

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	Francisco José Rivera Idárraga
DEMANDADO	AFP Protección S.A., Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez e IPS Suramericana S.A
PROCEDENCIA	Juzgado 19 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 <b>019 2018 00416</b> 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 178 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Pensión de invalidez, capacidad laboral residual
DECISIÓN	Revoca y condena

En la fecha, **veinticinco (25) de agosto de dos mil veintidós (2022)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación presentado por el apoderado del señor **Francisco José Rivera Idárraga**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario que promovió en contra de la **AFP Protección S.A., las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez y la IPS Suramericana S.A.** Radicado único nacional 05001 3105 **019 2018 00416** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto, estudiado, discutido y aprobado mediante acta **Nº 026**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

## **Antecedentes**

Para lo que interesa a esta instancia se tiene que el demandante convocó a juicio a las entidades accionadas, pretendiendo se declare la nulidad de los dictámenes emitidos por la IPS Suramericana, y Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, y en consecuencia, se establezca que presenta una PCL del 50%, estructurada el 12 de abril de 2001, y con ello se le cancele la pensión de invalidez, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

En sustento de ello manifestó que, se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad; fue calificado por la IPS Suramericana, el 23 de enero de 2017, con una PCL del 25,9% estructurada en la misma fecha, decisión frente a la cual se mostró inconforme e interpuso los recursos de ley, desatado el de reposición por la Junta Regional de Calificación el 15 de junio de 2017, asignándole una PCL del 47,60% de origen común, estructurada el 13 de enero de 2017, dictamen confirmado por la Junta Nacional de Calificación; que fue valorado por la IPS Universitaria el 10 de mayo de 2016, estableciéndose que cuenta con una PCL del 58,20% de origen común, estructurada el 12 de abril de 2001, acreditando así los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, al ser cotizante activo y tener 26 semanas, la que le fue negada a través de comunicado del 31 de enero de 2017.

En auto del 13 de agosto de 2018 **se admitió y ordenó dar trámite a la acción**, debidamente notificadas las demandadas allegaron contestación, así:

**Junta Regional de Calificación de Invalidez**, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones al haberse ceñido el dictamen a lo

dispuesto por el Manual Único de Calificación de Invalidez, y teniendo como sustento fáctico los antecedentes médicos y clínicos del actor. Frente a los hechos aceptó lo relativo al contenido de la experticia rendida por dicha entidad, con relación a los demás indicó que no le constan. Presentó fundamentos y razones de derecho, y formuló la **excepción de mérito** que denominó: inexistencia de fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones.

**IPS Suramericana S.A.**, admite lo relativo a la calificación emitida por la entidad, dada la solicitud elevada por Protección S.A., con relación a los restantes supuestos manifestó que no le constan. **Se opuso a la prosperidad** de la declaratoria de nulidad del dictamen, y propuso las **excepciones** de falta de causa para pedir respecto de la IPS, falta de legitimación en la causa por pasiva, y validez del acto.

**Junta Nacional de Calificación de Invalidez**, frente a los supuestos de hecho acepta la afiliación del actor al fondo privado, la calificación realizada por la IPS Suramericana, y las Juntas, con relación a los restantes esgrime que no son ciertos o no le constan. No mostró oposición a las pretensiones, ateniéndose a lo que resulte probado dentro del proceso, no obstante, indicó que la decisión emitida cuenta con pleno soporte probatorio, guarda total concordancia con las disposiciones legales y técnicas que rigen la calificación de pérdida de capacidad laboral. Finalmente, propuso los **medios exceptivos** de legalidad de la calificación emitida, inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen, la variación en la condición clínica y la inclusión de diagnósticos adicionales a los calificados eximen de responsabilidad, falta de legitimación en la causa por pasiva, y buena fe.

**Protección S.A.**, acepta la afiliación del actor a la entidad, las calificaciones emitidas por la IPS y las Juntas, teniéndose que el realizado

por la Junta Nacional, se encuentra en firme, así mismo, admite la respuesta dada a la petición de pensión de invalidez. Con relación al dictamen emitido por la IPS Universitaria, manifiesta que no le consta, al haber sido realizado de manera independiente, sin seguir los parámetros legales del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, adicional a que no tuvo la oportunidad de participar en dicha calificación, por lo cual, no pudo ejercer el derecho de defensa, no obstante, afirma que de considerarse el dictamen aportado, el cual tuvo como fecha de estructuración el 12 de abril de 2001, debe precisarse que para dicha calenda el actor no era afiliado al sistema. **Presentó oposición** a la prosperidad de las pretensiones y formuló en su defensa las **excepciones** de inexistencia de la obligación – ausencia de requisitos legales, cobro de lo no debido, no existencia de incumplimiento por parte de la entidad, petición antes de tiempo, ausencia de afiliación al sistema general de pensiones – ausencia de recursos económicos para pagar la pensión de invalidez, ausencia de cubrimiento de seguro previsional, prescripción, violación al derecho de contradicción y defensa, error grave en el dictamen aportado, y buena fe.

**La primera instancia culminó con sentencia** proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito, en la que absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por el señor Francisco Rivera, e impuso condena en costas a cargo del actor, fijando el monto de las agencias en derecho.

Argumentó el fallador frente al dictamen de parte aportado, que el mismo evidenciaba una sobre calificación de varios ítems, adicional a que se advertían imprecisiones en cuanto al rol laboral, los conceptos a calificar, y a la fecha en que determinó la pérdida de capacidad laboral, al no existir soportes para haber fijado la misma en el 2001, quedándose corto en sus

fundamentos, por lo que, no era posible con dicho medio de convicción declarar o establecer la nulidad de los restantes experticios aportados.

**Inconforme la parte actora con esta decisión, interpuso recurso de apelación,** solicitando su revocatoria, y la consecuente concesión del derecho, los intereses moratorios o indexación, para ello esgrimió, después de hacer alusión a apartes de la historia clínica, los diagnósticos evaluados, los cuales han ido evolucionando y progresando a través del tiempo, los dictámenes emitidos, la forma de calificarse el rol laboral, que cuenta con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, por una enfermedad degenerativa, adicional a que conservó una capacidad laboral residual, al haber seguido en su trabajo después del accidente, acreditando más de 50 semanas anteriores a la fecha de la última cotización, supuestos que le permiten obtener el derecho a la pensión de invalidez bajo los postulados establecidos por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral y la Corte Constitucional.

De la oportunidad para presentar **alegaciones** en esta instancia hizo uso **Protección S.A.,** indicando que se debe confirmar la sentencia de instancia, al encontrarse de acuerdo con los argumentos expuestos por el Juez para denegar las pretensiones, adicionalmente adujo que, para la fecha de estructuración establecida por el perito del CES, el actor no se encontraba válidamente afiliado al sistema, pues, el mismo inicio cotizaciones el 1 de noviembre de 2001.

**IPS SURAMERICANA S.A.,** argumentando que se debe confirmar la sentencia en lo que ella atañe al haber emitido un dictamen con el lleno de los requisitos legales, adicional a que contiene los fundamentos de hecho y de derecho, y se cumplió con la notificación, interponiendo los recursos de Ley la parte actora, asumiendo competencia la Junta Regional y Nacional

de Calificación de Invalidez, no siendo dable declarar la nulidad de una actuación frente a la cual se dio la oportunidad de ser revisada, y si para el caso las condiciones de salud, el grado de evolución de la enfermedad o el proceso de recuperación o habilitación suministrado generaron cambios que indiquen una nueva valoración de la PCL y su porcentaje, lo indicado es realizar una nueva solicitud de evaluación, como procedió la Sala Laboral del TSM.

En orden a decidir, basten las siguientes:

### **Consideraciones**

Como hechos debidamente acreditados en los autos, no discutidos y que se tornan relevantes para resolver se tienen: que Francisco Rivera fue calificado por Suramericana el **24 de enero de 2017**, con una **pérdida de capacidad laboral del 25,9% estructurada el 23 de enero del mismo año**, por el diagnóstico de "*Disminución en la fuerza muscular derecha (No dominante*" y "*trastorno afectivo bipolar*", por lo que al mostrarse en desacuerdo con dicha experticia, fue evaluado el 15 de junio de 2017, por la **Junta Regional de Calificación de Invalidez**, entidad que aumentó el porcentaje de la **pérdida de capacidad laboral al 47,60%** dejando en firme la fecha de estructuración, y determinó como diagnóstico evaluado "*traumatismo intracraneal, no especificado*", decisión confirmada el 25 de abril de 2018, por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; que acudió ante la IPS Universitaria, entidad que el 10 de mayo de 2016, le determinó una pérdida de capacidad laboral del 58,20% estructurada el 12 de abril de 2001, por el diagnóstico de "*SECUELAS TEC*". De manera oficiosa esta Sala dispuso la valoración del actor, por parte del **CENDES**, entidad que **estableció que presenta una PCL del 62,2% estructurada el 30 de abril de 2001**, la cual "*corresponde a la fecha de alta de la hospitalización*

***por el accidente de tránsito que generó sus secuelas y de las cuales no ha mejorado, sino que se han cronificado y progresado sus compromisos físicos y mentales.***” Considerándose sobre las secuelas a calificar y la fecha de estructuración, que:

*“Con relación a la fecha de Estructuración de la Invalidez, la historia clínica se convierte en el principal soporte, con todos los elementos que la constituyen y con una evolución documentada de la enfermedad, siguiendo los lineamientos del artículo 3° del Decreto 1507 de 204 y la Directriz 001 del 1/08/2014 de la Junta Nacional. La alteración neurocognitiva se establece de manera objetiva de acuerdo con evaluación neuropsicológica realizada el 10/06/2022, a la cual se le da plena credibilidad y aceptación, ya que es concordante con la evolución de su trauma craneoencefálico y su actual condición mental. Sin embargo, esto no puede llevarnos a considerar que su estado actual de invalidez material se estructura para esta fecha, toda vez que de acuerdo a la historia aportada y su evolución y teniendo en la historia natural de la enfermedad y que la hemiparesia izquierda y su alteración neuropsiquiátrica asociada a su frontalización, no ha mejorado con el paso del tiempo, con evidencia una significativa hipotrofia muscular del hemicuerpo derecho y de una alteración de la esfera mental asociada a su compromiso axonal difuso a nivel frontal, podemos decir que la fecha de estructuración debe definirse a 30/04/2001, donde se considera que se establece una invalidez material que se ha agravado con el transcurrir del tiempo.*

*El hecho que para esa época no se contara con las pruebas neuropsicológicas, de ninguna manera desvirtúa que su condición mental ya estuviese estructurada, toda vez que esta es consecuencia de un severo daño axonal a nivel frontal, que explica sus alteraciones comportamentales.*

*La Tomografía Axial Computarizada - TAC cerebral tomado durante la hospitalización inicial por su accidente de tránsito, reporta el daño axonal difuso, ratificado en las diferentes evaluaciones hospitalarias por Neurocirugía y cuyo manejo incluyó tratamiento antiedema cerebral y para la cual está extensamente sustentado en la literatura médica.*

*Reafirmamos que el Daño Axonal Difuso – DAD origina secuelas irreversibles y de mal pronóstico en su recuperación, evidenciado en la magnitud del compromiso neuropsiquiátrico, por lo que se puede afirmar que, al momento del egreso hospitalario, el trabajador presentaba un compromiso, que repercutía en forma significativa en su capacidad funcional residual.*

*Es de anotar que en la evaluación física realizada en las instalaciones del CENDES, hay hallazgos neurológicos no reportados en las evaluaciones previas, como la hipotrofia del hemicuerpo derecho, el Clonus en el pie derecho y la retracción del tendón de Aquiles de dicho pie, que es claro que su existencia es previa a la evaluación realizada y que corrobora la cronicidad de su proceso neuropsiquiátrico relacionado con el accidente sufrido.”*

De igual forma, atendiendo la prueba de oficio decretada en esta instancia, queda acreditado que el actor presenta afiliación a Protección entre el 01 de noviembre de 2001 y el 31 de diciembre de 2020, fecha en la cual firmó solicitud de traslado hacía Colpensiones, así como que se estuvo vinculado laboralmente con la empresa Salsas y Pulpas la Costeña, "***desde noviembre de 2013 desempeñándose en oficios varios y mensajería hasta marzo de 2020. Desde esa fecha no pudo seguir laborado debido a sus problemas de salud, no se ha retirado de la seguridad social para que pueda acceder a servicios de salud***".

Así las cosas, el **problema jurídico** se circunscribe a establecer, si es dable declarar la nulidad de los dictámenes cuestionados; de ser afirmativa la respuesta, se analizará si el demandante acredita a cabalidad los requisitos para ser beneficiario de la pensión de invalidez cuando se trata de enfermedades de tipo crónico, degenerativo o catastrófico, así como si es procedente impartir condena en contra de Protección S.A., dado el traslado que el demandante hizo al RPM.

Pues bien, debe decirse que la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia T-873 de 2013, ha considerado la calificación de la pérdida de capacidad laboral como un derecho que tiene toda persona, el cual cobra gran importancia al ser el medio para la realización efectiva de otras garantías fundamentales como la salud, la seguridad social y el mínimo vital, en tanto que permite determinar a qué tipo de prestaciones tiene derecho el afectado por una enfermedad o accidente, producido con ocasión o como consecuencia de la actividad laboral, o por causas de origen común.

Así, atendiendo la Jurisprudencia Constitucional, la calificación de la pérdida de capacidad laboral debe considerar las condiciones específicas de cada persona, valoradas sistemáticamente, dicha valoración puede tener



lugar no solo como consecuencia directa de una enfermedad o accidente de trabajo, claramente identificado, sino también, de patologías que resulten de la evolución posterior de esta enfermedad o accidente, o, a su vez, por una situación de salud, inclusive de origen común.

De la misma manera, dicha corporación ha establecido reglas procedimentales básicas que rigen las actuaciones de las entidades encargadas de calificar la pérdida de capacidad laboral y que conforman los contenidos mínimos del derecho fundamental al debido proceso en esta clase de trámites, encontrándose dentro de ellas: "ii) ***La valoración del estado de salud de la persona calificada debe ser completa e integral, pues las juntas deberán proceder a realizar el examen físico correspondiente, y al sustanciar y proferir el respectivo dictamen deben tener en cuenta todos los aspectos médicos consignados en la historia clínica, y ocupacional del paciente***" (sentencia T 713 de 2014 y T 093 de 2016).

Ahora bien, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, determina que son las Juntas de Calificación de Invalidez, junto con los fondos de pensiones, las EPS, las ARL y las compañías de seguros que asuman los riesgos de invalidez y muerte, las entidades responsables de establecer, con fundamento en criterios técnicos, médicos y científicos, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, el origen de la misma y su fecha de estructuración.

No obstante, lo enunciado no quiere decir que se le haya provisto a los dictámenes emanados de dichas juntas la condición de prueba solemne, definitiva, incuestionable, inmodificable en el marco del proceso ordinario o *ad substantiam actus*, en tanto, es posible que dentro de un trámite ante la justicia ordinaria se puedan acreditar, por cualquier medio probatorio, los errores en que pudo haber incurrido una pericia, atendiendo que, en los juicios laborales, al tenor del artículo 51 del C.P.T., son admisibles todos los

medios de prueba establecidos por la Ley. De acuerdo con ello, las partes tienen libertad probatoria, pudiendo demostrar sus sustentos fácticos por el que les resulte más apropiado, teniendo como único límite los criterios de utilidad, conducencia y pertinencia.

Sobre el particular, en sentencia SL640-2021, se rememora lo expuesto en la SL del 18 septiembre 2012, radicación 35450, en la que se señaló:

"Se ha de advertir en primer término, que la jurisprudencia de la Corte tiene establecido el criterio de que los dictámenes de las juntas regionales y nacional de calificación de invalidez, no son pruebas solemnes y por lo tanto, el juzgador respecto de ellos no está sometido a la tarifa legal de prueba. En consecuencia, como prueba pericial que es, queda sometida a la libre apreciación del juez.

De la misma manera tiene señalado la Corporación, que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de invalidez no obliga al juzgador y que si para definir una determinada controversia se ve enfrentado a dos dictámenes disímiles uno rendido por la junta regional y otro por la nacional, podrá escoger para fundamentar su decisión aquél que le merezca mayor credibilidad analizado dentro del conjunto de elementos probatorios con los que cuente, pudiendo también optar si lo considera menester, por ordenar un tercer dictamen todo dentro del marco de libertad probatoria que le asiste de conformidad con los artículos 51, 54 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social."(Subrayas intencionales)

Así las cosas, si bien estas calificaciones son idóneas para determinar la pérdida de capacidad laboral de una persona, lo cierto es que también pueden ser controvertidas ante los jueces del trabajo, toda vez que los operadores judiciales tienen la competencia para conocer y pronunciarse respecto de las condiciones de modo, tiempo y lugar que fungieron como contexto para definir la condición de discapacidad del afiliado (sentencia SL1044-2019), estando este legitimado para controvertir durante el proceso los dictámenes de pérdida de capacidad laboral efectuados, y el juez investido de competencia para examinar los hechos que contextualizan la condición incapacitante a partir de otro experticio, y bajo el principio de la sana crítica, determinar cuál fue el suceso generador de la pérdida de capacidad laboral.

Es preciso advertir que de acuerdo con la jurisprudencia especializada, cuando se controvierte un dictámen, el operador judicial está sujeto a tomar en su integridad el que de manera objetiva le de mayor credibilidad y certeza sobre los puntos debatidos, sin que pueda configurar uno a su acomodo, escindiendo los allegados, y dado, que para el caso, el juez no tomó en cuenta el dictamen aportado con la demanda, frente al cual, la parte demandada se mostró inconforme, y que se pide por el apoderado demandante sea acogido, fue que esta Sala procedió, a fin de darle claridad al asunto, a decretar una nueva prueba técnica, consistente en la valoración integral de Francisco Rivera, por parte del CENDES, entidad que concluyó que **presenta una PCL del 62,2% estructurada el 30 de abril de 2001,** dictamen que al ajustarse a la información contenida en el expediente, a la calidad de la institución por la cual fue rendido, y acorde a lo dispuesto en los artículos 226 y ss. del C.G.P., normas aplicables en virtud de la remisión establecida en el artículo 145 del C.P.T. y la SS., es posible otorgarle mérito probatorio y con ello entrar a determinar si la calificación se basó en criterios técnicos, pruebas e historias clínicas y valoraciones científicas, encontrando que tal y como se observa en dicho experticio, se tuvieron en cuenta los eventos e intervenciones de salud de importancia, como el accidente sufrido, la valoración por neurocirugía, las cirugías a que fue sometido, las citas con neurología, psiquiatría, los conceptos de rehabilitación, así como la valoración personal, en la cual se efectuó un examen físico, osteomuscular, neurológico, mental, anímico, teniéndose en cuenta por demás las actividades de la vida diaria básica en las cuales presenta dificultades, a más que se valoraron las secuelas derivadas del accidente de tránsito, encuadrando el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, y la fecha de estructuración del estado de invalidez, en los parámetros definidos en el Decreto 1507 de 2014, siendo fijada esta última para el **30 de abril de 2001,** *"que corresponde a la fecha de alta de la hospitalización por el accidente de tránsito que generó sus secuelas y de las cuales **no***

***ha mejorado, sino que se han cronificado y progresado sus compromisos físicos y mentales.”***

Así, al haber sido rendida la experticia por una entidad idónea para tal fin, y en la cual se acogieron unas conclusiones que atendieron los requisitos y procedimientos establecidos en el manual para emitirlo, a más que también reflejó y analizó la historia clínica y la valoración actual, reciente y de acuerdo a las condiciones de salud, a fin de demostrar la pérdida de capacidad laboral del demandante, es posible darle valor probatorio y tenerlo como un medio de convicción idóneo, para establecer tanto la PCL como la fecha de estructuración, por lo que pasa la Sala a analizar la procedencia del derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, teniéndose para ello presente que la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha precisado que el derecho a esta prestación debe analizarse y dirimirse conforme a la norma vigente al momento de la estructuración de tal condición. En esa perspectiva, la disposición que rige el asunto sería la Ley 100 de 1993, toda vez que la pérdida de la capacidad laboral del actor se estructuró formalmente el 30 de abril de 2001. Por tanto, en principio, es esa la fecha que debe tomarse como referente para determinar el lapso temporal para contabilizar las semanas, como requisito mínimo para que el asegurado acceda a la prestación reclamada.

No obstante, respecto del momento a partir del cual se computa el número de cotizaciones, en tratándose de afiliados que padecen enfermedades de tipo crónico, congénito o degenerativo, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral y la Corte Constitucional han establecido que es posible tener en cuenta no solo la data formal de estructuración de la invalidez, sino también: **(i) la de la calificación de dicho estado, (ii) la de la solicitud de reconocimiento pensional, o (iii) la de la última**

**cotización válidamente realizada** - calenda en la que se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando - (véanse entre otras las sentencias SL3275-2019, SL3992-2019, SL4567-2019, SL770-2020, SL409-2020, SL781-2021, SL1718-2021, SL2332-2021, SL2830-2021, SL4329-2021, SL5576-2021, SL002-2022, SL1683-2022, SL1799-2022, SL2194-2022 y la SU-588-2016), iv) **cuando la enfermedad supone la manifestación de secuelas ulteriores** -CSJ SL4178-2020 y SL5183-2022. Lo anterior, dado que estas circunstancias permiten establecer que el afiliado, pese a la declaratoria formal determinada en un dictamen médico científico respecto a su condición para trabajar, conservó una capacidad laboral residual y por ello es dable fijar una fecha diferente para computar el número de semanas requeridas para verificar la procedencia del derecho.

Lo anterior, porque al ser la pensión de invalidez una manifestación del derecho a la seguridad social, está destinada a cubrir las contingencias generadas por la enfermedad o el accidente que inhabilitan al afiliado para el ejercicio de la actividad laboral. En ese sentido, su fin es garantizar a la persona que ve disminuida su capacidad para trabajar, un ingreso que le permita asegurar todas sus necesidades básicas, así como el de quienes se encuentran a su cargo (sentencia SL5162-2021 y SL3275-2019)

Frente a este tipo de padecimientos, la Corte Constitucional mediante sentencia SU-588-2016 se pronunció, al referir que las llamadas enfermedades "*crónicas, degenerativas y/o congénitas*" son aquellas que, debido a sus características, "*se presentan desde el nacimiento o son de larga duración y progresivas*". Por tanto, en tales eventos, el momento en el cual se perdió definitivamente la capacidad para laborar, suele coincidir con el día del nacimiento, uno cercano a este o la fecha del primer síntoma de la enfermedad o del diagnóstico de la misma y, por esa razón, "*estas personas*

*normalmente no acreditan las semanas requeridas por la norma, pese a contar con un número importante de cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha asignada”.*

Es por ello, que en la misma sentencia explicó que tanto las administradoras de pensiones como las autoridades judiciales deben verificar:

- (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 [...]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. (Subrayas fuera de texto).

Criterio que fue acogido por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral a partir de la sentencia SL3275-2019 y traído hasta los más recientes pronunciamientos: SL002-2022, SL1683-2022, SL1799-2022, SL2194-2022, donde varió su línea de pensamiento, en lo relativo a cuál es el momento y desde cuándo debe contabilizarse la densidad de aportes o semanas válidas, que dan lugar a alcanzar el derecho a la prestación originada en particulares contingencias, como las enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, diferente a la data de estructuración de la invalidez dictaminada formalmente.

Ahora, debe tenerse presente y analizarse en cada caso, que las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral no se hagan con el animo de defraudar el sistema, razón por la cual, deben ponderarse varias aristas, 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 permitan, es necesario corroborar si los aportes 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.

Así mismo, al estudiar la Corte Constitucional casos en los que los accionantes realizaron los aportes con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, pero estaban incapacitados, estableció que dichos aportes no se ejecutaron con el fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social. En la **Sentencia T-694 de 2017**, consideró que, pese a que el período de cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración coincidía con las incapacidades reconocidas, esas semanas debían tenerse en cuenta para efectos de analizar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. En particular, la sentencia señaló que *“no podía ni puede exigírsele al accionante que debía estar trabajando o reintegrarse a la labor que cumplía para ese momento, porque como se señaló, estaba haciendo uso de la incapacidad laboral que se le había otorgado por el médico respectivo”*. En ese sentido, la Corte concluyó que el accionante tenía derecho a que el fondo de pensiones le reconociera los aportes realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, *“pues seguía vinculado a la empresa, pero no podía reintegrarse porque estaba incapacitado”*.

En el mismo sentido, en la **Sentencia T-046 de 2019**, advirtió que las cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración se realizaron mientras que la accionante estuvo incapacitada, por tal, debían contabilizarse.

No puede perderse de vista que, al acoger los criterios de modificación de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, dado el tipo

de enfermedad padecido, puede dar lugar, no solo a la variación de la normatividad aplicable, el momento a partir del cual se debe efectuar el conteo de semanas exigidos por la ley, sino también, la entidad responsable de su reconocimiento y pago.

De acuerdo con lo expuesto, debe tenerse presente que Francisco José Rivera Idárraga, fue calificado por el Cendes con una pérdida de capacidad laboral del **62,2% estructurada el 30 de abril de 2001**, por los diagnósticos de *"Trastorno neurocognitivo mayor en curso, secundario al antecedente de Trauma de cráneo severo, con daño axonal difuso, con secuelas de predominio neuropsiquiátrico"* y *"Hemiparesia derecha con hipotrofia muscular, como secuela permanente de traumatismo encefalocraneano severo."* indicándose en dicho dictamen que: *"el Daño Axonal Difuso –DAD origina secuelas irreversibles y de mal pronóstico en su recuperación, evidenciado en la magnitud del compromiso neuropsiquiátrico, por lo que se puede afirmar que, al momento del egreso hospitalario, el trabajador presentaba un compromiso, que repercutía en forma significativa en su capacidad funcional residual."* Y que *"Actualmente sus secuelas neurológicas tienen el carácter de permanentes, con hemiparesia derecha severa y marcada hipotrofia muscular, disminución de la movilidad del hemicuerpo derecho, escoliosis por desbalance muscular y trastorno de la marcha, disminución de la memoria de corto plazo y severo y trastorno del comportamiento, asociado a la frontalización por el daño cerebral sufrido."*

Criterios médicos, que encajan en los supuestos de la jurisprudencia tanto constitucionales, como de la jurisdicción ordinaria laboral, en lo que han denominado como enfermedades progresivas, pues, nótese como en el dictamen se enuncia que sus patologías no han mejorado ***sino que se han cronificado y progresado sus compromisos físicos y mentales, no obstante, ello no le impidió laborar en ejercicio de su capacidad laboral residual y realizar cotizaciones al sistema,*** siendo posible así, tener en cuenta no solo la fecha formal de la estructuración de la invalidez – 30 de abril de 2001-, sino en la que se deja de realizar cotizaciones válidamente, esto es, la



fecha en la cual se evidenció un deterioro físico que le impidió seguir laborando, lo cual según certificación emitida por la empresa Salsas y Pulpas la Costeña, corresponde a **marzo de 2020**, pues, "*Desde esa fecha no pudo seguir laborado debido a sus problemas de salud...*", data para la cual, se encontraba vigente la Ley 860 de 2003, que exige tener acreditadas 50 semanas en los 3 años anteriores a la estructuración, contando el actor, entre el 31 de marzo de 2020 y el mismo día y mes de 2017, según historia laboral aportada por Protección, con un total de **154,28 semanas**, cúmulo suficiente para hacerse acreedor a la prestación desde el 1º de abril de 2020, al no existir dentro del proceso medio de convicción alguno que evidencie pago de incapacidades con posterioridad a dicha data, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, dado el monto de las cotizaciones, y a razón a 13 mesadas al año, de acuerdo con lo establecido en el Acto legislativo 01 de 2005, ello en tanto, para el caso no ha hecho aparición el fenómeno extintivo de la prescripción de que tratan los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST, porque el dictamen que establece una PCL del 62,2%, fue rendido en el trámite del proceso.

Prestación, por la cual debe responder Protección S.A., ya que si bien no se desconoce que el actor estuvo en esta entidad hasta el 31 de diciembre de 2020, y luego efectúo traslado a Colpensiones, también lo es, que es criterio actual de la Jurisprudencia del órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral y de la Corte Constitucional, que la declaración formal y en firme de la situación de invalidez, bien sea en sede administrativa o si se demanda ante la jurisdicción ordina laboral, es lo que marca el aseguramiento y la entidad responsable de la obligación, al surgir la pensión de invalidez, con la declaración en firme del riesgo y se causa desde su estructuración o, excepcionalmente, cuando se presentan, estas hipótesis: **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; **iii)** la fecha de solicitud del reconocimiento pensional, **iv)** cuando la enfermedad supone la manifestación de secuelas ulteriores, ocurriendo para el caso, como ya se indicó que este último supuesto se dio para el 31 marzo de 2020, fecha en la que el afiliado no pudo seguir laborando.

Adicional a que la Corte Constitucional en sentencia **SU313-2020**, al analizar el caso de un afiliado que fue calificado el 26 de julio de 2017, con una PCL del 57,06% estructurada el 12 de octubre de 2006, y que estuvo vinculado al ISS hoy Colpensiones hasta el 4 de febrero de 1997, fecha en la cual decidió trasladarse a Protección S.A., estando en dicho régimen hasta el 30 de mayo de 2012, cuando decidió retornar a Colpensiones, concluyó que pese a que en la sentencia T-013-2019, entre otras, se consideró que le correspondía asumir la pensión de invalidez al último fondo en el cual se encuentre activa la persona, independientemente de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, dado que: (i) la capacidad laboral residual le ha permitido continuar cotizando y buscar la afiliación en otro régimen pensional de acuerdo con su libre determinación, (ii) ese último fondo es el que cuenta con todos los aportes realizados, dado que el traslado del RAIS al RPM –o viceversa– supone la remisión del monto correspondiente a las cotizaciones que se hayan efectuado en el *fondo antiguo*, y (iii) ordenar el reconocimiento de la pensión por parte de un fondo distinto al nuevo, supondría situar barreras o trabas administrativas que dilatarían el goce efectivo del derecho, también lo es que **estableció que la interpretación adecuada para el caso de cuál es la entidad que debe proceder con el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez cuando con posterioridad a la fecha de estructuración, la persona continúa cotizando al Sistema General de Pensiones e, incluso, efectúa un traslado, es la acogida en la sentencia T-672-2016**, según la cual *"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."***

Interpretación que debe seguirse de ese modo, en tanto:

*(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<sup>1</sup>.*

*(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.*

Estableciéndose, por demás, en dicha providencia frente a los movimientos financieros entre regímenes cuando opera el traslado, que "en el RPM y en el RAIS la pensión de invalidez se financia de forma distinta. Solo las AFP del segundo contratan con una aseguradora el cubrimiento de la eventual suma adicional que haga falta para cubrir la prestación. El valor de la prima, en ese contrato de seguro, es pagado con una proporción de las cotizaciones obligatorias que en el Sistema de Seguridad Social deben hacer sus afiliados. La aseguradora, por su parte, solo responde por esa suma adicional si el siniestro ocurre en vigencia del contrato que suscribe con el fondo. En el RPM, de otro lado, la pensión se paga acudiendo al fondo común de naturaleza pública y no se contrata con aseguradora alguna. A su vez, si un traslado se

---

<sup>1</sup> Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2000014333-6. Julio 19 de 2000.

*produce en el intervalo comprendido entre la fecha de estructuración y la fecha en que es calificada la persona, los dineros que se remiten al fondo nuevo se calculan con base en dos fórmulas distintas, dependiendo si el traslado se da del RAIS al RPM o a la inversa.”* Debiendo aclararse que, si bien en dicha providencia no se reconoció de manera definitiva la prestación, ello obedeció solo a que no se le había notificado a Protección el dictamen que determinaba la pérdida de capacidad laboral, no obstante, indicó que ello ocurriría cuando se realizara tal procedimiento y la PCL cobrara firmeza.

Postura que considera esta Sala va acorde con la establecida por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia **SL5183-2021**, en tanto si bien expone que se aparta de lo determinado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-313-2020, también lo es que en la misma de deja establecido que:

*"Como se advierte, lo anterior ratifica lo expuesto, esto es, que el derecho pensional surge con la declaración formal de la situación de invalidez y su causación a partir de la estructuración del riesgo o excepcionalmente en cualquiera de las otras hipótesis tratándose de enfermedades degenerativas.*

*Por tanto, la interpretación que prohíja la Corte es totalmente concordante con el particular carácter que define el riesgo de la invalidez y con el hecho que no siempre la pensión que cubre el riesgo se causa al momento de su estructuración. Y es que, el afiliado no puede quedar sometido a que se determine el momento de causación del derecho pensional a fin de tener claridad acerca de si permanece en un ente pensional o se anula su afiliación, escenario que sin duda atenta contra la referida garantía mínima de elegir y permanecer en un fondo o régimen pensional*

*De modo que es la declaración formal y en firme de la situación de invalidez, bien sea en sede administrativa o si se demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral, lo que marca el aseguramiento y la entidad responsable de la obligación.*

*Cabe destacar que esta unidad de procedimientos y prestaciones económicas ya ha sido analizada por la Corte en otras esferas. Por ejemplo, en materia de riesgos laborales, es la administradora en la que el afiliado requiera la prestación por enfermedad laboral la que debe realizar el reconocimiento respectivo, es decir, el último ente asegurador. Ello pese a que la exposición del riesgo haya ocurrido durante la afiliación a diferentes administradoras e incluso cuando las contingencias sean de diverso orden -comunes y laborales-. Y como en esta situación no existe traslado de recursos financieros, se prevé la posibilidad de repetir proporcionalmente el valor pagado -artículo 1º parágrafo 2º de la Ley 776*

*de 2002, CSJ SL, 24 jun. 2012, rad. 38614.*

*Así, el reconocimiento prestacional está al margen de que en su formación existan hechos que vinculen a administradoras anteriores. Se garantiza una unidad prestacional y de articulación de procedimientos y recursos, a fin de evitar tardanzas y trámites innecesarios en la protección de las contingencias -artículo 2º de la Ley 100 de 1993. (Subrayado fuera de texto). (Véase también las sentencias SL1397-2022 Y SL1814-2022)*

Por tal, se tiene que dichos órganos de cierre independiente de las razones y fundamentos para sustentar sus decisiones, **coinciden en determinar que la entidad que responde por la pensión de invalidez es en la cual se encuentre afiliada la persona al momento de estructuración de la pérdida de capacidad laboral**, debiéndose considerar para ello, la declaración formal y material de dicho estado, pues, tanto en sede de revisión de tutela, como de procesos ordinarios, se ha establecido la posibilidad de variar la fecha de estructuración formal de la PCL cuando se trata de enfermedades degenerativas, congénitas o crónicas, siendo esto así, pues los argumentos para apartarse según lo expuesto en la sentencia **SL5183-2021**, indican que el eje central de dicha providencia se funda en que de «**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, lo que podría tener implicaciones financieras,**» apoyándose en lo establecido artículo 3.2.1.12 del Decreto 780 de 2016, en armonía con el precepto 2.2.2.4.6 del Decreto 1833 de 2016 -que compiló el artículo 6º del Decreto 3995 de 2008, y que a su juicio puede aplicarse por analogía, pese a ser supuestos normativos que regulan los eventos de multifiliación, adicional a que también reflexionó que ello no afecta los derechos a la libre elección de régimen pensional ni a la seguridad social, soportándose los argumentos en que:

*De entrada, se destaca que la Corte Constitucional parte de que la intención del legislador fue establecer que la pensión de invalidez se causa y reconoce desde la estructuración del riesgo, incluso si hay cotizaciones posteriores, dado que esta*

*fecha es a la pensión de invalidez lo que es la muerte a la de sobrevivientes; sin embargo, entiende la Sala, también acepta que hay casos concretos que permiten establecer excepciones.*

*Nótese que una de tales excepciones ocurre en los casos de enfermedades congénitas, degenerativas o crónicas, atrás explicada con suficiencia y según la cual también es dable contabilizar las semanas efectuadas antes de la fecha en que se solicita la pensión, la de declaración del riesgo o de la última cotización, a efectos de determinar la consolidación de la prestación económica.*

Y esto justamente implica entender, contrario a lo que se extrae de la sentencia de unificación, que la pensión de invalidez *surge* con la *declaración en firme* de la invalidez y pueda causarse en cualquiera de tales momentos, incluido el de la estructuración de la invalidez, que fue la que se determinó en este caso concreto. Asimismo, que dicha *declaración en firme* es lo que activa el seguro previsional que respaldará el capital necesario para financiarla, tal y como se explicó en los términos de la Circular Externa 007 de 1996 y el artículo 6.º del Decreto 1889 de 1994.

Esta línea de pensamiento es fundamental destacarla, pues a criterio de esta Sala impide afirmar categóricamente que el hecho que el *fondo nuevo* reconozca la pensión cuando el riesgo se *estructuró* en el *fondo antiguo*, «*sería tanto como exigirle que amparara no un riesgo, sino un hecho ya consolidado*». Lo anterior porque, se itera, no es dable referir a un *hecho ya consolidado* cuando el riesgo se estructuró mientras el *fondo antiguo* administraba la afiliación, pero el conocimiento de la situación de invalidez, su declaración en firme y la solicitud de la prestación económica ocurrieron ante el *fondo nuevo*, que es lo que marca el surgimiento del derecho pensional, el aseguramiento previsional y el nacimiento de la obligación para el ente administrador de reconocerla desde que se haya causado.

Así las cosas, y como ya se enunció, la entidad llamada a responder por el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en este asunto es la **AFP Protección S.A.**, que por demás es la misma tutelada en la sentencia SU313-2020, al haberse encontrado afiliado el actor a la fecha de la estructuración de tal estado, el cual, atendiendo el padecimiento presentado, **se tiene para el 31 de marzo de 2020, fecha en la que dejó de trabajar, tal y como lo certificó su empleadora.** Así, una vez realizado el cálculo del retroactivo, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente y 13 mesadas al año, al actor se le adeuda a 31 de julio de 2022, la suma de **\$27.588.868,00**, tal y como se advierte en tabla adjunta al acta. A partir del 1 de agosto de 2022, la mesada pensional a cancelar será de 1.000.000,00, sin perjuicio de los aumentos de ley.

Para el caso, no es posible acceder al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, en tanto, sabido es que a partir de la Sentencia SL 704 del 02 de octubre de 2013, no aplican por el mero retardo debiéndose considerar las razones que tuvo la entidad para no pagar oportunamente, las que en este caso resultan atendibles, debido a que negó la pensión de invalidez al no haber acreditado el actor una PCL superior al 50%, supuesto que solo se evidenció en el transcurso de este proceso, con el dictamen decretado por esta instancia, por tal, se impone la indexación de las mesadas pensionales, ello en aras del restablecimiento de su poder adquisitivo, depreciado por el fenómeno inflacionario, lo que encuentra sustento en el artículo 53 de la Constitución Política, en criterios de justicia y equidad y en la tesis actual de la jurisprudencia especializada, pues no se puede admitir pago liberatorio en relación con una suma cuyo valor se ha envilecido por el transcurso del tiempo, para ello, deberá aplicar la siguiente fórmula:  $VA = VH \times (IPCF/IPCI)$ , en la cual VA es igual al Valor actualizado, VH, es cada una de las mesadas pensionales debidas, IPC Final, es, el índice de precios al consumidor correspondiente al mes en el que se efectuará el pago, y el IPC Inicial, es el índice de precios al consumidor correspondiente al mes de causación de cada una de las mesadas pensionales a favor del demandante (Véanse, entre otras, las sentencias SL2421 de 2021 y SL359-2021).

Se autoriza para que del monto de las mesadas ordinarias adeudadas la AFP efectúe el descuento de los aportes a salud a cargo del demandante.

Sin costas en ninguna de las instancias al no haberse causado.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **revoca** la

sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Francisco José Rivera Idárraga**, en contra de la **AFP Protección S.A., Junta regional y Nacional de Calificación de Invalidez** y de la **IPS Suramericana S.A.**, para en su lugar:

- 1. Condenar a** Protección S.A., a reconocer y pagar al señor **Francisco José Rivera Idárraga**, la pensión de invalidez a partir 01 de abril de 2020, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, a razón de 13 mesadas anuales y, los ajustes legales que determine año a año el Gobierno Nacional.
- 2. condenar a** Protección S.A., a reconocer y pagar al señor **Francisco José Rivera Idárraga**, por concepto de retroactivo de las mesadas debidas entre el 01 de abril de 2020 y el 31 de julio de 2022, la suma de \$27.588.868,00. A partir del 1 de agosto de 2022, la mesada pensional a cancelar será de 1.000.000,00, sin perjuicio de los aumentos de ley que realice el Gobierno Nacional año a año, y en razón de 13 mesadas.

Protección S.A., deberá indexar, cada una de las mesadas pensionales adeudadas, atendiendo su causación periódica, a partir del 01 de abril de 2020 y hasta la fecha de su pago efectivo, con la fórmula expuesta en la parte motiva.

- 3. se autoriza a** Protección S.A., a realizar los descuentos en salud sobre mesadas pensionales ordinarias retroactivas condenadas.
- 4. se declaran no probadas** las excepciones formuladas, y se absuelve a las demandas de las restantes pretensiones formuladas en su contra.



5. Al no haberse causado, no hay lugar a condena en costas en ninguna de las instancias.

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO**, que se fijará por **secretaría por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Auto AL2550-2021.

Los magistrados (firmas escaneadas)



RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	# mesadas	Valor pensión (mínimo)	Total Retroactivo (mínimo)
2019	3,80%		\$ 828.116	\$ 0
2020	1,61%	10	\$ 877.803	\$ 8.778.030
2021	5,62%	13	\$ 908.526	\$ 11.810.838
2022		7	\$ 1.000.000	\$ 7.000.000
TOTAL				\$ 27.588.868