



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sala virtual

Demandante: RUBÉN DARÍO ESPINOSA
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES
Radicado: 05001 31 05 013 2019 00669 01
Sentencia: S-085

AUTO

Se accede a la sustitución de poder presentada por el apoderado judicial de COLPENSIONES, Dr. ANDRÉS EDUARDO SALCEDO CAMACHO, a favor de la Dra. LAURA VICTORIA JURADO SÁNCHEZ, quien se identifica con T.P. N° 227.372 del C. S. de la Judicatura; en consecuencia, se le reconoce personería judicial para actuar en los mismos términos que al apoderado principal con efectos desde el momento mismo de la presentación del memorial.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

En la fecha indicada, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ quien obra en éste acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte demandante, así como el grado jurisdiccional de Consulta concedido a favor de COLPENSIONES, con ocasión de la sentencia de primera

instancia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín el día 5 de mayo de 2020.

De acuerdo a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

PRETENSIONES

RUBÉN DARÍO ESPINOSA demandó a COLPENSIONES para que sea condenada al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de origen común, ordenando el pago del retroactivo pensional causado desde el 31 de diciembre de 1996 hasta el 31 de julio de 2019, además de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, o en subsidio la indexación y las costas del proceso.

HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que durante su vinculación al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, completó un total de 635.29 semanas de cotización; que mediante dictamen del 31 de agosto de 2016 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, se le determinó una pérdida de capacidad laboral de 55.26% de origen común, estructurada el 31 de diciembre de 1996; que al revisar su historia laboral se percató de que uno de sus empleadores, señor LUÍS CARLOS BERMÚDEZ FLÓREZ, no había realizado los aportes durante el tiempo que trabajó para él, esto es, entre el 01 de junio de 1996 y el 31 de enero de 1997, por lo que le solicitó que los realizara; que el referido empleador le solicitó a COLPENSIONES el respectivo cálculo actuarial, lo que ocurrió en el mes de abril de 2019, fecha en la que de inmediato se procedió a realizar el pago, el cual fue recibido por la

entidad a satisfacción; que solicitó la pensión de invalidez el 5 de junio de 2019; que la prestación fue reconocida mediante Resolución SUB 199303 del 26 de julio de 2019 a partir del 01 de agosto de 2019 por no existir prueba de los subsidios por incapacidad recibidos; que a pesar de que mediante Resolución APSUB 3081 del 6 de septiembre de 2019 se afirmara que el pago del cálculo actuarial no era procedente y que debía ser retirado de nómina, por Resolución SUB 244850 del mismo 6 de septiembre se confirma en todas sus partes la resolución de reconocimiento pensional; y que de conformidad con el certificado de la EPS SURA, nunca le han reconocido pagos por concepto de subsidio por incapacidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES acepta lo relacionado con la calificación de pérdida de capacidad laboral realizada, así como lo relacionado con las resoluciones de reconocimiento de la prestación, indicando que admite lo demás siempre que dentro del expediente se encuentra la prueba respectiva. Se opuso además a las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que, para la fecha de emisión del dictamen, no se habían realizado los aportes a pensión por el empleador, sin que el pago de cálculos actuariales sea posible luego de la ocurrencia de un siniestro como la invalidez o la muerte. Además, con posterioridad a la fecha de estructuración, el afiliado recibió incapacidades, lo que impide el reconocimiento de la pensión desde aquel mismo momento. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación de reconocer pensión de invalidez y retroactivo pensional, inexistencia de la obligación de reconocer y pagar intereses de mora o indexación, prescripción, buena fe y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 5 de mayo de 2020, el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ que al demandante le asiste

el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, y CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional causado entre el 23 de agosto de 2015 y el mes de julio de 2019 que asciende a la suma de \$40'912.661, junto con los intereses moratorios liquidados desde el 6 de octubre de 2019 y las costas del proceso. Dispuso además autorizar a la entidad demandada para que del retroactivo pensional realice los respectivos descuentos destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación indicando que, si se mira la certificación de incapacidades otorgada y aportada en debida forma, se evidencia que se liquidaron en total unas incapacidades las cuales no fueron cobradas. Si se observa la casilla de valor de pago, en ellas aparece cero en todos sus ítems, además de que la duración de las incapacidades fue de 2 días el 8 de septiembre, otra del 27 de enero de 2011 de 1 día, otra de enero 28 de 2011 de un día, otra del 20 de agosto de 2015 de 2 días y la última del 22 de agosto de 2015 que fue de un día y el valor de pago fue 0 con un IBC de \$632.538. Sostiene finalmente que la filosofía de ese subsidio es ser continuo desde la estructuración hasta la fecha de pago, caso en el cual no sería exigible cobro de retroactivo, pero en este caso eso no ocurrió, ya que nunca hubo pagos de suma alguna por lo que se comete un error al liquidar la pensión desde agosto de 2015 y no desde la fecha de estructuración, que fue el 31 de diciembre de 1996, tal y como lo establece el artículo 40 de la ley 100 de 1993.

Se conoce igualmente del asunto por CONSULTA a favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia, una vez surtido el traslado respectivo, la parte demandante presentó dentro del término alegatos de conclusión, reiterando su solicitud de reconocimiento de la pensión desde la fecha de estructuración de la invalidez, ya que en realidad no ha recibido subsidio por incapacidad alguno. Advierte que se debe acreditar y dejar en firme, como ya lo hizo COLPENSIONES, el pago del cálculo actuarial, el cual ya se ve reflejado en la historia laboral del afiliado, lo que además tiene soporte en los principios de la buena fe y seguridad jurídica. Sostiene que un estudio minucioso del certificado expedido por la EPS SURA, se puede evidenciar que al señor ESPINOSA no le fue pagado ningún tipo de subsidio de incapacidad, esto en razón a que dichas incapacidades eran de 2 días como máximo, por lo que no existe motivo alguno, de orden legal ni constitucional, para no reconocerle la pensión de invalidez desde el 31 de diciembre de 1996, pues desde esa fecha perdió su capacidad de proveerse un ingreso mínimo que permitiera sufragar los gastos de su subsistencia y la de su grupo familiar.

A su turno, la ACP COLPENSIONES, presentó alegatos de conclusión indicando que reitera la posición de la entidad plasmada en el escrito de contestación de la demanda y en la certificación del Comité de Conciliación y Defensa Judicial, fundamentada en el contenido de los artículos 38 y 39 de la ley 100 de 1993 y 142 del Decreto 019 de 2012, advirtiendo además que a la hora de iniciar el estudio de la prestación reclamada por el señor RUBÉN DARÍO ESPINOSA, se revisaron todos los documentos presentados para ese momento específico.

CONSIDERACIONES:

Tal como viene de sintetizarse, el señor RUBÉN DARÍO ESPINOSA aspira con la presente acción judicial el reconocimiento de la pensión

de invalidez de origen común y el pago del retroactivo pensional causado desde la fecha de estructuración definida en el día 31 de diciembre de 1996, hasta el 31 de julio de 2019, fecha previa al reconocimiento de la prestación, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso.

De manera puntual y concreta, lo que se cuestiona a través del recurso de apelación presentado exclusivamente por el apoderado del demandante, tiene que ver con el reconocimiento del retroactivo pensional, ya que lo considera procedente no desde el 23 de agosto de 2015 como se ordenó en la sentencia de primera instancia, sino, insiste, desde el 31 de diciembre de 1996 cuando se estructuró su estado de invalidez, lo que fundamenta en el hecho de considerar que en ningún momento ha recibido incapacidad alguna que pueda dar lugar a desconocer el derecho que reclama.

Pero antes de proceder con el análisis del recurso planteado, corresponde a la Sala dar trámite al grado jurisdiccional de Consulta concedido a favor de COLPENSIONES, en tanto se trata de una sentencia que ha resultado adversa a sus intereses y su apoderado judicial no ha manifestado inconformidad alguna. En esas condiciones, deberá hacerse una revisión integral de la legalidad de la sentencia adoptada en primera instancia por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Medellín en virtud de lo establecido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y conforme lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la del 23 de julio de 2014, radicado 60884, o más recientemente el auto AL 3482 del 2 de diciembre de 2020, Rad. 87059, con el fin de salvaguardar los intereses de la Nación como garante que es de la entidad.

A efectos de resolver la cuestión planteada, es preciso indicar que en el plenario está acreditado que, efectivamente, el RUBÉN DARÍO ESPINOSA padece una pérdida de capacidad laboral superior al 50%,

lo que en principio lo hace acreedor a la pensión de invalidez que reclama, pues en los términos del artículo 38 de la ley 100 de 1993, *“Se considera invalida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”*.

Así se advierte del contenido del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral realizado en este caso por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, fls. 17 a 22 o páginas 22 a 32 del expediente digitalizado, en el que se pueden evidenciar las siguientes situaciones: **i)** el dictamen data del 31 de agosto de 2016; **ii)** en él se determinó una pérdida de capacidad laboral de 55.27%; **iii)** la fecha de estructuración fue establecida en el 31 de diciembre de 1996; y **iv)** los diagnósticos registrados fueron: *“Glaucoma – visión subnormal ambos ojos – trastornos del quiasma óptico – defectos del campo visual – secuelas de otros traumatismos especificados de la cabeza – trastorno cognoscitivo leve”*.

Ahora bien, si la fecha que se tiene en cuenta para efectos de analizar el total de cotizaciones que se exigen para el reconocimiento de la pensión de invalidez es la definida por la Junta Nacional, tendría que acreditarse un total de 26 semanas de cotización, las cuales, si el afiliado se encontraba cotizando para la fecha de estructuración, podían ser acreditadas en cualquier tiempo; pero, cuando el afiliado no se encontraba cotizando al sistema, esas 26 semanas debían ser acreditadas en el último año inmediatamente anterior a aquella fecha.

Es por esa razón que la propia entidad demandada, según la Resolución SUB 199303 del 26 de julio de 2019, procedió a reconocer la pensión de invalidez del demandante al encontrar que en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración contaba con 43 semanas de cotización, por lo que consideró procedente su inclusión en nómina, ordenando el pago de la prestación en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente desde el 01 de agosto de 2019,

advirtiéndole que *“hasta tanto el peticionario no allegue el certificado de incapacidades de EPS SURA como se especifica en lo dicho anteriormente, no podrá tener en cuenta la fecha de estatus para el pago del retroactivo, esto es, la firma y sello del funcionario competente en sobre sellado”*.

Ahora bien. Resulta que el estudio de la historia laboral del demandante, aportada dentro del expediente administrativo que allegó la propia COLPENSIONES, se evidencia que el señor ESPINOSA tiene acreditadas en toda su vida laboral un total de 643.86 semanas de cotización, que abarcan el periodo comprendido entre el 01 de mayo de 1995 y el 31 de julio de 2019, en su mayoría realizadas como trabajador independiente, aunque algunas otras a través del régimen subsidiado y unas cuantas más en virtud de una relación laboral con en algún momento sostuvo con la empresa MAYA PRODUCCIONES LT.

Si bien existe un reconocimiento pensional, ordenado por la propia entidad demandada, no se puede desconocer que posterior a ese acto administrativo se han proferido varios más en donde se ha hecho notar una situación particular que se describe de la siguiente manera:

- Como ya se advirtió, el reconocimiento pensional se produjo con la expedición de la Resolución SUB 199303 del 26 de julio de 2019.
- Sin embargo, por auto APSUB 3081 del 6 de septiembre de 2019, se requirió al pensionado para que autorizara la revocatoria de la Resolución SUB 199303 del 26 de julio de 2019.
- Mediante Resolución SUB 244580 del mismo 6 de septiembre de 2019, el Subdirector de Determinación de la Dirección de Prestación Económicas de la entidad, advirtiendo que estaba en trámite una solicitud de autorización para revocar la resolución de reconocimiento pensional, dispuso confirmar el contenido de la

Resolución SUB 199303 del 26 de julio de 2019 y no reconocer el retroactivo pensional que se estaba reclamando a través de los recursos de reposición y apelación.

- Que por auto DPE 11187 del 10 de octubre de 2019 emitido por el Director de Prestaciones Económicas de COLPENSIONES, considerando que la prestación había sido reconocida sin el lleno de los requisitos legales y sin haber recibido respuesta del demandante para la revocatoria del acto, negó nuevamente la solicitud de reconocimiento del retroactivo pensional y dispuso, expresamente, remitir copia a la GERENCIA DE DEFENSA JUDICIAL - DIRECCIÓN DE PROCESOS JUDICIALES para proceder con el inicio de la respectiva acción de lesividad.
- Finalmente, por auto AADPE 52 del 28 de octubre de 2019, al considerar que las solicitudes presentadas ya estaban resueltas y no encontrar petición pendiente por decidir relacionada con la determinación de derechos pensionales del demandante, ordenó el archivo de la actuación.

Al margen de lo anterior y aun considerando la existencia de una eventual controversia en torno al reconocimiento de la pensión de invalidez del demandante con fundamento en las semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración de invalidez definida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la Sala acogerá como principal el planteamiento que de manera subsidiaria, secundaria o accesorio ha tenido en cuenta la funcionaria a quo para conservar el derecho a la pensión de invalidez del demandante que como pretensión principal se reclama en este proceso.

Para ello, es preciso tener en consideración el criterio ampliamente desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual, el Juez puede apartarse del contenido de los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez o por

cualquiera de las entidades del sistema según sea el caso, por cuanto no se trata precisamente de una prueba solemne, frente a la cual los interesados deban someterse en su rigor.

Significa lo anterior, en los términos de la propia jurisprudencia de la Corte, que al juzgador le es permitido “... conforme a la potestad de apreciar libremente la prueba, acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad o lo persuada mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso”, (sentencia del 18 de marzo de 2009, radicado 31062).

Como ya se dijo, de la historia laboral del demandante es posible evidenciar que en su vida laboral realizó un importante número de cotizaciones, 643.86 en total, la mayoría de ellas con posterioridad a la fecha de estructuración que determinó la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, las cuales pudo completar gracias al desempeño de una actividad, que aunque independiente, tiene el carácter de laboral, lo que se ve reflejado en el propio dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, en el que expresamente se deja constancia acerca de que el señor RUBÉN DARÍO es de ocupación “Camarógrafo” y que “Realiza filmaciones, grabaciones”, lo que además es corroborado por el propio demandante en el interrogatorio que le fuera practicado en la audiencia de primera instancia el 5 de mayo de 2020, y en el que reconoció haber laborado y que lo último que estuvo haciendo fue trabajar “con una empresa de sonido, ayudando en todo, porque no podía ejercer nada más, y eso que allá me limitaba mucho en el trabajo...” y que “... yo laboré hasta el año pasado, hasta junio del año pasado”.

Esas cotizaciones y esa actividad laboral que pudo desempeñar hasta hace algún tiempo, sin duda reflejan la existencia de esa capacidad residual a la que se hizo referencia en la sentencia de primera instancia, ya que del total de 643.86 semanas que el demandante

tiene acumuladas, 604.28 son posteriores a la fecha de estructuración.

El anterior panorama da a entender que, a pesar de los múltiples padecimientos y dificultades de salud, el Sr. RUBÉN DARÍO estuvo económicamente activo y productivo, y por ello pudo cotizar eficazmente al sistema de pensiones hasta el mes de julio de 2019 como se acaba de explicar, sin que sea de recibo el argumento que se plantea en el recurso de apelación cuando se asegura que aquel perdió la capacidad de proveerse un ingreso mínimo desde 1996, pues las pruebas aportadas demuestran lo contrario.

Ahora, si bien es cierto algunos de los diagnósticos que se tuvieron en cuenta para la calificación de la invalidez son producto de un accidente ocurrido aquel 31 de diciembre de 1996, de todas maneras, algunos de ellos sí pueden ser considerados como enfermedades crónicas o degenerativas y en esa medida resulta aplicable el criterio jurisprudencial que en torno al tema se ha desarrollado por las altas cortes.

Se ha dicho tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Suprema de Justicia, que cuando de una enfermedad de deterioro degenerativo, crónico o progresivo se trata, o incluso de enfermedades congénitas, la estructuración de la invalidez no necesariamente coincide con la fecha de la primera consulta, o de aquella en que se manifestó el primer síntoma, sino, cuando realmente se da la pérdida de capacidad laboral. Dicho de otro modo, existen una serie de enfermedades que, a pesar de ser diagnosticadas, le permiten a la persona seguir desempeñando su respectiva profesión u oficio, sea material o intelectual, de manera indeterminada, circunstancia que, de darse, a juicio de la Sala, no podría entonces entenderse que esa persona sea señalada, aún, como inválida.

En este sentido, en efecto, la jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional ha dicho en sentencias como la SU-588 de 2016 y más recientemente en la sentencia T-668 de 2017, por ejemplo, que *“la jurisprudencia constitucional ha establecido que en el caso de las personas que padecen de una enfermedad congénita, crónica o degenerativa, se deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, reconociendo la capacidad laboral residual de quien a pesar de su enfermedad, ejerció una actividad productiva..”*

En otros pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre los que se destacan los realizados en sentencias T-699A de 2007, T-163 de 2011, T-885 de 2011, T-138 de 2012, T-262 de 2012, T-572 de 2013, T-043 de 2014, T-444 de 2015, T-412 de 2016, T-469 de 2018 o más recientemente la T-484 de 2019, se ha dicho lo siguiente:

“Con base en las anteriores consideraciones es viable concluir que, cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, deberá tener en cuenta los aportes realizados al Sistema durante el tiempo comprendido entre dicha fecha, y el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva. Es decir, la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral debe alcanzar un grado de determinación que refleje la situación médica y laboral real de la persona.”

Adicionalmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL 3275 del 14 de agosto de 2019, rad. 77459, SL 5601 de 2019, SL 4565 de 2019, o SL 770 del 5 de febrero de 2020, así como en otras más recientes como la SL 3161 del 26 de agosto de 2020, rad. 70581, la SL 4346 del 14 de octubre de 2020, rad. 84640 o la SL 198 del 20 de enero de 2021, rad. 51537, ha venido desarrollando ese mismo criterio desde el cambio jurisprudencial adoptado en la sentencia SL 3275 del 14 de agosto de 2019, en la que se dijo:

“Es por todo lo anterior que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos

Ahora bien, 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.

(...)

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.

Se reitera, en el presente caso existe clara evidencia en cuanto a que el actor continuó desempeñando una actividad laboral independiente, mucho tiempo después de aquel 31 de diciembre de 1996, sin que se presente en este caso una situación tendiente a defraudar el sistema en la medida que las cotizaciones posteriores, se efectuaron precisamente como consecuencia de las labores que podía desarrollar de acuerdo a su condición.

La capacidad laboral de una persona, se recuerda, está asociada al conjunto de destrezas, habilidades, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social que le permitan desempeñarse en su trabajo habitual; y se entiende por trabajo habitual, aquel oficio, labor u ocupación que desempeña el individuo con su capacidad laboral, entrenamiento y/o formación técnica o profesional, recibiendo una remuneración equivalente a su salario o renta y por el cual cotiza al Sistema Integral de Seguridad Social, según definición del art. 2º del Dto. 917 de 1999.

Vistas así las cosas, para la Sala resulta admisible considerar que el señor RUBÉN DARÍO ESPINOSA es sin duda acreedor de la pensión de invalidez que ya se le ha reconocido en sede administrativa, pero advirtiendo que su procedencia tiene como sustento la interpretación jurisprudencial que sobre la capacidad laboral residual se ha desarrollado, la cual parte de la base de entender que el afiliado ha podido continuar laborando y realizando aportes después de la estructuración definida por la entidad especializada.

Esa consideración, debe advertirse, trae como consecuencia que la fecha de estructuración tenga que variar teniendo en cuenta varios momentos posibles, que según lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia en las sentencias previamente referidas, pueden ser: *"(i) la calificación de dicho estado, (ii) la de solicitud de reconocimiento pensional o (iii) la de la última cotización realizada -calenda donde se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando»,"*

La Sala considera que en este caso la fecha a tener en cuenta como de estructuración de la invalidez del señor RUBÉN DARÍO, tendría que ser la que corresponde al momento en que no pudo materialmente volver a trabajar, es decir, cuando se realizó la última cotización al sistema, que lo fue en julio de 2019, pues hasta ese entonces se entiende existió la capacidad residual que le permitió proveerse los ingresos necesarios para su subsistencia y la de su familia, y lo que se constituye en una garantía plena de sus derechos fundamentales y el derecho definitivo a disfrutar de una pensión de invalidez, la que procede además si se tiene en cuenta que en los 3 años anteriores a ese momento, 31 de julio de 2019, se acreditan más de las 50 semanas de cotización que se exigen según el contenido del artículo 1º de la ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la ley 100 de 1993, norma vigente y aplicable a la situación particular.

En consecuencia, al no existir elementos que permitan a la Sala confirmar lo que en primera instancia se adoptó respecto a la fecha de reconocimiento de la pensión, así como tampoco lo que se reclama en la demanda y en el recurso de apelación en torno al reconocimiento del retroactivo de la pensión desde el 31 de diciembre de 1996, la decisión en este puntual aspecto deberá ser revocada.

Decisión que implica, como consecuencia lógica, la revocatoria igualmente de la condena impuesta por concepto de intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, ya que sin

05001 31 05 013 2019 00669 01

retroactivo pensional pendiente de pago, una orden de esta naturaleza pierde su razón de ser.

Sin costas en ambas instancias.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Medellín el día 5 de mayo de 2020 en cuanto DECLARÓ que al señor RUBÉN DARÍO ESPINOSA le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, pero la **REVOCA** en los demás aspectos, es decir, en cuanto condenó al reconocimiento del retroactivo pensional causado entre el 23 de agosto de 2015 y el 31 de julio de 2019, además de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, para en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES de ambas pretensiones.

Sin costas en ambas instancias.

Lo resuelto se notifica por ESTADOS en los términos del art. 295 del Código General del Proceso. **Los Magistrados,**

JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

FRANCISCO ARANGO TORRES JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE MEDELLÍN – SALA LABORAL - HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por estados N° 073
del 30 de abril de 2021

Consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>



SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: RUBÉN DARÍO ESPINOSA

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICADO: 05001 31 05 013 2019 00669 01

Medellín, veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

FRANCISCO ARANGO TORRES, magistrado de la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, presento ADICIÓN DE VOTO en la decisión del recurso de apelación, en el proceso de la referencia en los siguientes términos:

A pesar que comparto los argumentos y la decisión de la Sala para negar el retroactivo pensional demandado por el actor en este proceso, considero que los argumento de la decisión, deben ser adicionados con las siguientes razones, para no acceder a la prosperidad de las pretensiones de la demanda así:

Del estudio del caso se encuentra que mediante dictamen del 31 de agosto de 2016 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, se le determinó al actor una pérdida de capacidad laboral de 55.26% de origen común, estructurada el 31 de diciembre de 1996, fecha para la cual este no se encontraba afiliado al sistema pensional del ISS, el que solo ante una supuesta relación laboral del actor con el señor LUÍS CARLOS BERMÚDEZ FLÓREZ, entre el 01 de junio de 1996 y el 31 de enero de 1997, COLPENSIONES admitió el pago de un cálculo actuarial, por los aportes pensionales de este periodo, pago realizado en el mes de abril de 2019.

COLPENSIONES mediante Resolución SUB 199303 del 26 de julio de 2019 le reconoce pensión de invalidez al actor, la que posteriormente, intenta revocar sin éxito ante la negativa del demandante de consentir en la revocatoria directa.

El demandante solo obtiene las 26 semanas cotizadas con las que puede acceder a la pensión de invalidez, contabilizando las exactamente 26 semanas que le representan la supuesta relación de trabajo con el señor LUÍS CARLOS BERMÚDEZ FLÓREZ, entre el 01 de junio de 1996 y el 31 de enero de 1997, periodo en el que este empleador no lo afilió al sistema pensional.

La jurisprudencia de la SCL de la H. Corte Suprema de Justicia, ha precisado que los fondos de pensiones, no asumen el reconocimiento y pago de prestaciones de pensión de invalidez y sobrevivientes, cuando el riesgo que las genera, acaeció sin afiliación al fondo de pensiones, y que en este caso, es al empleador que omitió la afiliación a quien le corresponde reconocer y pagar la pensión. Esto indicó la citada Corte en la Sentencia SL – 4103 DE 2017:

“En concordancia con lo anterior, el artículo 20 de Ley 100 de 1993 contempla la destinación de un 3% de la cotización de todos los afiliados al pago de pensiones de sobrevivientes e invalidez, en el caso del régimen de prima media con prestación definida, mientras que en el régimen de ahorro individual con solidaridad se prevé la contratación de un seguro previsional, para cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital necesario para financiar la pensión de sobrevivientes (artículo 77 de la Ley 100 de 1993).

En los dos casos, si el trabajador está debidamente afiliado, las administradoras de pensiones pueden prever razonablemente la realización de los riesgos, gestionarlos y adoptar medidas para la financiación de las prestaciones, a través de las reservas respectivas o de la contratación de los seguros correspondientes (artículo 6º del Decreto 832 de 1996). Contrario sensu, si el trabajador no ha estado afiliado y no se tiene noticia de la prestación de sus servicios, ni se ha adelantado algún trámite de convalidación de tiempos, los riesgos se tornan imprevisibles para la aseguradora, imposibles de gestionar y, a la postre, de financiar, por no haberse podido conservar reservas o contratar seguros.

Así las cosas, se repite, las pensiones de vejez se conciben en función de la conformación de un mínimo de capital, respecto del cual la integración de aportes del empleador omiso encuentra pleno sentido, mientras que las pensiones de sobrevivientes se conciben en función de un aseguramiento del riesgo, respecto del cual la integración de aportes no tiene la misma funcionalidad ni puede producir las mismas consecuencias. Por esa razón, la

orientación jurisprudencial que defiende el pago de cálculos actuariales y la responsabilidad de las administradoras de pensiones, a la que se hizo alusión, no puede ser irrestrictamente aplicable en tratándose de pensiones de sobrevivientes.

Es por ello que, en tratándose de una prestación definida en función del aseguramiento del riesgo, como la pensión de sobrevivientes, para la Corte resulta trascendental que, antes de asumir las prestaciones correspondientes a la realización del riesgo, las entidades de seguridad social hubieran contado con la posibilidad de gestionarlo, lo que solo se logra con la afiliación oportuna del trabajador o, en subsidio, con algún trámite de convalidación de los tiempos servidos, pero con antelación a que se concrete el riesgo.

Lo contrario equivaldría a imponer una carga desproporcionada en contra de las entidades de seguridad social, que tendrían que asumir el pago completo de una pensión de sobrevivientes, por la convalidación de un tiempo mínimo e indeterminado de servicios y sin poder adoptar medidas para la gestión adecuada del riesgo, por la falta de afiliación. Así, por ejemplo, si se admitiera irrestrictamente que, ante la falta de afiliación, las administradoras de pensiones son las encargadas del pago de la pensión, se llegaría a la conclusión de que el Instituto de Seguros Sociales, como administradora del régimen de prima media, debe asumir el pago de una pensión respecto de la cual: i) no tuvo conocimiento para iniciar acciones de cobro de los aportes; ii) no pudo prever y gestionar el riesgo de sobrevivientes, a través de reservas o seguros; iii) y tiene que financiar en un 100%, aun si los aportes que puede convalidar a través de título pensional no alcanzan para ello.

Con arreglo a lo anterior, para la Corte, en el caso específico de las pensiones de sobrevivientes, la subrogación del riesgo pensional en el Instituto de Seguros Sociales, por la vía de la convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial, solo resulta admisible si dicho procedimiento es realizado en su integridad, antes de que se produzca el riesgo que da origen a la prestación, vale decir, la muerte. Si ello es así, la entidad de seguridad social puede asumir y gestionar válidamente el riesgo, a través de los mecanismos y recursos establecidos legalmente para ello, mientras que, si se admitiera esa posibilidad una vez causado el riesgo, se podría dar lugar a que la entidad tenga que financiar una pensión completa, tras el pago de escasos recursos por tiempos indeterminados de servicios.

En el mismo sentido se pronunció nuevamente la Corte en comentario en la Sentencia SL- 266 de 2020 de la siguiente manera:

“Ciertamente es, como lo concluyó el tribunal, que en la evolución de la jurisprudencia de esta corporación, se ha sostenido que “... ante la hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social”. (CSJ SL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015); no obstante, también se ha precisado que tal orientación resulta procedente únicamente tratándose de pensiones de jubilación y de vejez, en aplicación de la Ley 100 de 1993 y, bajo la idea de que se trata “de derechos en formación”, pues en lo que concierne a la pensión de sobrevivientes, esta Corte señaló:

*De otro lado, es preciso destacar que las pensiones de sobrevivientes tienen unas características particulares y diferentes a las que guían a las pensiones de vejez, pues encuentran una fecha cierta de causación, atada a la realización cierta del riesgo que cubren, a la vez que están fundamentadas sobre otras concepciones de solidaridad, financiación y aseguramiento, diferentes de la acumulación de una cantidad suficiente de capital o de aportes, durante largos años. En tal sentido, la Corte Constitucional ha precisado que “...en lo referente a la pensión de sobrevivientes, su régimen no se fundamenta en el hecho de la acumulación de un capital suficiente para financiar una pensión, sino en el **aseguramiento del riesgo** de fallecimiento del afiliado. Por esa razón el legislador, al regular la pensión de sobrevivientes, previó un tiempo mínimo de cotización, partiendo de la base que las sumas recibidas para cubrir el riesgo de muerte, unidas a las que aportan todos los demás afiliados cotizantes, resultaban suficientes para generar un fondo común separado o una mutualidad que asumiera estas prestaciones”. (Sentencia C 617 de 2001). (Resalta la Sala).*

Esta Sala de la Corte se refiere con ello a que, de acuerdo con la estructura del sistema de seguridad social, en el régimen de prima media, la pensión de vejez puede ser adquirida luego de la reunión de un gran número de aportes y del acopio del capital necesario para financiarla –20 años de aportes, o más de 1000 semanas dependiendo de cada caso–, mientras que la pensión de sobrevivientes puede ser causada, en este caso, con un mínimo de 26 semanas cotizadas –artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original–, de manera que su financiación depende más de la filosofía solidaria del régimen y no del acopio de tiempos y capital para ello.

En concordancia con lo anterior, el artículo 20 de Ley 100 de 1993 contempla la destinación de un 3% de la cotización de todos los afiliados al pago de pensiones de sobrevivientes e invalidez, en el caso del régimen de prima media con prestación definida, mientras que en el régimen de ahorro individual con solidaridad se prevé la contratación de un seguro previsional, para cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital necesario para financiar la pensión de sobrevivientes (artículo 77 de la Ley 100 de 1993).

En los dos casos, si el trabajador está debidamente afiliado, las administradoras de pensiones pueden prever razonablemente la realización de los riesgos, gestionarlos y adoptar medidas para la financiación de las prestaciones, a través de las reservas respectivas o de la contratación de los seguros correspondientes (artículo 6º del Decreto 832 de 1996). Contrario sensu, si el trabajador no ha estado afiliado y no se tiene noticia de la prestación de sus servicios, ni se ha adelantado algún trámite de convalidación de tiempos, los riesgos se tornan imprevisibles para la aseguradora, imposibles de gestionar y, a la postre, de financiar, por no haberse podido conservar reservas o contratar seguros.

*Así las cosas, se repite, las pensiones de vejez se conciben en función de la conformación de un **mínimo de capital**, respecto del cual la integración de aportes del empleador omiso encuentra pleno sentido, mientras que las pensiones de sobrevivientes se conciben en función de un **aseguramiento del riesgo**, respecto del cual la integración de aportes no tiene la misma funcionalidad ni puede producir las mismas consecuencias. Por esa razón, la orientación jurisprudencial que defiende el pago de cálculos actuariales y la responsabilidad de las administradoras de pensiones, a la que se hizo alusión, no puede ser irrestrictamente aplicable en tratándose de pensiones de sobrevivientes (negrilla del texto) (CSJ SL 4103-2017).*

De conformidad con lo expuesto, en el caso específico de las pensiones de sobrevivientes, la subrogación del riesgo pensional por parte de la

administradora, por la vía de la convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial, solo resultaba admisible si dicho procedimiento hubiese sido cumplido en su integridad, antes de que se produjera la muerte que dio origen a la prestación, lo que no ocurrió en el sub lite.”

En el mismo sentido, sobre la imposibilidad que el sistema de seguridad social, asuma riesgos de invalidez y sobrevivencia acaecidos, cuando no exista afiliación al sistema de riesgos profesionales, pero aplicable al riesgo común, por ser asunto análogo, se ha pronunciado la Corte Constitucional en la Sentencia T 721 de 2012 en los siguientes términos:

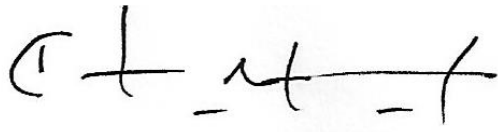
“El primer caso, el de la falta de afiliación, es el más común debido al panorama de informalidad que predomina en el mercado laboral colombiano. Sin embargo, su solución jurídica es sencilla. Como la afiliación es el requisito indispensable para que el trabajador acceda a la cobertura que otorga el SGRP, la consecuencia de la falta de afiliación no podía ser otra que la de trasladarle al empleador todas las obligaciones que asumiría una ARP: debe sufragar los servicios de salud que el trabajador requiera para recuperarse y las prestaciones económicas a las habría accedido si hubiera estado afiliado, como era su derecho, por el solo hecho de estar inmerso en una relación laboral.”

En la Sentencia T- 582 de 2013, se pronunció nuevamente la Corte Constitucional sobre el tema en los siguientes términos:

“5.5. La Sala recuerda que la omisión del contratante de afiliar a un trabajador al sistema de seguridad social en riesgos laborales, o no exigirle que este se encuentre afiliado, somete su responsabilidad y debe entonces asumir directamente los servicios propios de los riesgos propios, esto es, la atención médica del trabajador, obligación que incluye tanto las prestaciones asistenciales, la continuidad del servicio de salud, el pago de las incapacidades e indemnizaciones a que haya lugar, así como la remisión del empleado y la solicitud de evaluación a la junta regional de calificación de aquel, a efectos de que su capacidad laboral y grado de invalidez sean establecidos.

Conforme a lo expuso en precedencia, si no se aplicara la teoría de la pérdida material de la capacidad laboral, con base en la cual en esta instancia se le define el derecho a la pensión de invalidez al demandante, este no tendría derecho al retroactivo pensional demandando, pues al no tener derecho a la pensión, el retroactivo no se le podría conceder por vía judicial, sin perjuicio que COLPENSIONES le debiera seguir pagando la pensión, en virtud del acto administrativo que produjo otorgándola, el que gozaría de presunción de legalidad hasta tanto no fuera declarado nulo por la autoridad judicial competente.

En los anteriores términos adiciono mi voto en la decisión de segunda instancia.



FRANCISCO ARANGO TORRES

Magistrado

Firmado Por:

JOHN JAIRO ACOSTA PEREZ

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

JAIME ALBERTO ARISTIZABAL GOMEZ

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

FRANCISCO ARANGO TORRES
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD 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: **1363717097f2a9eeb7a2e19330797141ba85a4167b53273ee3d20f8389c5c4f5**

Documento generado en 29/04/2021 10:25:31 AM