

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**



**SALA LABORAL**

Medellín, veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022)

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

La **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por los Magistrados Jaime Alberto Aristizábal Gómez quien actúa como ponente, John Jairo Acosta Pérez y Francisco Arango Torres, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ordinario radicado con el número 05 001 31 05 018 2016 01241 00, promovido por el señor **DANIEL TOBÓN AGUDELO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, con la finalidad de revisar en consulta la sentencia emitida el 27 de mayo de 2019 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 “...Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones...” se toma la decisión correspondiente mediante providencia escrita número **148**, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

## **ANTECEDENTES**

El señor Daniel Tobón Restrepo, demandó a Colpensiones y a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez pretendiendo se deje sin efectos el dictamen médico emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, y en consecuencia se acoja el dictamen pericial expedido por la doctora Valentina Patricia García Álvarez especialista en salud ocupacional y egresada de la especialización de valoración del daño corporal de la universidad CES donde se establece que padece una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, y en consecuencia se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de los siguientes conceptos: pensión de invalidez de origen común, intereses moratorios o en subsidio indexación y costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones se expuso, que nació el 11 de abril de 1970. Padece *“Trastorno depresivo, gastritis crónica, síndrome doloroso de columna lumbar (lumbalgia por osteoartrosis), hipertensión arterial, síndrome doloroso de columna cervical (cervicalgia), restricción de movimientos de la columna (cervical lumbar)”*. La pérdida de su capacidad laboral de origen común fue calificada en diversas fechas y por las siguientes entidades: por Colpensiones a través de Asalud Ltda. en un 18.59%; el 15 de diciembre de 2014 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia en un 28.19%; y el 5 de marzo de 2015 por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en un 36.64%, estructurada el 26 de diciembre de 2013 según las tres entidades. Aduce que inconforme con el dictamen expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, fue evaluado por la doctora Valentina Patricia García Álvarez especialista en salud ocupacional y egresada de la especialización de valoración del daño corporal de la universidad CES, quien estableció que tiene una pérdida de capacidad laboral del 55.18% con fecha de estructuración del 26 de septiembre de 2014. Agrega que no presenta mejorías, cotiza al sistema de pensiones como independiente con los recursos económicos que recibe de sus familiares.

En sentencia proferida el 27 de mayo de 2019, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones

Colpensiones, a reconocer y pagar al señor Daniel Tobón Restrepo lo siguiente: la pensión de invalidez de origen común, a partir del 26 de septiembre de 2014, sobre 13 mesadas anuales; la suma de \$42.960.943 por concepto de retroactivo pensional causado hasta el 30 de abril de 2019; la suma de un salario mínimo legal mensual vigente por mesada pensional a partir del 1° de mayo de 2019; indexación del retroactivo pensional y costas del proceso. Autorizó a Colpensiones para descontar del retroactivo pensional, las sumas a que haya lugar por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Y absolvió a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de las pretensiones de la demanda.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La apoderada de Colpensiones allegó dentro del término legal escrito de alegatos de conclusión precisando que el demandante no tiene derecho a la pensión de invalidez, pues aparte de que para el año 2014, fecha de estructuración de la invalidez no colma la densidad de semanas exigidas por la ley; la Junta de Calificación de Invalidez determinó que el citado padece una merma de capacidad laboral menor al 50%.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico de esta segunda instancia, consiste en determinar si hay lugar a dejar sin efectos el dictamen médico expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y acoger el expedido por la doctora Valentina Patricia García Álvarez; y, en consecuencia, si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de pensión de invalidez de origen común, a retroactivo pensional y a la indexación de la condena.

### **CONSIDERACIONES**

Según el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 52 de la Ley 962 de 2002 y 142 del Decreto 019 de 2012, el estado de invalidez se

determina con base en el Manual Único para la Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación, y corresponde al Instituto de Seguros Sociales, hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a las Administradoras de Riesgos Profesionales – ARP, hoy Administradoras de Riesgos Laborales – ARL, a las Compañías de Seguros que asumen los riesgos de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar inicialmente la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. Pero cuando el interesado no está de acuerdo y manifiesta su inconformidad, la entidad debe remitirlo a la Junta de Calificación de Invalidez del orden regional para que dirima la discrepancia. La decisión de ésta es apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, y contra ellas proceden las acciones legales.

Preliminarmente ha de indicarse, que la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia tiene definido que los dictámenes de pérdida de capacidad laboral emitidos por las entidades mencionadas no son medios probatorios solemnes, y por ende el Juzgador en su valoración no está sometido a la tarifa legal de pruebas y puede formar libremente su convencimiento con aquellos elementos que le den mayor credibilidad o lo persuadan más, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Adicionalmente ha referido que como tales dictámenes no obligan al Juez; dentro del marco de esa libertad probatoria, éste puede acudir a otros medios idóneos para establecer la fecha de estructuración de la invalidez, porque no en todos los casos ésta puede inferirse con certeza (sentencias SL 16.374 de 4 de noviembre de 2015, Radicado 53.986; SL 2496 de 2018; SL 697 de 2019; y SL 3117 de 5 de agosto de 2019, Radicado 73.341).

De acuerdo a los dictámenes médicos laborales que obran en el expediente, emitidos en su orden: el 17 de junio de 2014 por Colpensiones a través de ASALUD LTDA., el 15 de octubre de 2014 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, y el 5 de marzo de 2015 por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el señor Daniel Tobón Restrepo padece “*Otros trastornos especificados de los discos intervertebrales – Trastorno de disco cervical – no especificado –*

*Gastritis crónica – no especificada*”, que le generan una pérdida de capacidad laboral de origen común del 18.59%, según Colpensiones, del 28.19 conforme la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia y del 36.64 en criterio de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, estructurada el 26 de diciembre de 2013, según las tres entidades, cuando en concepto integral de rehabilitación la clínica del dolor señala: “...*paciente con osteoartrosis lumbar y lumbalgia secundaria, no candidato quirúrgico solo se ofrece manejo médico, inicio controles de dolor desde enero de 2012, ha requerido bloqueo facetaria que solo mejoró por un mes la crisis del dolor, el estado actual del paciente es un dolor crónico de difícil manejo, solo le ofrece tratamiento de mantenimiento, con poca recuperación hasta la fecha, pronóstico de recuperación funcional desfavorable...*”.

Con la demanda fue allegado dictamen médico pericial expedido el 10 de octubre de 2016 por la doctora Valentina Patricia García Álvarez, médica de la Universidad Pontificia Bolivariana y especialista en gerencia de la salud ocupacional egresada de la universidad CES, en el cual se califica al actor con una pérdida de capacidad laboral del 55.18% estructurada el 26 de septiembre de 2014 y se indica:

*“...El señor Daniel Tobón es un paciente en la quinta década de la vida quien desde 2012 viene consultando por un padecimiento doloroso de columna, que fue calificado de origen común, y según su última calificación, de fecha 5 de marzo de 2015, de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez obtuvo un 36.64% de PCL con fecha de estructuración 26 de diciembre de 2013, según concepto integral de rehabilitación de clínica del dolor donde se conceptuó pronóstico de recuperación funcional desfavorable posterior al bloqueo (manejo intervencionista) realizado sin mejoría luego de microdiscectomía de columna. En el último año y como consecuencia de su padecimiento doloroso de columna requirió manejo y estudios de extensión con neurocirugía y reumatología, quienes posterior a estos estudios diagnostican además fibromialgia severa; el antecedente de osteoartrosis degenerativa de columna llevó a presentar dolor crónico secundario. Desde 2014, previo a la fecha de valoración por parte de la junta interdisciplinaria Nacional de Calificación, el señor Tobón venía consultando por padecimientos depresivos, y en manejo médico farmacológico con el antidepresivo conocido como fluoxetina. Para el 26/09/2014 fue valorado por psiquiatría, y se diagnosticó para la fecha como episodio depresivo mayor, patología que dos años después no ha remitido, es decir, no ha*

*desaparecido, se ha mantenido y cada vez requiere manejo médico; adicionalmente, la gastritis del señor Tobón no se había tomado dentro de la clasificación actual, ya que para la fecha de las valoraciones anteriores aún no era imperativa la dieta y el manejo farmacológico con omeprazol crónicamente para evitar los molestos síntomas que actualmente padece. El señor Tobón es un paciente crónico, que requiere manejo multidisciplinario...”.*

En la audiencia obligatoria de conciliación, de decisión de excepciones previas, saneamiento, fijación del litigio y decreto de pruebas, celebrada el 16 de abril de 2018 el Juzgado de conocimiento decretó el dictamen pericial referido y ordenó la comparecencia de la doctora Valentina Patricia García Álvarez a la audiencia de trámite y juzgamiento para la ratificación del mismo.

El 27 de mayo de 2019 se llevó a cabo la audiencia de trámite y a la misma asistió la perito a fin de ratificar su experticio y manifestó ser médico especialista en gerencia de salud ocupacional y valoración de daño corporal, que se desempeña como perito auxiliar del centro de estudios en derecho y salud del Cendes desde el 2016, rinde ese tipo de dictámenes y conceptos médicos periciales para abogados, para el centro de estudios en derecho y salud desde 2015 y en procesos judiciales, que es especialista en salud ocupacional y valoración de daño corporal de la Universidad CES, además de actualizaciones permanentes dentro de la rama de la medicina, que ha realizado publicaciones acerca del conocimiento de los médicos generales respecto del tema, respecto de las calificaciones de capacidad laboral. Y cuando se le preguntó: “... ¿Indíqueme por favor al despacho la forma o método en que llevó a cabo la experticia del señor Daniel Tobón Restrepo la que reposa en la foliatura realizada el 5 de octubre de 2016? Respondió: Para la elaboración de la experticia se realiza una entrevista clínica y una revisión de la historia clínica del expediente que se le aporta al perito, para realizarla se hace un resumen de la historia clínica completa y se entrevista al señor Daniel para hacerle un examen físico y una valoración, además se aplican algunas escalas como por ejemplo el índice de Barthel que es una escala estandarizada que existe y se aplica en los hospitales desde 1955 para más o menos lograr validar la independencia de las personas se evalúa de manera presencial al señor Daniel y se realiza el dictamen de acuerdo al Decreto 917 del 99. P/ ¿Cómo llegó usted a la conclusión a la que arribó y se concreta en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de acuerdo a cada uno de los criterios evaluados? R/ Se aplica

*cada título de acuerdo a la deficiencias, las capacidades y las minusvalías entonces a diferencia de los dictámenes anteriores para la fecha en la que yo valoré al señor Daniel ya tenía en firme un diagnóstico de ansiedad y depresión por lo que en este dictamen en si está presente ese diagnóstico que es muy importante porque el por si solo da el 20% dentro de la calificación de las deficiencias por eso hay como una diferencia entre el de la Junta Nacional que quedó en el 36 y el mío que quedó en el 55, luego se valoran después de las deficiencias donde se incluyen todas las enfermedades, se valoran las discapacidades y las minusvalía y ya luego de la sumatoria la suma combinada de las deficiencias y la suma de las discapacidades y las minusvalía llegamos a la pérdida de capacidad laboral ocupacional del 55,18% de origen enfermedad de riesgo común.*

*P/ Para la elaboración del dictamen usted menciona que tuvo en cuenta la evolución del diagnóstico depresivo ¿quiere decir ello, que no se tuvo en cuenta idéntica historia clínica a la tenida en cuenta la calificación inicial por la junta nacional de calificación de invalidez? R/ La Junta Nacional si tuvo acceso a la historia clínica donde está el diagnóstico inicial, esa historia del 26 de septiembre de 2014 fecha que yo le doy como fecha de estructuración la Junta Nacional sí conoció esta valoración de médico psiquiatra lo que pasa es que el 917 es muy claro e incluso el manual actual en que la patología debe estar presente por lo menos 2 años, entonces ya cuando se llega al dictamen que emito yo ahora sí lleva los dos años y además durante ese lapso de tiempo ya ha sido diagnosticado con una fibromialgia severa, no se califica la fibromialgia porque las directrices de calificación de la Junta nos indican que no es que la fibromialgia no se califique sino que se unifica en conjunto con la depresión.*

*P/ ¿Eso quiere decir que para el momento en que la Junta Nacional de calificación de invalidez efectuó la revisión de los dictámenes anteriores no podía dar un valor diferente a la deficiencia incluyendo el diagnóstico por el síndrome depresivo? R/ Habiéndolo tomado como fibromialgia si podía por la historia natural de las enfermedades.*

*P/ ¿Cuál es la diferencia entonces entre el síndrome depresivo y la fibromialgia que usted dice fue diagnosticas con posterioridad? R/ Lo que pasa es que la fibromialgia para que me entiendan es una enfermedad que se diagnostica desde muy distintas ramas de la medicina, entonces el ortopedista por ejemplo cuando ya ve que no hay una real afección muscular o tendinosa califica como fibromialgia, el reumatólogo después de realizar todas las pruebas sanguíneas cuando ve que no hay una reacción inflamatoria dice que es una fibromialgia, el neurólogo cuando ve que en realidad no hay nada nervioso afirma que es una fibromialgia, entonces llegar al diagnóstico es más lento respecto de otra patologías en donde los diagnósticos son evidenciales mediante signos y síntomas. Mientras que en la fibromialgia es como un diagnóstico descartar entonces se demora mucho la evolución en llegar al diagnóstico como*

*tal. P/ ¿Para el 5 de marzo del año 2015 que fue efectuada la calificación por parte de la Junta Nacional de calificación de invalidez ese diagnóstico se encontraba visible en la historia clínica analizada por la Junta, es decir el de fibromialgia? R/ No, el de fibromialgia llegó el reumatólogo el 20 de noviembre, pero ya tenían acceso a los paraclínicos que se le habían realizado durante ese mismo año al señor Daniel. P/ ¿Para llegar o afirmar un porcentaje que equivalga a la eficiencia con ocasión del diagnóstico de fibromialgia la Junta tenía que efectuar ese diagnóstico? R/ No, no es del resorte de la Junta, pero con el conocimiento de la historia natural de las enfermedades se podía concluir, pero sin el diagnóstico del reumatólogo no lo toman en cuenta. P/ Dice usted o dijo con anterioridad que para la fecha en que efectuó el dictamen la Junta Nacional de calificación de invalidez teniendo en cuenta la fibromialgia así no se hubiera diagnosticado hubiera tenido mejor el tiempo de evolución el diagnóstico del síndrome depresivo hubiera podido llevar a un porcentaje superior de deficiencia. Explique por favor teniendo en cuenta que para ese momento no existía el diagnóstico del reumatólogo que se dio fue con posterioridad y que la junta no puede realizar diagnósticos. R/ Si, no es del resorte de la Junta dar diagnóstico ya en esa instancia sino coger lo que hay en la historia clínica para poder emitir un dictamen, desde septiembre de 2014 el paciente fue valorado por psiquiatría cuando ya el dolor crónico era evidente el trastorno depresivo y ansioso del señor Daniel incluso en las historias de 2019 los siquiátras, los algesiologos se lo atribuyen al dolor que el padece desde 2011 entonces por ejemplo luego ya se dieron cuenta de que había unas osteoporosis, ni siquiera la Junta ni siquiera yo cuando revise los exámenes podía haber visto que tenía una osteoporosis severa, cierto pero si se podía dilucidar de acuerdo al diagnóstico depresivo asociado a el trastorno adaptativo de acuerdo al dolor que el señor iba a continuar con las historia laboral y que no iba hacer necesario llegar a los dos años del diagnóstico de la depresión sino que se podía calificar inmediatamente por economía procesal, en pro de la salud del paciente, por otras cosas que puede tener uno en cuenta como valorador...”*

Luego, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que, en el caso de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, no siempre se presenta una coincidencia entre la fecha de estructuración de la invalidez con el momento en que la persona pierde definitivamente su capacidad laboral y, por tanto, puede variar la data a tener en cuenta para el cómputo de las semanas requeridas para la pensión de invalidez.



Al respecto, la Corporación mencionada en las sentencias SL 4363 y SL 3275 de 2019, acogió la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de la Organización Panamericana de Salud (OPS), sobre las enfermedades crónicas, las cuales incluyen un grupo de padecimientos y condiciones que, a pesar de tener manifestaciones clínicas diversas, comparten algunas características básicas comunes, como son su persistencia, el requerir manejo durante años o decenios y el hecho de que desafían seriamente la capacidad de los servicios de salud. Se caracterizan también por tener “estructuras causales complejas mediadas por múltiples condiciones de exposición, periodos de latencia largos, evolución prolongada, relativa incurabilidad, y carácter degenerativo” que, sin manejo adecuado, generan discapacidad o alteración funcional, con la consecuente pérdida de autonomía del sujeto afectado.

Ha dicho el Máximo Tribunal que:

“...en casos de enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas que produzcan una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, la fecha de estructuración del estado de invalidez se puede modificar, en el sentido de 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 puede acudir 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.

En ese sentido, si se elige alguno de estos últimos criterios a fin de resolver lo atinente a la concesión de una pensión de invalidez, varía el momento a partir del cual se debe efectuar retroactivamente el conteo de las semanas exigidas por ley, pues, conforme quedó explicado, en tratándose de estas patologías, la fecha de estructuración ya no sería el parámetro para definir tales aspectos, puesto que la pérdida de la capacidad laboral, en estos asuntos, riñe generalmente con dicha data y, de esta manera, la controversia se define en sujeción a la fecha de emisión del dictamen, de la última cotización o de la solicitud de reconocimiento

pensional, según el caso...”. (Sentencia SL 505 de 19 de febrero de 2020, Radicado 75.592)

En ilación a lo anterior, en la sentencia SL 3275 de 2019 se dijo que:

“... En aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal, es necesario, en cada caso, ponderar varias aristas del asunto a dilucidar, tales como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, entre otras, pues precisamente en razón a que el afiliado puede trabajar y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, es necesario corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida.

Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones efectuadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado, y no, que se hicieron con el único fin de defraudar al sistema de seguridad social.

Debe advertirse que lo anterior no implica que sea válido alterar la fecha de estructuración de invalidez que hayan definido las autoridades médicas competentes, sin razón justificativa alguna o sin medio probatorio que así lo permita. De lo que se trata, es de llevar a cabo un análisis que incluye el supuesto fáctico que regula la normativa aplicable al asunto, a fin de determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las semanas legalmente exigidas.

En resumen, se deben analizar las condiciones del solicitante, así como la existencia de una capacidad laboral residual, para de esta manera establecer el punto de partida para realizar el conteo de aportes que imponga la ley...”.

Por su parte, la Honorable Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre el tema y ha explicado que cuando la pérdida de capacidad laboral se genera de manera inmediata como consecuencia de accidentes o de situaciones de salud, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de ocurrencia del hecho, empero que tales fechas no coinciden cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, puesto que en ellas la pérdida de capacidad es paulativa, y que en este último evento puede generarse una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez, porque las Juntas de Calificación de Invalidez suelen establecer como fecha de estructuración de este estado aquella en la cual aparece el primer síntoma de la enfermedad, o una concomitante con la fecha del dictamen, lo que ocasiona una dificultad en la contabilización de las semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión, porque éstas deben colmarse a la fecha de estructuración y puede ocurrir que el beneficiario de la prestación continúe trabajando y realizando cotizaciones al sistema por un período largo, y solo después, debido al progreso de la enfermedad y la gravedad de su estado de salud, se someta a la calificación de la Junta y ésta le fije, hacia atrás, la fecha de estructuración de la invalidez; o puede suceder que la persona incapacitada para trabajar no vuelva a laborar y decida reclamar la pensión, pero mientras espera una calificación que esté de acuerdo con sus condiciones físicas pasa un tiempo considerable y finalmente la Junta le señala como fecha de estructuración una que coincide con la fecha de la valoración. Razón por la cual, en aquellos casos en los cuales se deba establecer la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral de una persona que sufra una enfermedad crónica, degenerativa o congénita (o como en este caso deteriorante y severa como lo afirmó la médica especialista en salud ocupacional) que no le impida ejercer actividades laborales remuneradas durante ciertos períodos de tiempo, la entidad encargada de realizar el dictamen de pérdida de capacidad laboral debe tener en cuenta que la fecha de estructuración corresponde a aquella en que el afiliado ve disminuidas sus destrezas físicas y mentales, en tal grado, que le impide desarrollar cualquier actividad económicamente productiva (Sentencias T-040 de 30 de enero de 2015, T-128 de 26 de marzo de 2015, y T-057 de 3 de febrero de 2017).

Según el Alto Tribunal, bajo esta clase de enfermedades, donde la discapacidad se puede estructurar en determinada fecha, la persona puede mantener una capacidad residual de trabajo que le permite continuar laboralmente activa, con la respectiva obligación de realizar los aportes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, los que resultan plenamente válidos para alcanzar el reconocimiento de una pensión, pues, de lo contrario, se desconocerían los aportes realizados “en ejercicio de una efectiva y probada explotación de una capacidad laboral residual”. Así lo expresó en la sentencia SU 588 de 27 de octubre de 2016:

“...La Corte ha considerado que no es racional ni razonable [63] que la Administradora de Fondos de Pensiones niegue el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez a una persona que sufre una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, tomando como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral el día del nacimiento, uno cercano a este, el momento en el que se presentó el primer síntoma o la fecha del diagnóstico, desconociendo, en el primer caso, que para esa persona era imposible cotizar con anterioridad a su nacimiento y, en el segundo y tercero que, pese a las condiciones de la enfermedad, la persona pudo desempeñar una labor y, en esa medida, desechando las semanas aportadas con posterioridad al momento asignado en la calificación. Además, negar el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez, con fundamento en lo anterior, implicaría asumir que las personas en situación de discapacidad, en razón de su estado de salud, no pueden ejercer una profesión u oficio que les permita garantizarse una vida en condiciones de dignidad y que, en esa medida, nunca podrán aspirar a un derecho pensional, postulado que a todas luces es violatorio de tratados internacionales, inconstitucional y discriminatorio...”.

En la providencia referida se estableció, además, que tanto las administradoras de pensiones como las autoridades judiciales deben verificar lo siguiente:

“... (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. 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, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.

31.4. Esta Corte, en un principio, resolvió casos similares aplicando la excepción de inconstitucionalidad a la regla legal fijada en la Ley 860 de 2003— contabilizar 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Sin embargo, con posterioridad, las distintas Salas de Revisión de esta Corporación han afirmado que lo que deben hacer, tanto las Administradores de Fondos de Pensiones, como el juez constitucional, es analizar las condiciones del solicitante, así como la existencia de una capacidad laboral residual, para de esta manera determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las 50 semanas. Lo anterior, no implica alterar la fecha de estructuración que fue asignada por la autoridad médico laboral. En otras palabras, se trata de adelantar un análisis que permita establecer el supuesto fáctico que regula el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, tal y como fue modificado por la Ley 860 de 2003.

Se trata de reglas claras y pacíficas que son, entonces, reiteradas por esta sentencia de unificación. Al respecto, la Sala Plena recuerda que los requisitos exigidos por la Ley 860 de 2003 buscan evitar el fraude al sistema y garantizar su sostenibilidad fiscal. Sin embargo, frente a la existencia de aportes importantes realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, la sostenibilidad del sistema no se ve amenazada, en tanto ésta (sic) sea clara y así se determine en cada caso en concreto. En estos casos, no existe la pretensión de defraudar, sino que el fin legítimo de la solicitud es el reconocimiento de un derecho

prestacional, que se encontraba asegurado y para lo cual se cotizó durante un tiempo, pues el propósito de la pensión de invalidez no es otro diferente que garantizar un mínimo vital y, en esa medida, una vida en condiciones de dignidad de personas que, debido a una enfermedad o un accidente, se encuentran en situación de discapacidad.

Por todo lo anterior, se trata de una interpretación inspirada en los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad, así como en el deber de garantizar el acceso al trabajo por parte de las personas en situación de discapacidad, el cual, se encuentra consignado en la Carta y fue desarrollado por la Ley 361 de 1997, ya que como se estableció en párrafos anteriores, no parece lógico que el Estado propenda por la inclusión laboral de estas personas, pero impida que accedan a las garantías propias de los trabajadores, desconociendo entonces, la capacidad laboral residual con la cual cuentan.

En síntesis, en dicha decisión la Corte Constitucional, validó tener en cuenta 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, decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario...”.

La historia laboral que milita en el expediente actualizada a 17 de enero de 2017 da cuenta que el accionante ha cotizado al Sistema General de Pensiones de manera discontinua con empleadores particulares y como trabajador independiente desde el 3 de octubre de 1990 hasta el 31 de enero de 2017.

El demandante en este juicio pretende que se deje sin efectos el dictamen médico emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y en su lugar se acoja el expedido por la doctora Valentina Patricia García Álvarez, sustentando en su historial clínico.

La Juzgadora de primera instancia, precisó que el dictamen proferido por la galena aludida fue decretado y controvertido en este juicio conforme las normas previstas para tal fin, el cual determinó que el accionante presenta una pérdida de capacidad laboral de origen común del 55.18%, estructurada el 26 de septiembre de 2014, cuando fue valorado por psiquiatría, y se diagnosticó como episodio depresivo mayor, patología que con el tiempo no ha desaparecido, se ha mantenido y cada vez requiere manejo médico. Que frente a dicho experticio las partes no presentaron reparo alguno, por lo que el Despacho lo acoge en su totalidad y le imprime plena validez para efectos de resolver el derecho pensional deprecado.

La Sala de decisión comparte parcialmente los planteamientos de la a *quo*, y, en consecuencia, acogerá el porcentaje de pérdida de capacidad laboral previsto en el dictamen emitido por la doctora Valentina Patricia García Álvarez y modificará la fecha de estructuración de la misma, a partir del 31 de enero de 2017, teniendo en cuenta la última cotización acreditada que realizó el actor al sistema de pensiones con la Agremiación Nacional de Trabajadores, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que los dictámenes emitidos por las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, no son prueba solemne, razón por la cual los sentenciadores en aplicación del mencionado artículo 61 tienen la potestad de apreciar probatoriamente lo determinado por las Juntas de Calificación sin restricción alguna.

En criterio del Alto Tribunal los dictámenes proferidos por las Juntas de Calificación pueden ser controvertidos en la jurisdicción ordinaria, y por ello, los sentenciadores adquieren competencia para revisar los hechos que pudieron ser acreditados y que den lugar al estado de invalidez o no que dictaminan dichos entes, con lo cual se da solución a las contiendas que las partes ponen en su conocimiento, es decir, que los experticios proferidos por aquellas entidades son discutibles y, por tanto, sometidos a contradicción (Sentencia SL 5353 de 4 de diciembre de 2019, Radicado 68.794).

En la sentencia SL 4571 de 2019, la Corporación mencionada señaló:

“...Le corresponde a la Sala establecer si los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral emitidos por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez son definitivos y si, por tanto, los criterios científicos allí plasmados son vinculantes para el juez que conoce una controversia relativa a la causación de una pensión por invalidez.

Según los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 16 y 19 de la Ley 1562 de 2012 respectivamente, las juntas de calificación de invalidez «son organismos del Sistema de la Seguridad Social del orden nacional, de creación legal, adscritas al Ministerio de Trabajo con personería jurídica», cuyo objetivo es el de calificar la invalidez en las oportunidades que se requiera para el reconocimiento de una prestación.

Por su parte, tal como lo sostiene la recurrente, en la sentencia C-1002-2004, la Corte Constitucional señaló que «el dictamen de las juntas de calificación es la pieza necesaria para la expedición del acto administrativo de reconocimiento o denegación de la pensión, propiamente dicho».

Sin embargo, en la misma providencia la Corte Constitucional aclaró que si bien a través de los mencionados dictámenes se certifica la incapacidad laboral, estos «no tienen la virtud de resolver de manera definitiva las controversias surgidas en torno al grado de invalidez ni de producir efectos de cosa juzgada», dado que ello solo ocurre con el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado que «implica el desarrollo de una serie de actos procesales que culminan en la expedición de un acto final -la sentencia-, llamado a definir el punto controvertido con fuerza de verdad legal». De modo que «la negativa parcial o total de la pensión de invalidez es, en esencia, un conflicto jurídico y como tal, su conocimiento está atribuido por la Constitución Política y por la propia ley laboral al juez del trabajo (artículo 2º del CPL). La jurisdicción, como facultad del Estado para dirimir los conflictos, corresponde a los órganos judiciales y no puede ser transferido a los particulares, como son las Juntas en cuestión, dado que ellos no administran justicia» ...”.



En la sentencia SL16374 de 2015, reiterada en la sentencia SL 5353 de 2019, indicó:

“...Ciertamente, la Corte ha estimado que en la actualidad el estado de invalidez de un trabajador corresponde establecerse mediante la valoración científica de las juntas de Calificación, a través del procedimiento señalado en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional. Pero la Sala de Casación Laboral no ha sostenido que los parámetros señalados en el dictamen de la Junta sean intocables. La regla sentada en el fallo citado por el recurrente como apoyo de su criterio es que, en principio, la declaración del estado de invalidez es materia de expertos y no corresponde, en los actuales momentos, a la entidad de seguridad social, como ocurría antes, sino a unos entes autónomos, como son las juntas Regionales en primera instancia, y la Nacional en último grado.

“De ninguna manera ha considerado la Corte que los hechos relativos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre el hecho genitor de la minusvalía, tenidos en cuenta por uno de tales entes, o por ambos si se agotan las dos instancias, sean materia incontrovertible ante la jurisdicción del trabajo. Por el contrario, en reciente sentencia del 13 de septiembre 2006 (rad. 29328), tuvo esta Sala de Casación oportunidad de referirse al tema, en los siguientes términos:

“Por otra parte, la circunstancia de que la Junta Nacional actúe como órgano de segunda instancia para resolver las reclamaciones formuladas por los interesados contra las evaluaciones de las juntas regionales, no necesariamente su concepto obliga al juez. De no ser así, ciertamente carecería de sentido la intervención de la jurisdicción laboral simplemente para dar un aval al pronunciamiento de un ente que, tal cual lo reconoce la censura, no tiene la potestad del Estado para “decidir” el derecho. Sólo el juez puede, con la fuerza que imprime a sus decisiones el instituto de la cosa juzgada, definir si hay lugar a establecer el estado de invalidez o los parámetros en que debe reconocerse la pensión objeto de controversia y, para tal propósito, nada le impide acudir al apoyo de un ente especializado en la materia y que cumple funciones públicas, así sus miembros no sean servidores del

Estado, en virtud del moderno esquema de administración descentralizada por colaboración”.

“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” ...”.

En segundo lugar, porque el parágrafo 3° del artículo 4° del Decreto 1352 de 2013 “Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones”, establece que “...*Sin perjuicio del dictamen pericial que el juez laboral pueda ordenar a un auxiliar de la justicia, a una universidad, a una entidad u organismo competente en el tema de calificación del origen y pérdida de la capacidad laboral, el juez podrá designar como perito a una Junta Regional de Calificación de Invalidez que no sea la Junta a la que corresponda el dictamen demandado...*”.

Considera la Sala que la doctora Valentina Patricia García Álvarez, médica de la Universidad Pontificia Bolivariana y especialista en gerencia de la salud ocupacional y valoración del daño corporal, egresada de la universidad CES, acreditó en este juicio el conocimiento, la experticia, aptitud, idoneidad y capacidad, para evaluar la merma de la capacidad laboral de cualquier individuo y rendir el respectivo experticio decretado en un litigio por el operador judicial, a fin de establecer el estado de invalidez o los parámetros en que debe reconocerse la pensión objeto de controversia.

En tercer lugar, porque la valoración realizada al señor Daniel Tobón Restrepo por la doctora Valentina Patricia García Álvarez, comprende una valoración integral del estado de salud del demandante, un diagnóstico clínico de carácter

técnico - científico soportado en la historia clínica y ocupacional del paciente y en los fundamentos de hecho y de derecho que lo justifican. Evaluación que encuentra fundamento en el Decreto 917 de 1999 para darle plena validez, pues en dicho dictamen se señala que las patologías de origen común “...*Depresión – Gastritis crónica – Síndrome doloroso columna lumbar (lumbalgia por osteoartritis) – Hipertensión arterial – Síndrome doloroso columna cervical (cervicalgia) – Restricción de movimientos de columna (cervical lumbar) ...*”, que padece le ocasionan al accionante una pérdida de capacidad laboral del 55.18%, explicando que “...*Desde 2014, previo a la fecha de valoración por parte de la junta interdisciplinaria Nacional de Calificación, el señor Tobón venía consultando por padecimientos depresivos, y en manejo médico farmacológico con el antidepresivo conocido como fluoxetina. Para el 26/09/2014 fue valorado por psiquiatría, y se diagnosticó para la fecha como episodio depresivo mayor, patología que dos años después no ha remitido, es decir, no ha desaparecido, se ha mantenido y cada vez requiere manejo médico; adicionalmente, la gastritis del señor Tobón no se había tomado dentro de la clasificación actual, ya que para la fecha de las valoraciones anteriores aún no era imperativa la dieta y el manejo farmacológico con omeprazol crónicamente para evitar los molestos síntomas que actualmente padece. El señor Tobón es un paciente crónico, que requiere manejo multidisciplinario...*”. Y que el diagnóstico de trastorno depresivo moderado se tiene en cuenta en la suma de la deficiencia.

Adicionalmente, se indicó en dicho experticio que la historia clínica del paciente da cuenta que:

- El 26 de septiembre de 2014, Psiquiatría indicó: Cambio de fluoxetina por duloxetina (60mg/d). Dx: animo deprimido y ansioso. Síndrome depresivo asociado a enfermedad médica y se califica como un episodio depresivo moderado, secundario a sus dolencias.
- El 30 de mayo de 2015, Clínica del dolor, prevé: continuar manejo con psiquiatría. Muchos síntomas gástricos.
- El 31 de julio de 2015, Psiquiatría, señala: depresión en tratamiento con duloxetina 120mg, trazodona 50mg, pregabalina 75mg. Con tratamiento

desde hace 6 meses, antes tomó fluoxetina, no presentó mejoría. Se han aumentado los dolores. Ha estado preocupado y llorando. Pendiente revisión por neurocirujano por incontinencia fecal, no tolera VSA, náuseas frecuentes. Aceptable presentación personal, marcha antálgica, colaborador con la entrevista, quejas constantes de dolor, ansioso, dice que está muy preocupado, no adinamia, si anhedonia, no delirios, pobre prospección. Control 2 meses, requiere supervisión, precaución por riesgo de somnolencia y caída.

- El 15 de septiembre de 2015, Psicología indica: remite psiquiatría. Ingresa con ayuda de bastón, esposa dice que ahora hay que ayudarle mucho porque no se puede valer por sí mismo, tiene cambios constantes de ánimo, se enoja fácil, triste porque está mal en la parte sexual. Plan: manejo de emociones.
- El 26 de noviembre de 2015, Psicología refiere: manejo por dolor crónico intratable. Ha sentido días donde no desea vivir o luchar más por la enfermedad.
- El 22 de mero de 2016, Psiquiatría señala: Dx: episodio depresivo moderado. Dolor de difícil manejo. Manejo psiquiátrico: duloxetina, trazodona, imipramina. Iniciaron en clínica del dolor sinalgen. Hace 1 año y medio en manejo con duloxetina. Refiere persistencia de dolor, con marcada limitación funcional. Muy inactivo por el dolor. Presenta alteraciones en la capacidad de concentración y atención. Se siente un estorbo y una carga. Sueño interrumpido por el dolor, no reparador. Relata adherencia y tolerancia al manejo. Se aumenta duloxetina y se reinicia pregabalina, se disminuye imipramina. Trazodona a necesidad.
- El 26 de julio de 2016, Psiquiatría indica: con la pregabalina siente leve mejoría del control del dolor. No cambios con aumento de duloxetina. La esposa lo nota más irritable, Daniel acepta que se siente muy triste, con sentimientos de frustración. Se siente muy inútil y desesperanzado. Ha

pensado en quererse morir. Relata que ya no es capaz de caminar una cuadra continua por lo que no quiere salir de casa, donde permanece igualmente inactivo. Niega síntomas psicóticos. Cursa en el momento con depresión moderada. No se ha logrado control de síntomas por persistencia del dolor. Se aumenta duloxetine a dosis máxima, se suspende imipramina. Remisión a psicología para ayuda en el manejo de emociones y resolución de problemas.

Con fundamento en lo anterior, en la audiencia donde se llevó a cabo la contradicción del dictamen, la doctora Valentina Patricia García Álvarez explicó que para el 10 de octubre de 2016 “...fecha en la que yo valoré al señor Daniel ya tenía en firme un diagnóstico de ansiedad y depresión por lo que en este dictamen en si está presente ese diagnóstico que es muy importante porque el por si solo da el 20% dentro de la calificación de las deficiencias por eso hay como una diferencia entre el de la Junta Nacional que quedó en el 36 y el mío que quedó en el 55, luego se valoran después de las deficiencias donde se incluyen todas las enfermedades, se valoran las discapacidades y las minusvalía y ya luego de la sumatoria la suma combinada de las deficiencias y la suma de las discapacidades y las minusvalía llegamos a la pérdida de capacidad laboral ocupacional del 55,18% de origen enfermedad de riesgo común. P/ Para la elaboración del dictamen usted menciona que tuvo en cuenta la evolución del diagnóstico depresivo ¿quiere decir ello, que no se tuvo en cuenta idéntica historia clínica a la tenida en cuenta la calificación inicial por la junta nacional de calificación de invalidez? R/ La Junta Nacional si tuvo acceso a la historia clínica donde está el diagnóstico inicial, esa historia del 26 de septiembre de 2014 fecha que yo le doy como fecha de estructuración la Junta Nacional sí conoció esta valoración de médico psiquiatra lo que pasa es que el 917 es muy claro e incluso el manual actual en que la patología debe estar presente por lo menos 2 años, entonces ya cuando se llega al dictamen que emito yo ahora sí lleva los dos años y además durante ese lapso de tiempo ya ha sido diagnosticado con una fibromialgia severa, no se califica la fibromialgia porque las directrices de calificación de la Junta nos indican que no es que la fibromialgia no se califique sino que se unifica en conjunto con la depresión. P/ ¿Eso quiere decir que para el momento en que la Junta Nacional de calificación de invalidez efectuó la revisión de los dictámenes anteriores no podía dar un valor diferente a la deficiencia incluyendo el diagnóstico por el síndrome depresivo? R/ Habiéndolo tomado como fibromialgia si podía por la historia natural de las enfermedades...”.

En cuarto lugar, porque cómo lo indicó Medicina Laboral de Colpensiones, las Juntas de Calificación de Invalidez y la doctora Valentina Patricia García Álvarez, la patología que padece el actor es fácilmente identificable, y así la ha catalogado la jurisprudencia, como una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, con tendencia al deterioro y con secuelas a nivel de funcionamiento social, laboral y familiar, por ende, como se indicó anteriormente analizadas las condiciones del asegurado, su historia laboral y los dictámenes médicos de pérdida de la capacidad laboral, se puede establecer sin lugar a dudas que su incapacidad para laborar se deriva de la evolución de sus múltiples patologías que causaron grave afectación en su funcionamiento para laborar, y en razón a ello, el porcentaje de su merma de capacidad laboral incrementó en un 55.18%.

En quinto lugar, porque la fecha de estructuración de la invalidez se ajusta a la normatividad y a la jurisprudencia citadas en precedentes, y por ello, en este juicio es procedente aplicar la excepción establecida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para definir la viabilidad de la pensión de invalidez reclamada, bajo el criterio *“de la fecha de la última cotización efectuada al sistema”*, pues a pesar de su diagnóstico, el señor Daniel Tobón Restrepo continuó cotizando al sistema general de pensiones a través de la Agremiación Nacional de Trabajadores, hasta el 31 enero de 2017 como trabajador independiente, máxime que Colpensiones, además de que recibió los aportes pensionales, no desvirtuó en este proceso la calidad invocada por el afiliado.

En sexto lugar, porque el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social le confiere al Juzgador la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas en el juicio para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos, con base en aquellas que lo persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal.

Por último, en séptimo lugar, porque el artículo 232 del Código General del Proceso aplicable por analogía en asuntos laborales, dispone que “...El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad

del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso...”.

En consecuencia, la Sala de decisión acoge de manera parcial el dictamen de merma de capacidad laboral emitido el 10 de octubre de 2016 por la doctora Valentina Patricia García Álvarez, pues se considera que los hallazgos clínicos generan al Juzgador suficiente certeza para determinar que el señor Daniel Tobón Restrepo presenta una pérdida de capacidad laboral del 55.18% de origen común, y establece como fecha de estructuración de la misma el 31 de enero de 2017, teniendo en cuenta la última cotización que realizó al sistema de pensiones como trabajador independiente.

En razón de lo anterior, se confirmará y modificará en este aspecto la providencia de primera instancia.

## **DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ DE ORIGEN COMÚN**

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han reconocido que por regla general y salvo ciertas excepciones, el régimen jurídico aplicable para el reconocimiento de una pensión de invalidez es el vigente al momento de estructurarse la merma de capacidad laboral que da lugar a esta prestación, considerando que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no consagró un régimen de transición en relación con la misma.

Conforme lo establecido en esta instancia, la invalidez del señor Daniel Tobón Restrepo se estructuró el 31 de enero de 2017, por ende, las normas aplicables al caso concreto son las contenidas en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Según lo dispone dicha normatividad tienen derecho a la pensión de invalidez por riesgo común los asegurados declarados inválidos por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, que hayan cotizado cincuenta (50) semanas al sistema pensional dentro de los tres últimos años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Requisito que colma el actor, porque la historia laboral expedida por Colpensiones da cuenta que, en los tres últimos años

anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez, comprendidos entre el 31 de enero de 2017 y la misma fecha de 2014, el citado cotizó al sistema pensional un total de 151 semanas.

## **DEL RETROACTIVO PENSIONAL**

El artículo 10 del Decreto 758 de 1990 consagra lo siguiente:

“...Artículo 10. Disfrute de da 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 estructure tal estado. Cuando el beneficiario estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio.

La pensión de invalidez por riesgo común, se otorgará por períodos bienales, previo examen médico - laboral del ISS, al que el beneficiario deberá someterse en forma obligatoria, con el fin de que se pueda establecer que subsisten las condiciones que determinaron su otorgamiento.

La pensión de invalidez se convertirá en pensión de vejez, a partir del cumplimiento de la edad mínima fijada para adquirir este derecho...”.

Como este aspecto no fue regulado expresamente en la Ley 100 de 1993, resulta razonable su aplicación en virtud de lo previsto en el artículo de dicha Ley, que permite acudir a la normatividad anterior del I.S.S.

Igualmente, el artículo 3° del Decreto 917 de 1999 dispone:

“...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...”.

De ésta manera, se ha podido concluir, que, si bien en principio la fecha de la estructuración de la invalidez es la que determina la causación del derecho a la pensión, las mesadas pensionales solo podrán reconocerse por aquellos períodos en los que no se hubiere recibido por parte del afiliado algún subsidio por incapacidad temporal, ya sea por la EPS o por la entidad de pensiones, pues con aquellos dineros recibidos como incapacidad, el afiliado logra cubrir sus necesidades básicas y elementales para su auto subsistencia, de manera que carecería de respaldo fáctico reconocerle las mesadas pensionales que reclama por el mismo lapso y con fundamento en el mismo hecho, en tanto ambas llevan implícitas una misma finalidad económica.

Sin embargo, aunque en otras oportunidades se ha ordenado el pago de la pensión desde la fecha de estructuración, habiendo aún subsidios por incapacidad reconocidos y pagados, los cuales simplemente se descontaban, dicho criterio ha sido cambiado recientemente por nuestro órgano judicial de cierre, según sentencia SL 5170 del 20 de octubre de 2021, radicado 88003, en la que la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia sostuvo lo siguiente:

*“...Así, en la incapacidad temporal el subsidio se paga a partir de la aparición del hecho causante, que lo es la enfermedad o lesión que le impide desempeñar la labor por un tiempo determinado, hasta que otro hecho causante introduce una nueva situación protegida en lugar de la anterior, como cuando se declara que las lesiones se convierten en definitivas, de tal manera que los efectos económicos de la pensión de invalidez, en los supuestos en los que su declaratoria esté precedida de una incapacidad temporal, se producen a partir de la extinción de la última incapacidad y, sino lo está, se producen a partir de la fecha de estructuración del estado de invalidez.*

*(...) el eje central de delimitación está en el momento en que se califica el estado de invalidez, quedando a partir de allí extinguida la incapacidad temporal, pero limitándose la retroactividad de la nueva prestación al momento en que se efectuó el último pago de la prestación que la antecede, dado el carácter secuencial de la acción protectora de la seguridad social, donde los efectos económicos de las prestaciones no siempre coinciden con el hecho causante en sentido material, pues la previsión legal es muy clara en relacionar la fecha inicial de la prestación por invalidez con la fecha de finalización formal de la incapacidad temporal.*

*(...)*

*Teniendo en cuenta todo lo expuesto en líneas precedentes, la Sala considera necesario precisar su doctrina, en el sentido de señalar que cuando existen subsidios por incapacidad temporal, continuos o discontinuos, con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, las mesadas pensionales se comenzarán a pagar sólo a partir del momento en que expire el derecho a la última incapacidad, postura con la cual queda rectificada y delineada su posición con relación a criterios anteriores que le hubieren sido contrarios (SL1562-2019).”.*

En consecuencia, y toda vez que en el expediente no existe prueba de que se hayan pagado incapacidades en favor del demandante, se debe aplicar la disposición de artículo 10 del Decreto 758 de 1990.

No obstante lo anterior, en concordancia con el reciente criterio jurisprudencial aludido, en el evento que Colpensiones al momento de dar cumplimiento a la obligación de la condena tenga prueba fehaciente e incontrovertible que al demandante le fue pagado subsidio por incapacidad temporal por parte de la EPS a la que estuvo afiliado o de la administradora de pensiones referida, con posterioridad al 31 de enero de 2017, deberá comenzar a pagar la prestación económica sólo a partir del momento en que haya expirado el derecho a la última incapacidad.

## DE LA PRESCRIPCIÓN

En lo que respecta a la prescripción. Según lo previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las acciones que emanan de las leyes sociales prescriben en tres años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se hace exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador sobre el derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

El artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo consagra el mismo texto alusivo a la interrupción de la prescripción.

Según la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que esta Sala de Decisión comparte, el análisis consonante de los preceptos lleva a concluir que únicamente es posible interrumpir la prescripción una vez (Sentencia de 21 de febrero de 2012, Radicado 41.908 y SL 374 de 12 febrero de 2020, Radicado 67.868).

Se tiene que la pérdida de capacidad laboral se estructuró en este juicio el 31 de enero de 2017 con posterioridad a la presentación de la demanda, quiere ello decir que no operó en este caso el fenómeno de la prescripción de mesadas pensionales.

Las mesadas pensionales causadas entre el 31 de enero de 2017 y el 30 de junio de 2022, calculadas con el salario mínimo legal mensual vigente e incluyendo la mesada adicional de diciembre de cada año, totalizan Cincuenta y Nueve Millones Veintiún Mil Cinto Veinticinco Pesos (\$59.021.125), de acuerdo a la liquidación, lo cual no coincide con el valor deducido por la A quo, razón por la cual se modificará en dicho aspecto la decisión.

A partir del 1° de julio de 2022 Colpensiones reconocerá y pagará al accionante una mesada pensional por valor de Un Millón de Pesos (\$1.000.000), sin perjuicio

de los aumentos legales futuros y del pago de la mesada adicional de diciembre correspondiente.

AÑO	MESADA	NUMERO MESES	TOTAL
2017	\$ 737.717	12 y 1 día	\$ 8.877.194
2018	\$ 781.242	13	\$ 10.156.146
2019	\$ 828.116	13	\$ 10.765.508
2020	\$ 877.803	13	\$ 11.411.439
2021	\$ 908.526	13	\$ 11.810.838
2022	\$ 1.000.000	6	\$ 6.000.000
TOTAL			\$ 59.021.125

DE LOS APORTES EN SALUD

Acorde a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud establecida en el Sistema General de Salud para los pensionados, está en su totalidad a cargo de éstos.

Conforme a criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que esta Sala de Decisión comparte, el descuento por salud constituye una condición esencial y necesaria al reconocimiento de la pensión, que opera por virtud de la Ley y se encuentra estrechamente relacionada con los principios que irradian el Sistema General de Seguridad Social, motivo por el cual el Juez al otorgar el derecho está facultado para autorizarla, porque el pagador de la entidad administradora es el llamado a hacerla efectiva y trasladarla a la EPS correspondiente (sentencias de 21 de junio de 2011, Radicado 48.003; 14 de febrero de 2012, Radicado 47.378; 6 de marzo de 2012, Radicado 47.528 y SL 1478 de 9 de mayo de 2018, Radicado 63.512).

A juicio de la Alta Corporación Judicial mencionada, de no efectuarse tales descuentos, se desconocerían los principios orientadores de la prestación del servicio público esencial de seguridad social consagrados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en especial, los de universalidad y solidaridad, y los rectores del

servicio público de la seguridad social en salud de que trata específicamente el Decreto 1920 de 1994. Adicionalmente, tal omisión podría comprometer los derechos de acceso a los servicios de alto costo que requieren un mínimo de semanas cotizadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley 100 de 1993. Por lo que se confirmará en este sentido lo resuelto en la sentencia.

## **DE LA INDEXACIÓN**

La indexación de la condena sobre el retroactivo pensional reconocido resulta viable, porque es el mecanismo objetivo de corrección monetaria que se aplica cuando las entidades administradoras que integran el sistema de seguridad social pagan tardíamente las obligaciones a su cargo, y la ley no prevé otra forma de solucionar su detrimento económico. Por lo tanto, se confirmará en este aspecto la decisión.

En consideración a que la indexación se concede en favor del actor, se precisa que sobre la suma que ha de efectuarse el descuento en salud no está sujeta a tal actualización, por tanto, dichos valores no serán objeto de aplicación de la misma, pues no puede el accionante beneficiarse de una actualización con base en una suma dineraria que corresponde al subsistema de salud.

Así las cosas, se confirmará, modificará, adicionará y aclarará la decisión que se revisa en consulta, por las razones expuestas.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve:

**PRIMERO:** Modificar la sentencia revisada en consulta, en el sentido de acoger de manera parcial el dictamen de merma de capacidad laboral emitido el 10 de octubre de 2016 por la doctora Valentina Patricia García Álvarez, para

determinar que el señor Daniel Tobón Restrepo presenta una pérdida de capacidad laboral del 55.18% de origen común.

**SEGUNDO:** Se establece como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral el 31 de enero de 2017, teniendo en cuenta la última cotización que realizó el señor Daniel Tobón Restrepo al sistema de pensiones como trabajador independiente, por las razones expuestas en esta instancia.

**TERCERO:** Se condena a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar al señor Daniel Tobón Restrepo:

- La pensión de invalidez de origen común, a partir del 31 de enero de 2017.
- La suma de Cincuenta y Nueve Millones Veintiún Mil Cinto Veinticinco Pesos (\$59.021.125), por retroactivo pensional liquidado hasta el 30 de junio de 2022.
- La suma Un Millón de Pesos (\$1.000.000), por mesada pensional a partir del 1° de julio de 2022, sin perjuicio de los aumentos legales futuros y del pago de la mesada adicional de diciembre correspondiente.

**CUARTO:** Se aclarar que en el evento que Colpensiones al momento de dar cumplimiento a la obligación de la condena tenga prueba fehaciente e incontrovertible que al demandante le fue pagado subsidio por incapacidad temporal por parte de la EPS a la que estuvo afiliado o de la administradora de pensiones referida, con posterioridad al 31 de enero de 2017, deberá comenzar a pagar la prestación económica sólo a partir del momento en que haya expirado el derecho a la última incapacidad.

**QUINTO:** Confirmar en lo demás la decisión que se revisa en consulta, aclarando que en consideración a que la indexación se concede en favor del señor Daniel Tobón Restrepo, se precisa que sobre la suma que ha de efectuarse el descuento en salud no está sujeta a tal actualización, por tanto, dichos valores no serán objeto de aplicación de la misma, pues no puede el accionante beneficiarse

de una actualización con base en una suma dineraria que corresponde al subsistema de salud.

**SEXTO:** Sin costas en esta instancia.

Lo resuelto se notifica en **EDICTO**. Se ordena regresar el proceso al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Jaime Alberto Aristizábal Gómez

John Jairo Acosta Pérez

Francisco Arango Torres

**Firmado Por:**

**Jaime Alberto Aristizabal Gomez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**John Jairo Acosta Perez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Francisco Arango Torres  
Magistrado  
Sala Laboral  
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e3612662ac1b35fc47612398a942e8a49e4603006852ac8b105a13888010ebf3**

Documento generado en 28/07/2022 01:47:08 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**