deterioró con el tiempo, siendo crónica, degenerativa o congénita, desconociendo la capacidad laboral residual que conservó hasta que le fue imposible continuar trabajando, por lo que las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, debieron ser tenidas en cuenta. Agrega que Colpensiones no tuvo en cuenta su concepto interno BZ-2014-10721634 del 2014, al momento de resolver la solicitud de la prestación.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984; los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN EL TRÁMITE DE LA INSTANCIA

Quedaron acreditados en el trámite del proceso y no son objeto de controversia los siguientes hechos:

- Que el señor Oscar Augusto Vargas Díaz nació el 9 de mayo de 1968, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el documento 01 Expediente Digitalizado 2018-593 folio 207 del plenario.

- Que el demandante cuenta con 585.29 semanas cotizadas en toda su vida laboral, tal y como se desprende de la historia laboral expedida por Colpensiones el 31 de julio del 2018 –ver documento 01 Expediente Digitalizado 2018-593 folios 121 a 129 del plenario-.

- Que el actor se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Protección S.A., el 2 de septiembre del 2000, con fecha de efectividad el 1º de noviembre del 2000, y, a Colpensiones, el 14 de agosto del 2009, con fecha de efectividad el 1º de octubre del 2009, de conformidad con el formulario de afiliación y el certificado del SIAF obrante en el documento 01 Expediente Digitalizado 2018-593 folios 205 y 208 del plenario.

-Que Protección S.A, por dictamen del 4 de septiembre de 2008 determinó una pérdida de la capacidad laboral del demandante 61.10%, de origen común,

estructurada el 5 de febrero de 1987 y Colpensiones el 1° de septiembre del 2009, dictaminó una pérdida de la capacidad laboral del 59.30% de origen común, estructurada el 5 de febrero de 1987.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si es procedente revocar la sentencia de primera instancia, proferida en el presente proceso por la señora Juez Quince Laboral del Circuito de Medellín, para en su lugar declarar la nulidad del traslado que realizó el demandante a Colpensiones, el cual se aduce fue inducido por Protección S.A.?

¿Si es viable tener como fecha de estructuración de la invalidez del gestor del proceso, el 4 de septiembre del 2008, establecida en el dictamen de la IPS Universitaria, realizado 16 de mayo del 2018?

¿Si es procedente reconocerle la pensión de invalidez al demandante, bajo el precedente jurisprudencial de la enfermedad crónica, congénita y degenerativa, teniendo en cuenta para ello, las semanas cotizadas durante el tiempo en que fue activo laboralmente?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, i) no es procedente decretar la nulidad del traslado realizado por el actor a Colpensiones, al no acreditarse inducción en error por parte de Protección S.A.; ii) no es posible acoger el dictamen realizado por la IPS Universitaria y que fue aportado con la demanda, al no encontrarse acorde con el Decreto 917 de 1999, en cuanto a los criterios para establecer la fecha de estructuración de la invalidez, iii) la fecha de estructuración de la invalidez del demandante, es el 5 de febrero de 1987, tal y como fue establecido en los dictámenes ordenados por Protección

S.A. y Colpensiones, sin que se lograra acreditar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, en aplicación de la norma vigente para la época, esto es, el Decreto 3041 de 1966, iv) no se determinó que la enfermedad padecida por el actor, fuere congénita, crónica o degenerativa, no pudiendo reconocerse la prestación reclamada, aplicando la teoría de la capacidad residual, en consecuencia, la sentencia debe ser CONFIRMADA.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

Nulidad del traslado a Colpensiones

Para resolver el primer problema jurídico atinente a la validez o eficacia de las afiliaciones a los distintos regímenes pensionales, debe señalarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha construido una línea jurisprudencia uniforme y pacífica, en torno a las siguientes subreglas: i) las administradoras de pensiones tienen el deber profesional, permanente e ineludible de información desde la antesala del traslado y durante la vigencia de la afiliación y ii) en estos asuntos se aplica la inversión de la carga de la prueba, que traslada la responsabilidad probatoria a las administradoras pensionales de acreditar en que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

Dan cuenta de este precedente, entre otras, en las sentencias SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008; SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008; SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011; SL31314 del 06 de diciembre de 2011, SL 19447 del 27 de septiembre de 2017; SL 17595 del 19 de octubre de 2017, SL 413 del 21 de febrero de 2018; SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018; SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, SL 1452 del 03 de abril de 2019; SL1421 del 10 de abril de 2019; SL1688 del 08 de mayo de 2019; SL 1689 del 08 de mayo de 2019; SL3464 del 14 de agosto de 2019; SL 4360 del 09 de octubre de 2019; SL4426 del 16 de octubre de 2019; SL1611 del 01 de julio de 2020; SL 2877 del 29 de julio de 2020; SL SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021 y más recientemente en las sentencias SL1017 del

23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022 y SL1637 del 11 de mayo de 2022.

En el caso concreto solicita la parte actora, se decrete la nulidad del traslado de régimen realizado a Colpensiones, por considerar que el mismo fue inducido, sin justa causa por parte de Protección S.A., lo que sustenta en que, atendiendo a la respuesta dada por la AFP, relativa a no ser competente para decidir la pensión de invalidez, se incitó al actor a trasladarse a Colpensiones, debiendo comenzar nuevamente el accionante, el proceso que se requería para el reconocimiento de la prestación.

En cuanto a la referida respuesta dada por Protección S.A. al actor, el 4 de agosto del 2009, se encuentra que, en efecto, en la misma se le informó que no se estudiaba la pensión de invalidez, por cuanto para la fecha de estructuración del estado incapacitante, esto es, 1987, el asegurado se encontraba activo en el extinto ISS, por lo que debía solicitar la prestación económica a esa entidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Decreto 692 de 1994 –ver documento 01 Expediente Digitalizado 2018-593 folio 66 del plenario-.nótese como en parte alguna de la comunicación se indica por la AFP que el actor debía retornar a Colpensiones.

Es importante señalar que el demandante no sustenta la nulidad de la afiliación en el hecho que Colpensiones haya omitido el deber de información para efectos del traslado, disanalogía fáctica, que, a juicio de la Sala, impide que este asunto se solucione aplicando el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, antes citado.

En este escenario compete verificar la incidencia del contenido de la respuesta dada por Protección S.A. al afiliado y con base en la cual se reprocha que fue inducido a retornar a Colpensiones, encontrando que la misma resulta ajustada a la normatividad vigente.

En efecto, en sentencia SU 313 del 2020, la Corte Constitucional refiriéndose a los conflictos de competencia que se presentan entre administradoras del Régimen de Prima Media y los fondos del Régimen de Ahorro Individual, al momento de reconocer la pensión de invalidez reclamada, cuando se presenta traslado de los afiliados, puntualizó:

“6.2. Las normas que fijan reglas para la definición de la competencia. El artículo 3.2.1.12 del Decreto 780 de 2016 se refiere, específicamente, a las obligaciones que deberá cubrir la administradora de pensiones a la que se traslada un afiliado. Textualmente, el inciso segundo de ese artículo establece que:

(...)

Este artículo ha tenido dos lecturas y corresponde definir cuál de ellas es la que debe seguirse. Una es la expuesta en la Sentencia T-013 de 2019, según la cual, con base en este enunciado normativo podría entenderse que al fondo antiguo no le corresponde —en estos escenarios— ninguna responsabilidad en el pago de la pensión de invalidez, aun cuando el siniestro se estructuró mientras la persona estaba afiliada allí, precisamente porque todas sus obligaciones cesaron con el traslado que se hizo efectivo con posterioridad. La otra lectura, presente en la Sentencia T-672 de 2016, es la de quienes consideran que el artículo está reiterando que el fondo antiguo debe responder por todas aquellas prestaciones que se hubieran causado, en favor de sus afiliados, hasta el momento en que el traslado se hizo efectivo. Así, si la pensión de invalidez se causó bajo su vigía, deberá reconocerla y pagarla.

La Sala considera que la interpretación que debe seguirse es la segunda, con base en tres argumentos:

(i) La invalidez es un riesgo y, para ser protegido, debe ser —por regla general— futuro e incierto. Ordenarle al fondo nuevo reconocer una pensión que se causó antes de que el beneficiario estuviere afiliado a él, sería tanto como exigirle que amparara no un riesgo, sino un hecho ya consolidado.

(ii) El Decreto 1833 de 2016, establece en su artículo 2.2.2.4.6., que “[l]as prestaciones que se deriven de los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados que se encuentren en cualquiera de las situaciones señaladas en este decreto, deberán ser reconocidas y pagadas por la entidad administradora ante la cual se hayan realizado efectivamente las cotizaciones a la fecha de ocurrencia de la muerte o estructuración de la invalidez” (Subrayas fuera de texto). Esta es una norma que se aplica a los supuestos de multifiliación, es decir, a aquellos escenarios en los que una persona estaba afiliada válidamente a los dos regímenes, pero aportando a uno solo. Sin embargo, el artículo ha sido usado,

por la vía de la analogía, para dirimir asuntos de competencia distintos. Con base en ello, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sostuvo, el 23 de mayo de 2018, al estudiar un caso como este, que la prestación debía ser reconocida por la entidad que recibió los aportes al momento en que ocurrió el siniestro.

(iii) Por último, la interpretación según la cual el fondo nuevo debe reconocer la pensión —con independencia del momento en que se estructure la invalidez—, parece contener una contradicción específica con la forma de financiación de la prestación que, por cada régimen, el legislador previó”.

En similar sentido se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3817 del 24 de agosto de 2021, al señalar:

“De lo anterior, se ha colegido igualmente por esta corporación que la entidad llamada a responder por el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez es aquella en la que se encuentre afiliado el beneficiario a la fecha de la estructuración de tal estado. De esta manera lo ha decidido la Sala a través de varios pronunciamientos. Verbigracia, en providencia CSJ SL366-2019, rad. 64978, se puntualizó:

De lo anterior se colige que la fecha del accidente de trabajo no tiene que coincidir necesariamente con la de la estructuración de la invalidez, así mismo, que esta última circunstancia es la que determina la norma reguladora del asunto, que no es otra que la que se encuentre vigente en ese momento, lo cual está relacionado con el carácter retrospectivo de las normas de seguridad social y por ello es que la jurisprudencia de la Sala en diferentes tópicos ha precisado que la ley aplicable es la que está vigente al momento en que se consolida el derecho.

Además, antes de la calificación de la invalidez, el actor estuvo durante 10 años bajo la cobertura de Colmena, criterio relevante para asignarle responsabilidad a esa administradora, pues para el momento de estructuración de la invalidez estaba vigente la afiliación con dicha entidad. (Subraya la Sala).

De conformidad con lo antes expuesto, por regla general, la entidad de seguridad social responsable del reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, es aquella en la que se encuentre afiliada la persona en el momento de la estructuración del estado de invalidez.”

De lo anterior se colige que, en principio, no se advierte la instigación por parte de Protección S.A. para que el demandante se trasladara, teniendo en cuenta que aun cuando el fondo que debía reconocer la prestación, fuera aquel en el cual estaba afiliado el reclamante para el momento de la estructuración de la invalidez, ISS hoy Colpensiones, ello no significaba que debiera efectuarse el traslado de régimen pensional.

Aunado a lo anterior resulta fundamental iterar que en este asunto no se afirma en el escrito inicial que Colpensiones hubiera incumplido con el deber de información al momento del traslado, premisa necesaria para dejar sin efectos el traslado en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues, se resalta que el incumplimiento que sostiene el accionante es respecto a Protección S.A.

Así las cosas, no se encuentran razones fácticas ni jurídicas, que permitan acceder a declarar la nulidad del traslado del actor a Colpensiones.

Además, no se puede pasar por alto que, tratándose de pensiones de invalidez, en ambos regímenes se aplican las mismas reglas, existiendo solo diferencia en las prestaciones subsidiarias como lo son la indemnización sustitutiva que opera en el Régimen de Prima Media y la devolución de saldos que procede en el Régimen de Ahorro Individual.

De conformidad con lo antes expuesto, debe confirmarse la absolución respecto a esta pretensión.

Pensión de invalidez

El Decreto 3041 de 1966, modificado por el Acuerdo 019 de 1983, aprobado por el Decreto 232 de 1984, corresponde a la norma vigente para la fecha en la cual se estructura la invalidez del accionante, que en su artículo 1º establece:

“Artículo primero, El artículo 59 del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por Decreto 3041 del mismo año quedará así:

Tendrán derecho a pensión por invalidez los asegurados que reúnan las siguientes- condiciones:

a) Ser inválido permanente conforme a lo preceptuado en el artículo 62 del Decreto-ley 433 de 1971.

b) Tener acreditadas 150 semanas de cotización- para los riesgos de invalidez, vejez y muerte I. V. M., dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez o 300 semanas de cotización en cualquier época”.

Por Resolución No. 019179 del 29 de junio del 2012, Colpensiones le negó la pensión de invalidez al accionante, argumentando que contaba con 0 semanas a la fecha de estructuración de la invalidez y 0 semanas en los seis años anteriores a dicha fecha –ver documento 01 Expediente Digitalizado 2018-593 folios 73 a 74 del plenario-.

Posteriormente, por Resolución SUB 164106 del 21 de junio del 2018, se negó la pensión de invalidez al accionante indicándose que, verificado el reporte de semanas, se establecía que el afiliado no cuenta con semana alguna cotizada para acreditar las 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la invalidez o 300 semanas en cualquier tiempo anteriores a la fecha de estructuración –ver documento 01 Expediente Digitalizado 2018-593 folios 105 a 113 del plenario-.

Conforme a lo anterior, es claro que el accionante no cumple con las 300 semanas de cotizaciones acreditadas en cualquier tiempo, antes de la fecha de estructuración de la invalidez, ni con las 150 semanas en los seis años anteriores a la invalidez, reportando 0 semanas cotizadas en dicho interregno, ello por cuanto el titular de la acción, registra cotizaciones a partir del 30 de agosto de 1993, es decir, todas las cotizaciones se realizaron con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez.

Conforme a la premisa anterior, en la demanda, se busca se declare que la estructuración de la invalidez del actor, es el 4 de septiembre del 2008, teniendo

en cuenta para ello, el dictamen aportado por la IPS Universitaria del día 16 de mayo del 2018.

Al respecto debe indicarse que el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, establece el procedimiento en sede administrativa para la calificación de pérdida de capacidad laboral, el origen de la misma y la fecha de estructuración, señalando los organismos competentes para realizar esta calificación, que lo son, en primera instancia, las EPS, las ARL, las aseguradoras que tienen a su cargo seguros previsionales de invalidez y en caso de inconformidad la Junta Regional de Calificación de Invalidez, y, en segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación frente al dictamen de la Junta Regional de Invalidez, por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, siendo esta última el organismo de cierre.

Los dictámenes que profieren los organismos autorizados, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, pueden ser controvertidos por vía judicial, así lo establece el artículo 44 del Decreto 1352 del año 2013, que dispone lo siguiente:

“Controversias sobre los dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez. Las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos en firme por las Juntas de Calificación de Invalidez, serán dirimidas por la justicia laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente. Para efectos del proceso judicial, el Director Administrativo y Financiero representará a la junta como entidad privada del régimen de seguridad social integral, con personería jurídica, y autonomía técnica y científica en los dictámenes”.

Se deduce de la norma citada, que los dictámenes que se emiten en sede administrativa, no tienen carácter definitivo, en la medida en que el interesado, puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral, a efectos de controvertirlos y para ello podrá apoyarse en otras calificaciones técnicas.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, frente a este punto y en relación con el valor probatorio que debe darse a los dictámenes emitidos por la Juntas de

Calificación en el trámite administrativo, ha fijado reglas uniformes, según las cuales, los dictámenes de las Juntas, son un elemento probatorio más, que puede ser valorado por el Juez y por lo tanto, es dable que en sede judicial, el fallador se aparte de las conclusiones contenidas en dictámenes emitidos por los organismos de la seguridad social competentes para la calificación, en particular, de las Juntas de Calificación de Invalidez, ese criterio está contenido, entre otros pronunciamientos, en las sentencias SL, radicación 29622 del 19 de octubre del 2006, SL, Radicación 32617 del 23 de septiembre de 2008, SL, Radicación, 35450 del 18 de septiembre de 2012, SL 52072 del 9 de abril de 2014 y la sentencia SL 16374 del 4 de noviembre del año 2014, entre otras.

Ahora bien, es cierto que esta facultad judicial, no llega hasta reconocer competencias técnicas al Juez, quien para su decisión, necesariamente, tendrá que apoyarse en un dictamen pericial, esto es, aquél que, de acuerdo con la valoración probatoria, le ofrece mayor certeza, así quedó precisado, de tiempo atrás, en la sentencia SL, Radicación 29622 del 19 de octubre del 2006 *“Reitera la Corte, entonces, su criterio ya decantado de que los jueces del trabajo y de la seguridad social sí tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las juntas, a fin de resolver las controversias que los interesados formulen al respecto. Ello, por supuesto, no llega hasta reconocerle potestad al juez de dictaminar en forma definitiva, sin el apoyo de los conocedores de la materia, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es el grado de la invalidez, ni la distribución porcentual de las discapacidades y minusvalías.”*

De ahí que la decisión del problema jurídico necesariamente conduce a que el fallador acoja el dictamen que mayor convencimiento le genera, atendiendo al principio de libre formación del convencimiento, establecido en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En el presente caso, es evidente que el actor acredita una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, así se desprende de los cuatro diferentes dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral, que obran en el plenario, encontrándose en discusión, solo lo relacionado con la fecha de estructuración de la misma, experticias que reportan lo siguiente:

	CENTRO PARA LOS TRABAJADORE S (PROTECCIÓN S.A.) (fls. 60 a 65)	COLPENSIONES (fls. 70 a 71)	IPS UNIVERSITA RIA (fls. 75 a 81)	JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIO N DE INVALIDEZ (fls. 308 a 313)
MANUAL UNICO DE CALIFICACIO N DE INVALIDEZ	DECRETO 917 de 1999	DECRETO 917 de 1999	DECRETO 917 de 1999	DECRETO 1507 de 2014
FECHA DICTAMEN	4 de Septiembre de 2008	1° de Septiembre de 2009	16 de Mayo de 2018	17 de Septiembre de 2019
PÉRDIDA CAPACIDAD LABORAL	61.10%	59.30%	61.10%	78.80%
ESTRUCTUR ACIÓN	5 de Febrero de 1987	5 de Febrero de 1987	4 de Septiembre de 2008	10 de Febrero de 1982
ORIGEN	Común	Común	Común	Común
DIAGNÓSTIC O	Amaurosis OD baja visión ojo izquierdo	Alteración visual bilateral por desprendimiento de retina bilateral	Catarata no especificada, ceguera de un ojo y visión subnormal del otro, otros desprendimient os de la retina	Catarata no especificada, ceguera de un ojo y visión subnormal del otro, otros desprendimientos de la retina

Del cuadro anterior, se puede evidenciar, en primer lugar, que la Junta Regional de Calificación de Invalidez, fue la única que aplicó el Decreto 1507 del 2014, argumentando el doctor César Augusto Osorio Vélez, médico evaluador de dicha entidad, en su declaración, que el médico ponente es quien establece cual manual es el que debe utilizarse, pero los otros integrantes de la Sala aprueban o no esta decisión, precisando que uno de los ítems a tener en cuenta para elegir el manual, es el tipo de persona a la que se está calificando, afirmando que eligió el Decreto 1507 del 2014, porque no se trataba de una revisión pensional, sin que hubiere impedimento para aplicar el manual vigente.

Para resolver este punto, es pertinente citar artículo 5 del Decreto 1507 del 2014, que establece:

“ARTÍCULO 5°. Vigencia. El Manual Único para la Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional entrará en vigencia seis (6) meses después de su publicación; por lo tanto, solo se aplicará a los

procedimientos, actuaciones, dictámenes y procesos de calificación del origen y pérdida de la capacidad laboral que se inicien con posterioridad a su entrada en vigencia.

De acuerdo con la norma transcrita los procedimientos, exámenes y práctica de pruebas en el proceso de calificación del origen y pérdida de la capacidad laboral, así como los dictámenes, recursos de reposición y apelación que se encuentren en curso a la fecha de entrada en vigencia del decreto, se seguirán rigiendo y culminarán con los parámetros señalados en el Manual de Calificación establecido en el Decreto número 917 de 1999”. (negrillas fuera de texto)

Contrario a lo indicado por el galeno adscrito a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, se considera que en este caso debió aplicarse el Decreto 917 de 1999, al momento de efectuar la calificación al actor, por cuanto el proceso de calificación del mismo, ya había iniciado de tiempo atrás. No obstante, debe decirse que ello no tiene relevancia en el proceso dado que los dictámenes realizados por Protección S.A. y Colpensiones, aun expedidos bajo el Decreto 917 de 1999, determinan como fecha de estructuración el 05 de febrero de 1987.

Ahora, en lo atinente al dictamen practicado por la IPS Universitaria el 16 de mayo de 2018, cuya aplicación se pretende en las súplicas de demanda, el cual estableció que la fecha de estructuración de la invalidez del demandante, lo era el 4 de septiembre de 2008, encuentra la Sala que tal data no se ajusta al artículo 3 del Decreto 917 de 1999, norma aplicada por el perito médico, en cuanto a la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, preceptiva que establece:

“ARTÍCULO 3°. FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez”.

El doctor José William Vargas Arenas, médico de la IPS, en la declaración con fines de ratificación rendida ante el Juzgado cognoscente, adujo que la fecha de estructuración de la invalidez del actor, lo es el momento en el que se solicitó la prestación de invalidez o buscó la calificación por cuenta de Protección S.A., esto es, el 4 de septiembre del 2008, por considerar que fue en ese momento en el que el demandante se vio sin posibilidad de continuar laborando, planteamiento que no resulta de recibo en tanto no guarda relación con aspectos técnico- científicos, al no estar documentada en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, como lo exige el artículo 3 del citado Decreto 917 de 1999. A este respecto cabe señalar que el artículo 1 del Decreto 1504 de 2014, precisó lo anterior al señalar expresamente *“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.”* (subraya de la Sala)

En esta perspectiva no es posible tener en cuenta la fecha de estructuración establecida en el dictamen particular realizado al demandante por la IPS Universitaria

Enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas

La Corte Constitucional, de tiempo atrás, ha venido sosteniendo que la fecha de estructuración determinada en los dictámenes de pérdida de capacidad laboral tratándose de enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, no siempre *“corresponden de manera cierta al momento en el que la persona pierde la capacidad laboral de manera permanente y definitiva, tal y como lo exige la normatividad que regula la pensión de invalidez. Así, teniendo en cuenta que la enfermedad tiene efectos paulatinos y progresivos, la persona puede seguir con su actividad laboral con relativa normalidad, hasta que por su situación de salud le resulta imposible seguir laborando y, en consecuencia, continuar cotizando al sistema de seguridad social, y es desde ese momento que se estructura de manera definitiva la*

incapacidad para continuar laborando que se deben contabilizar las 50 semanas requeridas por la legislación actual” (T561 de 2016)

La misma Corporación en la sentencia SU588 de 2016, reiterada, entre muchas otras, en las sentencias de tutela T557 de 2017, T668 de 2017, T046, T 157 y T460 de 2019, define la capacidad residual en los siguientes términos:

“Respecto de la capacidad laboral residual, esta Corte ha indicado que se trata de la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad. En consideración de este elemento, a la Administradora de Fondos de Pensiones le corresponde comprobar que el beneficiario trabajó y, producto de ello, aportó al Sistema durante el tiempo que su condición se lo permitió o que consideró prudente (en el caso de las enfermedades únicamente congénitas). De la misma manera, tendrá que corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las 50 semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de cotizaciones que resulten de una actividad laboral efectivamente ejercida

El análisis de lo anterior busca evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantiza la sostenibilidad fiscal del mismo, en tanto que, si una persona ha cotizado durante varios años de manera ininterrumpida o, en su defecto, lo ha hecho de forma interrumpida, pero durante periodos de tiempo importantes, es fácil deducir que los aportes se han hecho gracias a la capacidad laboral residual con la cual ha podido ejercer un oficio que le ha permitido garantizar para sí y para su familia un mínimo vital.

31.3. Una vez el fondo de pensiones verifica (i) que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración. Al respecto, esta Corte ha considerado que ni el juez constitucional, ni la Administradora de Fondos de Pensiones pueden alterar la fecha de estructuración que definieron las autoridades médicas competentes. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, las distintas Salas de Revisión han tenido en cuenta la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo

y proveerse por sí mismo de sustento económico o, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.”

En igual perspectiva, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante las sentencias CSJ SL3992-2019 y SL3275-2019, admitió que en casos excepcionales, en donde el afiliado padece enfermedades consideradas crónicas, congénitas o degenerativas, que produzcan una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, es posible que para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo de las semanas exigidas por la ley aplicable para consolidar el derecho a la pensión de invalidez, se acuda también a los siguientes criterios: i) la fecha de emisión del dictamen mediante el cual se califica el estado de invalidez; ii) la fecha de la última cotización efectuada al sistema; o iii) la fecha de solicitud del reconocimiento pensional, así se expuso entre otras en sentencia SL 3992-2019, rad. 77965, en la cual se dijo:

“En estos casos, de acuerdo con la jurisprudencia de esta corporación, contrario a lo defendido por la censura, sí resulta necesario establecer excepciones puntuales a las reglas de determinación de la fecha de estructuración de la invalidez y su estipulación técnica, en función de la naturaleza de la enfermedad, de manera que es posible identificarla con la «...fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, incluso, la data de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico...», todo con fundamento en criterios claros, razonables y suficientemente informados [...]”.

Descendiendo al sublite se advierte, que no se cumple con el primer requisito jurisprudencial para concluir la capacidad residual, en tanto no acredita que la pérdida de capacidad laboral del accionante sea consecuencia de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita.

Al respecto es pertinente mencionar que el doctor José William Vargas Arenas, como profesional independiente, encontrándose ya desvinculado de la IPS Universitaria a nombre de la cual calificó en forma particular al demandante, procedió mutu proprio a emitir aclaración al dictamen, el 17 de marzo del 2020, después de notificado el fallo de primera instancia, en el cual intentando superar

la ausencia de prueba determinada por la a quo, indicó que las patologías padecidas por el actor, eran crónicas y progresivas, aclaración que resulta extemporánea, en tanto no fue solicitada ni decretada en el trámite de la primera instancia, por lo tanto no surtió ningún tipo de contradicción y en virtud de ello, no puede ser considerado por la Sala al desconocer las reglas de aducción de la prueba, el principio de preclusión de las oportunidades procesales y el derecho de contradicción de las demás partes.

Remitiéndose, en consecuencia, este Juez plural a la prueba obrante en el proceso, se encuentra que en certificación fechada 15 de octubre de 2017 la Clínica Oftalmológica San Diego describe el diagnóstico del actor como *“paciente con ojo único. Con remanente visual (ojo izquierdo). Ojo derecho es prótesis, perdido por desprendimiento de retina. El ojo único (ojo izquierdo) tiene baja visión por desprendimiento de retina; fue operado en el año 1981, en el Hospital Pablo Tobón Uribe a la edad de 14 años”* (01. expediente digitalizado 2018-593 folios 21)

En la historia clínica de hospitalización del 02 de diciembre de 1981 se registra que para esa fecha el demandante ya presentaba los mismos diagnósticos *“desde hace tres meses no ve por el ojo izquierdo, hace 1 1/2 años le practicaron dos cirugías para catarata adquirida en ojo derecho” “Diagnostico Desprendimiento retina ojo izquierdo, fibrosis vitral ojo derecho, otitis crónica bilateral”* (01. expediente digitalizado 2018-593 folios 22 a 25)

En el concepto médico desfavorable de rehabilitación se señala igualmente *“desprendimiento de retina ambos ojos, ojo izquierdo, ojo único con baja visión severa 20/300”* (01. expediente digitalizado 2018-593 folios 49)

El desprendimiento de retina es definido por la OMS como *“la separación de la retina neurosensorial del epitelio pigmentario subyacente. La causa más frecuente es una rotura retiniana (un desgarro, un orificio) (desprendimiento regmatógeno).”*
<https://www.who.int/es>

En este contexto no es posible en sede judicial, sin apoyo técnico clasificar el desprendimiento de retina bilateral, diagnóstico principal del accionante, como una enfermedad congénita, crónica o degenerativa, en adición a ello tal desprendimiento se había producido para la fecha de estructuración de la invalidez 05 de febrero de 1987, y no se demostró que hubiera alguna alteración sustancial desde esa fecha hasta la última cotización, 30 de septiembre de 2006, nótese que no se relacionan consultas médicas en las piezas de la historia clínica aportadas al plenario, entre 1987 y 2006, en este sentido si bien el actor fue incorporado al mercado laboral, lo cual resulta loable y acorde con las acciones afirmativas que deben adelantar el Estado y la sociedad en favor de las personas con discapacidad, artículo 47 y 54 de la Constitución Política, no se advierte que, en efecto, conservara una capacidad laboral residual en relación con su patología visual.

Ha de insistirse en que la tesis de la capacidad laboral residual tiene como sustento la existencia de la enfermedad congénita, crónica o degenerativa, por lo que resulta insuficiente la existencia de cotizaciones posteriores al estado de invalidez.

Corolario de la anterior no queda opción distinta a confirmar la sentencia de primera instancia

Sin costas en esta instancia.

3.- DECISION

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1.- Se **CONFIRMA** por otras razones la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quince Laboral de Circuito de Medellín, el 3 de febrero de 2020, en el proceso ordinario instaurado por el señor OSCAR AUGUSTO VARGAS DÍAZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

2.- Sin costas en esta instancia.


3.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,


SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE


JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO