

Proceso: Ordinario Laboral
Radicado: 66001310500220190042701
Demandante: Edwin Alexander Gómez Robby
Demandado: Colpensiones
Vinculado: Protección S.A.
Llamada garantía: Seguros Bolívar S.A.
Asunto: Apelación Sentencia del 30 de marzo de 2023
Juzgado: Segundo Laboral del Circuito
Tema: Retroactivo Pensión de Invalidez

**TRIBUNAL SUPERIOR – SALA DE DECISIÓN LABORAL
DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**



Magistrado Ponente
GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

Pereira, cuatro (04) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Aprobado por Acta No. 30 del (27/02/2024)

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral, procede a resolver el recurso de apelación formulado y el grado jurisdiccional de consulta, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **EDWIN ALEXANDER GÓMEZ ROBBY** en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLPENSIONES**, como vinculada la administradora **PROTECCIÓN S.A.** y como llamada en garantía a la aseguradora **SEGUROS BOLÍVAR S.A.**, cuya radicación corresponde al **66001310500220190042701**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta Sala, conforme al artículo 15 del Decreto No. 806 de 2020, adoptado como legislación permanente por la Ley 221 del 13 de junio de 2022, la cual se traduce en la siguiente,

SENTENCIA No. 36

ANTECEDENTES

1.- Pretensiones.

EDWIN ALEXANDER GÓMEZ ROBBY pretende que 1) se declare que tiene derecho a la pensión de invalidez a partir del 15 de marzo de 2010, fecha en que fue estructurada la invalidez. Como consecuencia, 2) se ordene a la Colpensiones a reconocer y pagar la pensión a partir del 15 de marzo de 2010 en cuantía equivalente a un salario mínimo; 3) se reconozca y pague

el retroactivo causado entre el 15 de marzo de 2010 y el 30 de junio de 2018, incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre; 4) se ordene el pago de los intereses moratorios causados; 5) subsidiariamente, se ordene el pago de la indexación sobre cada una de las mesadas; y 6) costas a cargo de la entidad.

2.- Hechos.

En síntesis, relata el accionante que mediante el dictamen SNML 7221 del 30 de septiembre de 2011 el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, lo calificó con una pérdida de la capacidad laboral del 64.80%, con fecha de estructuración del 24 de noviembre de 2010 por enfermedad de origen común; que mediante la Resolución GNR 090148 del 10 de mayo de 2013 la Administradora negó la pensión de invalidez. Posteriormente, la entidad reconoció la pensión a partir del 01 de julio de 2018 y en cuantía de un salario mínimo, a través de la Resolución SUB 161768 del 19 de junio de 2018.

Aseguró no haber recibido subsidio por incapacidad en el periodo comprendido entre el 15 de marzo de 2010 y el 30 de junio de 2018, por tanto, solicitó el reconocimiento del retroactivo, pero por medio de la Resolución SUB 193541 del 21 de julio de 2018 Colpensiones negó la petición argumentando que no reposaba el certificado de incapacidades.

Allegado el documento requerido, la entidad reiteró la negativa con la Resolución SUB 264650 del 09 de octubre de 2018 confirmada en la SUB 280156 del 26 del mismo mes y año y la DIR 136 del 04 de enero de 2019, alegando que debía practicar una nueva calificación de revisión de la invalidez. Una vez practicado la valoración médica, a través del oficio BZ 2019_2320817 del 20 de febrero de 2019 la directora de medicina laboral de la Administradora comunicó que el demandante mantenía el estado de invalidez.

Por último, manifestó que Colpensiones demandó su propio acto administrativo en que reconoció la pensión de invalidez ante la jurisdicción contenciosa administrativa, el cual se adelanta en el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Pereira, bajo radicado No. 66001333300620190013000.

3.- Posición de la demandada.

Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda advirtiendo que no es la entidad competente para reconocer la pensión de invalidez del demandante, dado que para la fecha de estructuración se encontraba afiliado a Protección, por lo tanto, solicitó la revocatoria del acto administrativo y ante la negativa del demandante, procedió a demandar la resolución de reconocimiento pensional. Como excepciones propuso: *inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas e intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en subsidio indexación y la genérica.* (archivo 09)

Protección S.A. se opuso a las pretensiones argumentando que no se encuentra vinculado a dicha AFP, pues su afiliación se encuentra en cabeza de Colpensiones desde el mes de julio de 2015, debido al traslado de régimen efectuado en dicha calenda. Producto de ello, trasladó a Colpensiones el total de los aportes que se encontraban en la cuenta de ahorro individual del actor. Como excepciones propuso: *genérica, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y/o cobro de lo no adeudado, compensación, falta de causa para pedir, inexistencia del capital suficiente y falta de legitimación en la causa por pasiva.* (archivo 15)

Seguros Bolívar S.A. indicó que en el caso hipotético en que resultara condenada Protección a asumir el pago de la pensión, como aseguradora solo le correspondería pagar la suma adicional requerida con el fin de completar el capital necesario; no obstante, primero se deberá demostrar la obligación supeditada a las condiciones del contrato de seguro que establece expresamente las coberturas de la póliza, sus límites y exclusiones. Como excepciones presentó: *ausencia de prueba de ocurrencia del siniestro, condiciones especiales del contrato de seguro previsional expedido por la Compañía de Seguros Bolívar S.A., límite de la responsabilidad de la aseguradora, ausencia de solidaridad del contrato de seguro celebrado con Seguros Bolívar S.A. y la genérica o innominda.* (archivo 29)

Demanda Intervención Ad Excludendum

Se advierte que la AFP Protección S.A. presentó demanda Ad Excludendum que fue admitida mediante auto interlocutorio No. 722 del 02 de julio de 2021; no obstante, en la audiencia del artículo 77 del CPL llevada a cabo el 18 de julio de 2022 el despacho decidió rechazar la demanda y dejó

sin efectos el auto de admisión y las contestaciones de las partes. (archivo 38)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante decisión del 30 de marzo de 2023, el Juez Segundo Laboral Del Circuito de Pereira dispuso:

“PRIMERO. DECLARAR que el señor EDWIN ALEXANDER GÓMEZ ROBBY, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez desde el 15/3/2010, conforme lo señalado en la parte motiva. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar en favor del actor el retroactivo pensional desde el 6/6/2015 hasta el 30/6/2018, equivalente a \$28.825.054, suma que deberá ser indexada al momento de pago y del cual se autoriza el descuento por salud. Según se indicó en la considerativa. **TERCERO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda, conforme lo explicado en la motivación. **CUARTO: DECLARAR** no probada las excepciones de mérito propuestas, salvo la de prescripción en forma parcial y respecto de las mesadas causadas con antelación al 6/6/2015. **QUINTO: CONDENAR** en costas a COLPENSIONES y en favor de la demandante y protección S.A, por salir vencida en juicio. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 1 smlmv, para cada una de las entidades. **SEXTO: ORDENAR** el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones conforme el artículo 69 del CPT y de la SS.”.

Para arribar a tal decisión, el A quo con soporte en la documental indicó que el demandante fue calificado en el año 2018, con un porcentaje de invalidez superior al 50% con fecha de estructuración del año 2010; por lo tanto, le correspondía a Colpensiones reconocer la prestación a partir de dicha calenda, sin importar que para la fecha de la estructuración se encontrara vinculado a la AFP Protección S.A., pues aplicando la tesis de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5183 de 2021, la prestación se encuentra a cargo de la administración en la que se encuentre el afiliado para el momento en que se hace efectiva.

Aclaró que en el asunto no se encuentra en discusión el derecho pensional, pues ya fue reconocido por Colpensiones por la acreditación de los requisitos de porcentaje de invalidez y semanas del demandante. Tampoco se encuentra en discusión el hecho de que el actor hubiese continuado efectuando cotizaciones después de la fecha de estructuración como producto de la capacidad residual a que tiene derecho.

Así las cosas, accedió a las pretensiones de la demanda con los efectos prescriptivos correspondientes, pues el actor solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez el 28 de octubre de 2009, pero no se encontraba calificado y la estructuración corresponde a una fecha posterior, por lo que fue negada mediante Resolución del 10 de mayo de 2013 sin que el actor interpusiera la demanda dentro de los tres años siguientes. De ahí que se encuentran prescritas las mesadas generadas entre el 10 de mayo de 2010 al 10 de mayo de 2013. El actor reclamó nuevamente la pensión el 06 de junio de 2018, interrumpiendo con ello la prescripción de las mesadas. Luego presentó demanda ordinaria laboral el 17 de septiembre de 2019; es decir, dejó incólumes aquellas generadas entre el 06 de junio de 2015 hasta el 30 de junio de 2018, ya que la pensión se reconoció a partir del mes de julio de 2018. En virtud de ello, ordenó a Colpensiones reconocer el retroactivo generado por la suma de \$28.825.054, autorizando los descuentos en salud.

Por otra parte, absolvió a la entidad del pago de intereses moratorios, toda vez que el demandante reclamó la pensión en junio de 2018 y la misma fue reconocida por la Administradora en el mismo mes y año, de modo que no transcurrió el término superior a los 4 meses que tiene la entidad para resolver la prestación. No obstante, reconoció el pago de la indexación de las mesadas adeudadas.

Finalmente, absolvió de las condenas a Protección y la aseguradora llamada en garantía.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió la decisión indicando que el *a quo* erróneamente limitó el retroactivo pensional al 06 de junio de 2015 bajo el argumento de que fue a partir de esa fecha en que dejó de producir efectos la prescripción ante la solicitud pensional radicada por el demandante en el año 2018. Contrario a ello, consideró que se debía tener en cuenta que el señor Gómez elevó reclamación administrativa el 28 de octubre de 2009 ante el extinto Instituto de Seguros Sociales solicitando el reconocimiento de la pensión de invalidez y, aunque en dicha calenda el dictamen de PCL no tenía la fecha de estructuración, para el 10 de mayo de 2013 en que se emitió la Resolución GNR 090148, el demandante acreditaba y contaba con los requisitos para acceder a la prestación, razón por la cual, en esa fecha la Administradora tenía el deber de reconocer la pensión. Debido a la negativa de la entidad, el actor tuvo que esperar más de 5 años para volver a solicitar

el derecho, situación que fue inducida por Colpensiones al negar la pensión en el año 2013. Debido a lo anterior, solicitó se modifique la sentencia, en el sentido en que la pensión debe ser reconocida a partir del 15 de marzo de 2010 fecha de la estructuración.

Por otra parte, considera que se debió reconocer los intereses moratorios por la tardanza en el reconocimiento pensional, pues la solicitud del 2018 se dio en razón a que la entidad negó la prestación, por lo tanto, es obligación reconocer y pagar los intereses moratorios desde el 15 de marzo de 2010.

Colpensiones indicó que no es procedente condenar al reconocimiento del retroactivo pensional porque para la fecha de la estructuración de la invalidez, esto es, el 15 de marzo de 2010 el demandante se encontraba afiliado a Protección S.A.; por lo tanto, le corresponde a esa AFP pagar la pensión reclamada junto con el retroactivo, conforme lo estipula el artículo 12 de la Ley 100/93. Agregó que como el accionante no aceptó la revocatoria de la Resolución SU1617 de 2018 por medio de la cual reconoció la pensión de invalidez desde el 01 de julio de 2018, la Administradora presentó demanda en contra el acto administrativo, la cual se adelanta ante los juzgados *laborales* (sic) de Pereira.

En virtud de lo anterior, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Como la finalidad de esta etapa es atender la persuasión fáctica y jurídica sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se atienden los alegatos que guarden relación directa con los temas debatidos. Para tal efecto, mediante fijación en lista, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, los cuales obran en el expediente digital. De la presentación de alegaciones en término, se remite a la constancia de la Secretaría de la Sala.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia, procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Conforme al panorama anterior, la Sala se ceñirá a los fundamentos del recurso de apelación, según el artículo 66A del CPTSS y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por lo que el **problema jurídico** se enmarca en establecer: **1)** si el señor Edwin Alexander Gómez Robby tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional a cargo de Colpensiones, a partir del 15 de marzo de 2010 (fecha de la estructuración de la invalidez) y hasta el 30 de junio de 2018 (día anterior al ingreso en nómina de pensionados). **2)** En caso positivo, se determinará si las mesadas adeudadas se encuentran prescritas, en virtud del término establecido en el artículo 151 del CPTSS. **3)** Luego, establecer si tiene derecho al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. **4)** Finalmente, decidir sobre la condena en costas.

Como **aspectos por fuera de debate** se encuentran los siguientes: **i)** Que el señor Edwin Alexander Gómez Robby nació el 09 de septiembre de 1970 (archivo 04, pág. 59); **ii)** que se encontraba afiliado a Colpensiones, pero se trasladó a la AFP ING el 13-11-1998, luego por la fusión entre administradoras del RAIS quedó vinculado a Protección S.A. desde el 31-12-2012 y, finalmente, retornó a Colpensiones el 05-06-2015, donde actualmente se encuentra afiliado (archivo 15, pág.43); **iii)** que el 30 de septiembre de 2011 el Instituto de Seguros Sociales emitió el dictamen SNML 7221, mediante el cual calificó al actor con una pérdida de la capacidad laboral del 64,80% por enfermedad de origen común, estructurada el 15 de marzo de 2010 (archivo 40, pág. 283); **iv)** que mediante la Resolución GNR 090148 del 10 de mayo de 2013, Colpensiones negó la pensión de invalidez (archivo4, pág. 7); **v)** que a través de la Resolución SUB 161768 del 19 de junio de 2018 reconoció la prestación a partir del 01 de julio de 2018 (archivo40, pág. 785); **iv)** que mediante las resoluciones SUB 193541 del 21 de julio de 2018¹, SUB 264650 del 09 de octubre de 2018² y la SUB 280156 del 26 de octubre de 2018³ Colpensiones negó el retroactivo pensional; **iiiv)** que por medio de la Resolución APDIR 267 del 26 de noviembre de 2018 Colpensiones solicitó al demandante autorizar la revocatoria de la Resolución SUB 161768 que reconoció la pensión. (archivo 40, pág. 205); **iiiv)** que Colpensiones presentó demanda de nulidad contra la Resolución SUB 161768 de 2018, que se adelanta ante el Juzgado Administrativo Sexto Oral de Pereira, bajo radicado No. 66001333300620190013000⁴.

¹ Ver archivo4, pág. 22.

² Ver archivo 4, pág. 31.

³ Ver archivo 4, pág. 41.

⁴ Ver archivo 48. Consultar el expediente disponible de manera digitalizada en el aplicativo SAMAI.

Para resolver el problema jurídico planteado, resulta oportuno traer a colación los fundamentos normativos y jurisprudenciales aplicables.

De la responsabilidad de las AFP cuando el afiliado cambia de fondo después de la fecha de estructuración de la invalidez

En primer lugar, es necesario dejar presente que en casos como el que aquí se analiza se presentan dos criterios de las Altas Cortes que se contraponen.

Por un lado, la **Corte Suprema de Justicia** es enfática en sostener que cuando una persona se traslada de régimen pensional y en el transcurso de la afiliación se declara formalmente la invalidez, el fondo que actualmente administra la afiliación es el responsable de reconocer la pensión de invalidez, incluso si la fecha de estructuración de la invalidez ocurre en la afiliación anterior. Así lo explicó en la sentencia **SL5183 de 2021** reiterada en sentencias SL1397 de 2022, SL4295 de 2022 y SL2923 de 2023, donde indicó:

“(...) imponerle el reconocimiento pensional al fondo antiguo o al que estaba vinculado el afiliado cuando la invalidez se estructuró y se causó la pensión que ampara el riesgo, y no al fondo nuevo o en el que la situación de invalidez se declaró formalmente, implica la anulación de la decisión libre y voluntaria de la persona en torno a permanecer en un régimen de pensiones determinado, lo que no puede ser desconocido por circunstancias no previstas en la ley y que tampoco les son atribuibles a los afiliados.

(:..)

En el anterior contexto, para la Sala no es admisible que aun cuando la estructuración del riesgo de invalidez y la causación de la pensión ocurrió en una administradora de pensiones anterior, pero no había sido declarada formalmente, el afiliado se vea abocado a retornar al régimen antiguo y en el que voluntariamente decidió no continuar. Sin duda, este criterio desconoce el referido derecho de elección y, además, nótese que eventualmente puede desconocer las reglas temporales mínimas de traslado entre regímenes pensionales, sin que al respecto la ley contemple una excepción cuando la estructuración del riesgo se fija para una vinculación previa.

(...)

*la Sala ha establecido que el derecho pensional surge con la calificación del riesgo y se consolida, en principio, a partir de la estructuración de la invalidez, sin embargo, en tratándose de enfermedades degenerativas o congénitas el requisito de las semanas puede verificarse en cualquiera de las hipótesis posibles atrás mencionadas; y ello es lo que determina la norma aplicable al caso. Precisamente, aunque tratándose de una pensión de invalidez laboral, pero conservando igual línea de pensamiento, **la Corte ha asentado que “el derecho pensional por invalidez surge precisamente con la calificación de tal condición por parte de la autoridad competente”***

(CSJ SL366-2019).

(...)

En esa perspectiva, si una persona en situación de invalidez se traslada a un régimen pensional y en el decurso de la afiliación se declara formalmente el riesgo, el fondo que administra la afiliación se presume que cuenta con el respaldo financiero para responder por la prestación que corresponda, incluso si la estructuración del riesgo y la causación del derecho pensional ocurre en una afiliación anterior, puesto que la declaración del mismo es la que hace surgir el derecho.” (Negrilla fuera de texto)

La anterior tesis se aparta del criterio jurisprudencial desarrollado por la **Corte Constitucional** en la sentencia **SU313 de 2020**, donde sostiene que el Régimen responsable por el pago de una pensión de invalidez, será aquel en donde estaba afiliado un ciudadano para el momento en que se estructuró su pérdida de capacidad laboral; dado que, la fecha de estructuración es el elemento que resuelve cualquier conflicto de competencia que se suscite entre administradoras del RAIS y del RPM.

En dicha sentencia de unificación la Corte indicó que debe aplicarse tal interpretación por las siguientes razones:

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

ii) El Decreto 1833 de 2016, establece en su artículo 2.2.2.4.6., que “[l]as prestaciones que se deriven de los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados que se encuentren en cualquiera de las situaciones señaladas en este decreto, deberán ser reconocidas y pagadas por la entidad administradora ante la cual se hayan realizado efectivamente las cotizaciones a la fecha de ocurrencia de la muerte o estructuración de la invalidez” (Subrayas fuera de texto). Esta es una norma que se aplica a los supuestos de multifiliación, es decir, a aquellos escenarios en los que una persona estaba afiliada válidamente a los dos regímenes, pero aportando a uno solo. Sin embargo, el artículo ha sido usado, por la vía de la analogía, para dirimir asuntos de competencia distintos. Con base en ello, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sostuvo, el 23 de mayo de 2018[143], 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.”

SOLUCIÓN DEL ASUNTO

1. Responsabilidad de Colpensiones en reconocer el retroactivo pensional de la pensión de invalidez.

En primer lugar, es importante aclarar que si bien la *Litis* no gira en torno al reconocimiento de la pensión de invalidez, pues la misma fue reconocida por Colpensiones a través de la **Resolución SUB 161768 del 19 de junio de 2018**, lo cierto es que es indispensable mencionar la responsabilidad de las administradoras y otros aspectos cruciales en el reconocimiento y el pago de la prestación, máxime cuando en la actualidad existe una demanda de nulidad contra dicho acto administrativo, que se adelanta ante el Juzgado Administrativo Sexto Oral de Pereira, bajo radicado No. 66001333300620190013000.

En este punto, teniendo en cuenta que uno de los argumentos de la apoderada de Colpensiones es el proceso de nulidad que se lleva a cabo ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y que podría generar la suspensión del proceso ordinario laboral por **prejudicialidad**, estima esta Sala que tal circunstancia no impide resolver el fondo del asunto, ya que los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad que permite que produzcan efectos desde la fecha en que se dicten y hasta que se declaren nulos o se suspendan por orden judicial.

Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia en providencias como la SL1697-2014, AL1583-2018, SL3270-2022, entre otras. En esa primera sentencia asentó:

*“[...] debe recordarse que la jurisprudencia laboral ha destacado que **cuando se impugnan actos administrativos ante la jurisdicción pertinente, la figura de la prejudicialidad no es admisible, en la medida en que aquellos están revestidos de presunción de legalidad, por virtud de la cual las autoridades deben continuar aplicándolos, hasta que no exista un pronunciamiento judicial que los suspenda o los declare nulos.**”*
(Negrilla fuera de texto)

En ese sentido, no es admisible aplicar en este caso lo dispuesto en el artículo 161 del CGP, por la remisión analógica dispuesta por el artículo 145 del CPTSS, pues a la fecha, la **Resolución SUB 161768 del 19 de junio de 2018** goza de plena validez y legalidad, de modo que, el procedimiento laboral debe adelantarse sin dilación. Más cuando se encuentra en disputa

el derecho fundamental, esencial y mínimo de la Seguridad Social de un afiliado.

Respecto a la responsabilidad en el reconocimiento del retroactivo pensional, dado los parámetros jurisprudenciales expuestos en los fundamentos, **la Sala Mayoritaria acoge el criterio planteado por la Corte Suprema de Justicia**⁵, según el cual, se reitera, el *fondo nuevo* donde se encuentre el afiliado es quien debe responder por el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, independientemente de la fecha en que se estructuró la pérdida de capacidad laboral. Lo anterior, teniendo en cuenta que la declaración formal y en firme de la situación de invalidez, es decir, **la calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral**, es lo que genera y marca el surgimiento del derecho pensional, por ende, determina la entidad responsable de la obligación. En cambio, la **fecha de estructuración** es el momento de la causación del derecho, salvo en los casos en que la PCL se genera por causa de una enfermedad degenerativa, crónica o congénita, circunstancias en las cuales la causación del derecho puede coincidir con la última fecha de cotización, fecha de la calificación o la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.

Así las cosas, en el caso del señor Edwin Alexander Gómez Robby, se encontraba afiliado a Colpensiones desde el 26-04-1990⁶, pero según el certificado de Asofondos, se trasladó a la AFP ING el 13-11-1998, luego el 31-12-2012 quedó vinculado a Protección S.A. y, finalmente, **retornó a Colpensiones el 05-06-2015**, donde actualmente se encuentra afiliado (archivo 15, pág.43). Posteriormente, el Instituto de Seguros Sociales mediante el dictamen SNML 7221 emitido el **30 de septiembre de 2011**, determinó que el actor contaba con una pérdida de la capacidad laboral del 64,80%, por enfermedad de origen común, estructurada el 15 de marzo de 2010 (archivo 40, pág. 283).

No obstante, es importante mencionar que el demandante ya había sido calificado con antelación el **28 de mayo de 2009** por la Compañía Seguros Bolívar S.A. que le asignó una pérdida de capacidad laboral del 60.60% con fecha de estructuración del 07 de diciembre de 1998, por enfermedad de origen común (archivo 40, pág.31). Dicho dictamen se profirió durante la vigencia de la afiliación con ING hoy Protección S.A. y aunque el

⁵ Esta tesis ha sido aplicada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, en sentencia del 02-03-2022 con radicado 66001310500320220000601 con ponencia de la Magistrada Ana Lucía Caicedo Calderón, sentencia del 26-10-2022 radicado 66001310500320190005101 con ponencia del Magistrado Germán Darío Góez Vinasco, entre otras.

⁶ Ver Historia Laboral emitida por Colpensiones en el archivo 40, página 1252, cuaderno primera instancia.

demandante solicitó el reconocimiento de la prestación la AFP le negó la solicitud mediante oficio del 27 de julio y 13 de agosto de 2009, argumentando que para la data en que se estructuró el estado de invalidez estaba afiliado al Seguro Social y era esta última a quien le correspondía reconocer la pensión de invalidez reclamada (archivo 40, pág. 47 y 55).

Ciertamente la AFP ING hoy Protección S.A. indujo al error al demandante, pues contrario a lo expuesto en las comunicaciones, es evidente que para la fecha de la estructuración de ese dictamen (07-12-1998) estaba afiliado al RAIS desde el 13 de noviembre 1998 hasta el 05 de junio de 2015, pero decidió retornar a Colpensiones. Además, la declaración formal y en firme de la situación de invalidez; es decir, la emisión del dictamen (28-05-2009) también se produjo durante la vigencia de la afiliación a dicho fondo privado. De manera que, aplicando cualquiera de las posiciones de las Altas Cortes sobre el tema, Protección S.A. debía reconocer la pensión de invalidez del actor.

Empero, como quiera que el demandante se trasladó de régimen pensional hacía Colpensiones y esta entidad emitió un nuevo dictamen de invalidez el **30 de septiembre de 2011**, le corresponde reconocer y pagar la prestación del demandante por varias razones. La primera, porque en virtud de la decisión libre y voluntaria del traslado no se puede cercenar el derecho a vincularse y permanecer en una determinada entidad pensional, previamente escogida por el afiliado, en virtud de los literales b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2.º de la Ley 797 de 2003.

La segunda, porque obligar al demandante a retornar al RAIS vulnera las reglas temporales mínimas del traslado entre regímenes pensionales, dispuestas en la Ley 100 de 1993, especialmente la prohibición legal estipulada en el artículo 13, literal e, modificado por la Ley 797 de 2003, que dicta: *“Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”*.

La tercera, porque aun cuando la fecha de estructuración data del 15 de marzo de 2010, lo cierto es que el actor continuó trabajando como independiente y efectuó cotizaciones al Sistema Pensional hasta el mes de julio de 2018 cuando estaba vinculado a Colpensiones (archivo 40, pág. 1246). Nótese que en el **interrogatorio de parte** el demandante indicó que quedó paralizado debido a su enfermedad –esclerosis múltiple-, pero continuó

trabajando por contrato de prestación de servicios en el SENA, ejerció labores en el área de tecnología y cotizó como independiente hasta el año 2017 aproximadamente.

Por último, no cabe duda de que es Colpensiones la responsable de reconocer la prestación y el retroactivo pensional del demandante, porque es la Administradora que cuenta con los aportes, rendimientos y demás emolumentos que se trasladaron al momento en que se cambió del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media, de ahí que se presume que cuenta con el respaldo financiero para responder por el pago de la pensión de invalidez.

Como consecuencia de lo anterior, se confirmará la decisión del *a quo* respecto de la responsabilidad que recae en Colpensiones para reconocer la pensión de invalidez del demandante, a partir de la fecha de estructuración, esto es, 15 de marzo de 2010.

2. Retroactivo Pensional

Para establecer el interregno en que Colpensiones debe reconocer el retroactivo de la pensión de invalidez en favor del actor, se tiene en cuenta que elevó reclamación administrativa el 28-10-2009, pero para dicha calenda no se había emitido el dictamen que le otorgó el estado de invalidez y fue negada por medio de la Resolución GNR 090148 del 10 de mayo de 2013.

Una vez proferida la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del 30-09-2011, el actor presentó reclamación ante Colpensiones el 06-06-2018 e interpuso la demanda ordinaria laboral el 17-09-2019 (archivo5). De manera que, aplicando el término de los tres años previstos en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, las mesadas generadas antes del 06-06-2015 se ven afectadas por el fenómeno prescriptivo. Esto es así, dado que la obligación se hizo exigible con la expedición del dictamen y el demandante debía presentar la reclamación dentro de los tres años siguientes, en el año 2014 a fin de suspender la prescripción. Sin embargo, solo hasta el 2018 solicitó el reconocimiento pensional, lo que ocasionó que por el transcurso del tiempo se extinguiera la obligación de pagar las mesadas adeudadas entre el 15-03-2010 y el 05-06-2015.

Por lo anterior, no le asiste razón al apoderado cuando sostiene que desde la primera reclamación del 28 de octubre de 2009, se encontraba causado

el derecho del actor al acreditar los requisitos para la pensión de invalidez, pues se reitera, el dictamen de invalidez que sirvió para reconocer la prestación data de una fecha posterior; por tanto, resultaría imposible y fuera de toda lógica, endilgar a Colpensiones la obligación de conceder la pensión antes de que fuera exigible.

En virtud de lo anterior, el retroactivo pensional a que tiene derecho el demandante se genera **entre el 06-06-2015 al 30-06-2018**, sin que exista incompatibilidad por el pago de incapacidades reconocidas en ese interregno; ya que en el certificado de Cafesalud EPS emitido el 29 de junio de 2018, se informa que no se existen registros de incapacidades a nombre del demandante (archivo 40, pág. 517).

Asimismo, en el certificado de incapacidades emitido por Medimás el 26 de junio de 2018, se constata que no se liquidaron o pagaron incapacidades registradas a nombre del demandante. (archivo 40, pág. 526).

Finalmente, en el detalle de incapacidades expedido por SaludCoop en liquidación del 05 de julio de 2013 (archivo 40, pág. 524), se evidencian las siguientes incapacidades:

Empleador	Desde	Hasta	Días	Días liquidados	Estado	Diagnóstico	Estado Liquidación	Pago
Lotería Risaralda	02-10-2007	03-10-2007	2	0	Liquidada	Laringitis Aguda	Rechazada	Sin pago
Gómez Edwin	22-05-2014	26-05-2014	*7	3	Liquidada	Pieloneistitis Crónica Obstructiva	Pagada	El 29-07-2014
Gómez Edwin	05-12-2014	07-12-2014	3	1	Expedida	Dolor en la columna dorsal	Liquidada	Sin pago
Gómez Edwin	16-01-2015	22-01-2015	7	5	Expedida	Infección de vías	Liquidada	Sin pago

Conforme lo anterior, al no existir incompatibilidad entre las incapacidades y el retroactivo, se efectuará la liquidación de las mesadas causadas **entre el 06-06-2015 al 30-06-2018**, día antes de la inclusión en nómina de pensionados, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente y con derecho a 14 mesadas, se obtiene un total de **\$30.494.363**, el cual resulta ser superior al que se liquidó en la sentencia de primera instancia el valor de **\$28.825.054**.

RETROACTIVO			
AÑO	VALOR MESADAS	No. MESADAS	TOTAL
2015	\$644.350	7,83	\$5.045.261
2016	\$689.455	14	\$9.652.370

⁷ Número ilegible.

2017	\$737.717	14	\$10.328.038
2018	\$781.242	7	\$5.468.694
TOTAL			\$30.494.363

Es necesario aclarar que la diferencia entre una y otra liquidación, se debe a que el *a quo* calculó el retroactivo aplicando únicamente 13 mesadas anuales cuando debían ser 14, teniendo en cuenta las pretensiones y que el derecho se causó antes del 31 de julio de 2011, en virtud de lo dispuesto en el parágrafo transitorio 6 del Acto Legislativo 01 de 2005; por lo tanto, se modificará el numeral Segundo de la sentencia de primera instancia en este aspecto.

3. Intereses Moratorios

Sobre el tema de intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que el concepto de buena o mala fe o las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional, no pueden tomarse en cuenta a la hora de establecer la condena moratoria, pues lo que busca tal normativa es resarcir económicamente al acreedor y disminuir los efectos desfavorables que producen la tardanza en el pago de las mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor.

Más adelante, la Alta Corporación moderó su postura y en la sentencia SL787 de 2013 identificó situaciones excepcionales que ameritan la exoneración de la condena por intereses moratorios, en aquellos eventos en los cuales las actuaciones administrativas de pensiones demoran el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas, debido a que encuentran *plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley*; en otras palabras, puede absolverse del pago de los intereses cuando se atribuye la mora a la aplicación de normas vigentes.

La Corte estableció dos eventos a saber: **i)** cuando existe controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y, **ii)** cuando la actuación de la AFP estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación y después se reconoce la prestación con base en criterios jurisprudenciales, como por ejemplo el principio de la condición más beneficiosa. (SL1599/2021)

Pues bien, al tratarse de una pensión Colpensiones contaba con cuatro (4) meses para reconocer la pensión después de la reclamación, según lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En el presente caso, se recuerda el actor solicitó la pensión el **06 de junio de 2018** y la Administradora la reconoció con la Resolución SUB 161768 del 19 de junio de 2018, pagada a partir del 01 de julio de 2018; es decir, no transcurrió el término dispuesto por la norma para acceder a los intereses reclamados.

Así las cosas, se despachará desfavorable los argumentos planteados por la parte actora y se confirmará la sentencia de primera instancia en este aspecto.

4. Costas

De conformidad con lo consagrado en el numeral 4 del artículo 365 del CGP, en esta instancia se condenará en costas procesales de segunda instancia a cargo de la parte demandada Colpensiones en favor del demandante, en tanto que, no prosperó el recurso interpuesto, las cuales se liquidarán por la secretaría del juzgado de origen. Sin costas a cargo del demandante ante la prosperidad parcial del recurso de apelación.

Finalmente, la Sala se percató que el fallador de instancia fijó erradamente las agencias en derecho en la sentencia objeto de estudio, ya que según prevé el artículo 366 del Código General del Proceso dicha etapa procesal se dispuso una vez ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o se notifique el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior. Así las cosas, con el fin de proteger los derechos de contradicción y defensa de las partes procesales, que en este aspecto solo pueden ser ejercidos frente al auto que aprueba la liquidación de costas, se excluirá del numeral quinto de la providencia recurrida la fijación de agencias en derecho.

Conclusión

Suficiente lo anterior para modificar la sentencia de primera instancia, respecto del monto del retroactivo de la pensión de invalidez y confirmar en todo lo demás. En consecuencia, se condenará a Colpensiones, al pago de las mesadas adeudadas, debidamente indexadas y la condena en costas a la parte vencida en juicio.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Por lo expuesto, **la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, en el sentido de indicar que el monto de las mesadas adeudadas es de **\$30.494.363**.

SEGUNDO: EXCLUIR del ordinal quinto de la sentencia recurrida, la fijación de agencias en derecho, por las razones expuestas en precedencia.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a la demandada COLPENSIONES en favor de la parte demandante, las cuales se liquidarán por el juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Quienes integran la Sala,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado Ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Magistrada

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado
Aclaración de voto

Firmado Por:

German Dario Goez Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda
Firma Con Aclaración De Voto

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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: **872d947e29b653928f8f4e31c5ef682fe2013a2cb9c54a0308ad2b99e76fb7f5**

Documento generado en 04/03/2024 09:09:23 AM

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