



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veinticinco de noviembre de dos mil veintidós

22-044

Proceso: **APELA SENTENCIA**
Demandante: **JORGE MOSQUERA MOSQUERA**
Demandado: **COLPENSIONES**
Radicado No.: **05001-31-05-004-2019-00324-01**
Tema: **Pensión de invalidez**
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**

La Sala Tercera de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **LUZ AMPARO GÓMEZ ARÍSTIZABAL**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

Se reconoce personería a la doctora **MARIA JOSÉ OTERO MARTINEZ** identificada con C.C. 1.152.185.422 y TP 242.503 del C.S. de la J. para que represente los intereses de **COLPENSIONES** conforme sustitución de poder que le hiciera la doctora **ELIANA MORENO PEDROZA**, identificada con C.C. 43.921.415 y TP. 173.191 del C. S de la. J en su calidad de Representante Legal de la Sociedad **MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S.** quien, a su vez, sociedad que actúa como apoderada general de la aludida entidad conforme escritura pública No. 3374 del 2 de septiembre de 2019 de la Notaria 9ª del Circulo Notarial de Bogotá D.C.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 034** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA Y ANTECEDENTES

1.1.LO PRETENDIDO

Pretende el demandante que tras declarar que contaba con 307.28 semanas al 1º de abril de 1994 se condene a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de invalidez de conformidad con el

Decreto 758 de 1990 en aplicación del principio de la condición más beneficiosa desde la fecha de estructuración, es decir, desde el 26 de diciembre de 2006, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley de 1993 desde el 8 de marzo de 2019 o en subsidio la indexación y las costas del proceso.

1.2.PARA FUNDAMENTAR SUS PRETENSIONES EXPUSO EN SÍNTESIS LOS SIGUIENTES HECHOS:

- Que nació el 25 de octubre de 1940 por lo que a la fecha de radicación de la demandada contaba con más de 78 años de edad.
- Que mediante Resolución No. 009125 de 2005 el ISS le negó la pensión de vejez con el argumento que solo tenía 389 semanas, de las cuales ninguna correspondía a los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima y por medio de la Resolución No.017480 de 2005 le reconoció una indemnización sustitutiva, la cual nunca fue cobrada por no estar de acuerdo con la misma.
- Que en la actualidad tiene más de 78 años de edad, se encuentra desempleado debido a que padece una enfermedad denominada EPOC (Enfermedad obstructiva crónica), es oxígeno dependiente las 24 horas del día desde el 26 de diciembre de 2006, además padece de hipertensión arterial y gastritis.
- Que mediante dictamen emitido el 16 de marzo de 2010 por el ISS se le calificó una pérdida de capacidad laboral del 54.81% con fecha de estructuración del 26 de diciembre de 2006 de origen común.
- Que el 7 de noviembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual le fue negada a través de Resolución SUB 326598 de 2018 con el argumento que no cumplía con el requisito de las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración conforme lo exige la Ley 860 de 2003. Resolución que fue confirmada por la resolución DIR 232 de 2019, donde además de informó que tampoco cumplía los requisitos de la condición más beneficiosa, porque en su caso solo podía remitirse de la Ley 860 de 2003 a la Ley 100 de 1993.
- Que según el reporte de semanas emitido por COLPENSIONES en 2018 se evidencia un total de 374.29 semanas cotizadas en toda la vida laboral, de las cuales 294.53 fueron a 1º de abril de 1994. Sin embargo las Resoluciones No. 009125 y 017480 de 2005 dan cuenta que cotizó 388 semanas en toda la vida laboral.
- Que según el reporte de semanas cotizadas 1967-1994, se evidencia que cotizó en dicho periodo 330 semanas, de las cuales fueron 1.251 días entre el 3 de julio de 1972 y el 30 de marzo de 1994 que equivalen a 307.28 semanas, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo

que le asiste derecho a la pensión de invalidez en aplicación del principio de la condición más beneficiosa por reunir las 300 semanas exigidas en el Decreto 758 de 1990 y según lo analizado por la Corte Constitucional en sentencia SU-005 de 2018. Las semanas exigidas pueden verificarse en el siguiente cuadro:

EMPLEADOR	DESDE	HASTA	DIAS	SIMULTANEOS	TOTAL	SEMANAS
FEDERICO RESTREPO RESTREPO	3/7/1972	31/1/1974	578		578	82.57
SIN NOMBRE	27/11/1972	1/5/1974	521	431	90	12.86
EXC Y COLOCADO DE	25/8/1975	29/8/1976	371		371	53.00

TUBERIA						
COLOCACION DE TUBERIA LTDA	12/1/1977	30/4/1977	82		82	11.71
PROYECTOS Y CONSTRUCCIÓN	25/7/1977	31/7/1977	7		7	1.00
ZAPATA TANGARIFE ROBERTO	14/9/1977	8/11/1977	56		56	8.00
LONDOÑO MUÑOZ JAIRO DE J	10/3/1978	18/5/1978	70		70	10.00
PROYECTOS Y CONSTRUCCIÓN	16/5/1978	28/5/1978	13	3	10	1.43
PROYECTOS Y CONSTRUCCIÓN	25/7/1978	13/8/1978	20		20	2.86
JOSE EFRAIN SOSSA RUIZ	14/8/1978	28/8/1978	15		15	2.14
JULIO GOMEZ R	4/10/1978	25/10/1978	22		22	3.14
GABRIEL MARQUEZ GARCIA	29/4/1981	27/7/1981	90		90	12.86
NELSON HINCAPIE LOPEZ	15/9/1981	26/9/1981	12		12	1.71
CRUZ HELEN PALACIO VIVAS	17/5/1982	15/7/1982	60		60	8.57
MONTOYA RAMIREZ EVEJIO	8/11/1982	12/11/1982	5		5	0.71
ANTONIO NARANJO OCAMPO	9/5/1983	16/5/1983	8		8	1.14
JULIO GOMEZ R	24/5/1983	13/6/1983	21		21	3.00
OQUENDO APOLINAR	30/11/1983	6/2/1984	69		69	9.86
RAMON OSPINA	20/3/1984	14/6/1984	87		87	12.43
BECERRA CORDOBA OSCAR	26/6/1984	15/8/1984	51		51	7.29
LUIS ENRIQUE GOEZ LAVERDE	29/7/1984	13/8/1984	16	16	0	0.00
LUIS ENRIQUE GOEZ LAVERDE	23/1/1987	3/7/1987	162		162	23.14
ERASMO TREJOS V	23/5/1989	7/9/1989	108		108	15.43
JORGE LONDOÑO	22/4/1993	30/4/1993	9		9	1.29
GABRIEL GAVIRIA GRANDA	27/4/1993	25/5/1993	29	4	25	3.57
LUIS ALBERTO SALAZAR GOMEZ	8/11/1993	21/12/1993	44		44	6.29
JORGE ANTONIO HERRERA GUERRA	11/1/1994	30/3/1994	79		79	11.29
TOTAL DIAS			2605	TOTAL SEMANAS		307.29

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio respuesta a la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. Respecto a los hechos aceptó los referentes a la fecha de nacimiento del actor, la afiliación al ISS, el contenido de las resoluciones que negaron la pensión de vejez y concedieron la indemnización sustitutiva, aduciendo que no le consta si esta fue cobrada. Así mismo aceptó el contenido del dictamen que le calificó la pérdida de capacidad laboral, la solicitud de la pensión, el contenido de la resolución que le negó la pensión de invalidez y de la que resolvió el recurso contra la misma, aclarando que otro de los argumentos para negar la pensión, es que el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral ya no se encuentra vigente, por cuanto al haberse practicado e el 2010 y atendiendo a que el estado de invalidez es revisable cada tres año, el mismo perdió su vigor, por lo que se le indicó al actor que debe practicarse una nueva valoración médica. Frente a los demás hechos señaló que no le constan o se trata de apreciaciones subjetivas de la parte actora que serán objeto de debate probatorio.

1.4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, en **sentencia** proferida el 25 de noviembre de 2021 **CONDENÓ a COLPENSIONES** a reconocer y pagar al señor **JORGE MOSQUERA MOSQUERA**:

- La pensión de invalidez a partir del 7 de noviembre de 2015 en cuantía equivalente al salario mínimo, a razón de 14 mesadas anuales, adeudándole como retroactivo a noviembre de 2021 la suma de **\$67.485.602**, suma de la cual autorizó descontar el porcentaje correspondiente al aporte en salud. Y a partir del 1º de diciembre de 2021 deberá continuar reconociendo una mesada pensional equivalente al salario mínimo.
- Los intereses moratorios a partir del 7 de marzo de 2019 y hasta la fecha de pago efectivo de la obligación.
- Y las costas del proceso, fijando las agencias en derecho en la suma de \$4.000.000.

De otro lado, dispuso que una vez quede en firme la decisión el demandante tendrá 3 meses para proceder a los tramites de revisión de la invalidez conforme al artículo 44 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo autorizó a Colpensiones de que en caso de que efectivamente se haya pagado al demandante el valor correspondiente a la indemnización sustitutiva reconocida en la Resolución No. 017480 de 2005, dichos valores sean compensados debidamente indexados.

2. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

2.1. ARGUMENTOS DEL JUEZ

Manifestó que se encuentra probado que el señor JORGE MOSQUERA MOSQUERA no tiene acreditados los requisitos para acceder a la pensión de invalidez conforme a la norma vigente a la fecha de estructuración, 26 de diciembre de 2006, esto es, la Ley 860 de 2003, toda vez que no acreditó el requisito de 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez.

La Corte Suprema de Justicia ha considerado que cuando el afiliado no acredita los requisitos exigidos en la norma vigente, es posible la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y acudir a la norma inmediatamente anterior al cambio legislativo, que en este caso sería la Ley 100 de 1993, requisitos que tampoco cumple el demandante ya que no tiene 26 semanas en el año anterior a la fecha de estructuración de la invalidez. Por ello en aras de proteger una expectativa legítima cuando se cumplen requisitos para la pensión de invalidez en vigencia de normas anteriores como el Decreto 758

de 1990, es posible el salto normativo, tal y como lo analizó la Corte Constitucional en sentencia SU-442 de 2016.

Indicó que en el caso de autos se encuentra acreditado que el demandante cotizó en toda la vida laboral **388** semanas, de las cuales **307** fueron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 según se desprende de la historia laboral a folio 29, así como de las Resoluciones 009125 Y 017480 de 2005 donde y de la liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión que realizó el ISS en su momento, copia tomada del expediente administrativo del actor a folio 27, a pesar de que en las resoluciones SUB 326598 de 2018 y DIR 232 de 2019 COLPENSIONES de forma inexplicable le tiene en cuenta un número inferior de semanas al contabilizar tan solo 374 semanas.

Por tanto concluyó el a quo que toda vez que el demandante cumplió los requisitos exigidos por el Decreto 758 de 1990 para acceder a la pensión de invalidez por haber cotizado más de 300 semanas en vigencia de dicha normatividad era dable la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, sin que sea de recibo el argumento esgrimido por la entidad de que el dictamen debe actualizarse porque se había realizado hace más de 3 años, pues el hecho de que el estado de invalidez sea revisable conforme al artículo 44 de la Ley 100 de 1993, no quita que el demandante en algún momento haya sido inválido, es decir, que si bien el dictamen debe ser actualizado, este no pierde validez, pues ya fue valorado por un equipo interdisciplinario que determinó que tenía una pérdida de capacidad laboral superior a 50%, como ocurrió en el caso de autos, que mediante dictamen del 16 de marzo de 2010 se determinó que el demandante era inválido desde el 26 de diciembre de 2006, aunado al hecho que dentro del proceso no existe un dictamen diferente que diga que el actor no es inválido, además de que no puede negársele la pensión por el hecho de que el dictamen tenga más de 3 años, pues debe tenerse en cuenta que el demandante es una persona de una avanzada edad, que se trata de una persona vulnerable con una disminución en su capacidad física ostensible, por lo que se le debe dar valor al dictamen allegado por la parte actora.

En consecuencia, estimó que se debía reconocer la pensión de invalidez al actor de conformidad con el principio de la condición más beneficiosa por tener más de 300 semanas cotizadas en vigencia del Decreto 758 de 1990, pero que una vez quede en firme la decisión el demandante tendrá 3 meses para proceder a los tramites de revisión de la invalidez conforme al artículo 44 de la Ley 100 de 1993. Por tanto condenó a COLPENSIONES a reconocer la pensión de invalidez a partir 7 de noviembre de 2015, dado que las mesadas causadas con anterioridad se encuentran prescritas, teniendo en cuenta 14 mesadas anuales dado que la pensión se causó antes del 31 de julio de 2011 y su cuantía es inferior a los 3 SMLMV.

De otro lado estimó que era procedente reconocer los intereses moratorios dado que las sentencias de unificación proferidas por la Corte Constitucional son de obligatorio cumplimiento para los funcionarios judiciales y administrativos conforme el artículo 241 de la Constitución, por lo que condenó a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios a partir del 7 de marzo de 2019, 4 meses después de la solicitud y hasta la fecha del pago efectivo.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES

Señaló que la condición más beneficiosa es una institución jurídica según la cual una norma que ha sido retirada del ordenamiento jurídico puede recobrar sus efectos para regular una situación jurídica que no se consolidó cuando se encontraba en vigor, por lo que se encuentra sujeta a dos requisitos, el primero que se suscite un cambio legislativo derogatorio de una norma por otra que regule igual la materia sin que haya previsto un régimen de transición y el segundo que dicha norma con efectos plusultractivos haya sido aplicable al afiliado durante su vinculación al sistema de pensiones. De acuerdo con el desarrollo jurisprudencial de este principio, no es posible efectuar saltos históricos para buscar la norma que más conviene a la situación del afiliado, sino que solo es posible aplicar la norma inmediatamente anterior a la vigente al momento de la ocurrencia de la contingencia.

Indicó que en el presente caso al demandante se le estructuró la invalidez el 26 de diciembre de 2006, por lo que la norma aplicable en pensión de invalidez es la Ley 860 de 2003 y como no cumple con el requisito de cotización de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores, solo es posible acudir a la norma inmediatamente anterior, es decir, a la Ley 100 de 1993 en su estado original, por lo que no es posible aplicar el Decreto 758 de 1990 como lo indicó el a quo, por lo que se debe revocar la sentencia de primera instancia en su integridad.

2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE COLPENSIONES

La apoderada de la entidad demandada señaló que debe revocarse la sentencia de primera instancia toda vez que el demandante no acredita los requisitos del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 para acceder a la pensión de invalidez reclamada, toda vez que no cotizó 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez, ya que según su historia laboral presenta cotizaciones interrumpidas hasta el mes de septiembre del año 2004, sien que sea viable la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, puesto que tal y como se evidencia de un simple análisis de los requisitos consagrados en el Decreto 758 de 1990, los requisitos consagrados la

Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003, son menos rigurosos para los afiliados, ya que les da la posibilidad de reunir el número de semanas exigidas un lapso mayor de tiempo.

Agregó que tal como lo analizó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1938 de 2020, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa debe estar limitada a la norma inmediatamente anterior, pues de aplicarse cualquier disposición anterior se darían efectos plus ultra activos a normativas derogadas en una sucesión de tránsitos legislativos, lo que afecta el principio de seguridad jurídica, ya que genera incertidumbre sobre la norma aplicable en la medida en que el juez podría hacer un ejercicio histórico para definir la concesión del derecho pensional con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general. Además cita apartes de las sentencias SL 4009 de 2019 y SL 2358 de 2017 que se refieren a este punto.

De otro lado, manifestó que no es procedente el reconocimiento de intereses moratorios pues según lo establecido en las sentencias T 588 de 2003, C 1024 de 2004 y SU 065 de 2018, en las cuales se ha reseñado que las administradoras de fondos de pensiones tienen un plazo de cuatro meses para efectuar el reconocimiento pensional y dos meses más, para incluir la prestación en la nómina de la entidad, pues de no ser así, sería tanto como aceptar, que los intereses moratorios empiezan a causarse cuando aún no ha vencido el plazo establecido por la Ley para que la AFP pague las mesadas pensionales.

Finalmente adujo que tampoco es procedente la indexación de las condenas que eventualmente puedan declararse, pues dado que el demandante recibe pensión de vejez(sic) a cargo del régimen de prima media con prestación definida, anualmente se le realiza el incremento de la mesada pensional de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, en aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, con el fin de que la prestación no pierda su valor adquisitivo, idéntico propósito que persigue la indexación, por lo cual la condena a indexación, implicaría un doble reconocimiento por un mismo concepto que podría derivar en un enriquecimiento sin causa para la parte demandante.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si el demandante tiene derecho a la pensión de invalidez en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

De otro lado, se revisará en CONSULTA los temas que no fueron apelados y que le fueron adversos a COLPENSIONES con el fin de salvaguardar los intereses del Estado como garante de esta entidad,

conforme a lo señalado por nuestro órgano de cierre en sentencias 51237 de 4 de diciembre 2013 y 40.200 de 2015.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar debe recordarse respecto de la normatividad con la cual debe dirimirse el derecho a la pensión de invalidez que la ley, en concordancia con la jurisprudencia, tiene establecido que debe ser la vigente a la fecha de estructuración de tal estado, así lo ha indicado en múltiples pronunciamientos, entre ellos las sentencias de radicación 42029, 35455 y 33185 proferidas por la Sala de Casación Laboral.

Aclarado lo anterior, conforme se aprecia a folio 26 del plenario, el día 16 de marzo de 2010 el señor JORGE MOSQUERA MOSQUERA fue objeto de calificación por parte del Departamento de Medicina Laboral del Instituto de Seguros Sociales, donde se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 54.81% de origen común, con fecha de estructuración el 26 de diciembre de 2006.

Inicialmente habría de acudir a la norma vigente para aquel año, que no es otra que el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, preceptiva según la cual, en caso de invalidez el afiliado debe haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de tal estado.

En el caso de autos, según se observa en la Resolución SUB 326598 del 19 de diciembre de 2018 visible a folios 44/46, COLPENSIONES le negó la pensión de invalidez al demandante porque no reunía el requisito de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, indicándole que tiene un total de 374 semanas cotizadas y además le informa que toda vez que el dictamen de pérdida de capacidad laboral fue emitido el 16 de marzo de 2010, superando los tres años, este no está vigente, de conformidad con la Circular No. 25 del 13 de agosto de 2018. Resolución que fue confirmada por la DIR 232 de 2019.

En cuanto al primer argumento esbozado por COLPENSIONES de que el actor no reúne las semanas exigidas en la Ley 860 de 2003, no existe reparo pues si se analiza el resumen de la historia laboral que se hace en dichas resoluciones, estas dan cuenta que entre el 26 de diciembre de 2006 y el 26 de diciembre de 2003, es decir, dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, efectivamente el señor MOSQUERA MOSQUERA solo cotizó 17.86s semanas cotizadas.

Sin embargo, frente al número total de semanas que se mencionan en la Resolución SUB 326598 del 19 de diciembre de 2018, esto es de **374**, si presentó inconformidad la parte actora, pues dentro del

plenario existen otras pruebas que dan cuenta que efectivamente el demandante cotizó un número superior de semanas, como inclusive lo reconoció el propio INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en las Resoluciones No. 009125 y 017480 de 2005, visibles a folios 24 y 41, a través de las cuales se negó la pensión de vejez y se reconoció la indemnización sustitutiva teniendo en cuenta un total de 388 semanas cotizadas. Según se lee:

185 - Centro Administrativo Nacional CAN - Apartado Aéreo 5833 - Bogotá - Colombia

159-000-0172800-1702

RESOLUCION N° 009125 DE 2005

Por la cual se resuelve una solicitud de Prestaciones Económicas en el Sistema General de Pensiones - Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - SECCIONAL ANTIOQUIA

En uso de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO

Que el asegurado(a) JORGE MOSQUERA MOSQUERA , con fecha de nacimiento 25 de OCTUBRE de 1940, C.C. 4.861.022, afiliación 904861022 020527520 de la Seccional ANTIOQUIA presentó el 21 de SEPTIEMBRE de 2004 solicitud de prestaciones económicas por vejez, teniendo como último patrono LUIS ALBERTO SALAZAR Patronal 99999999999.

Que según lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el régimen de transición se aplica a quienes al momento de entrar en vigencia el nuevo sistema general de pensiones tenían 35 años la mujer o 40 años el hombre o 15 años de servicios cotizados, para reconocer la pensión con la edad, tiempo y monto en el establecido.

Que el régimen aplicable en transición para los afiliados al ISS exige tener 60 años o más de edad el hombre o 55 la mujer y 500 semanas pagadas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la referida edad o 1000 semanas cotizadas en cualquier época, para adquirir el derecho a la pensión, según los dispuesto por artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año

Que según el certificado de semanas y categorías, el asegurado ha cotizado un total de 330 semanas de las cuales 0 corresponden a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida.

RESOLUCION N° 017480 DE 2005

Por la cual se resuelve una solicitud de Prestaciones Económicas en el Sistema General de Pensiones - Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - SECCIONAL ANTIOQUIA

En uso de sus facultades legales y estatutarias, y

CONSIDERANDO

Que el 21 de SEPTIEMBRE de 2004, se presentó a reclamar indemnización sustitutiva de la pensión de vejez el (la) señor(a) JORGE MOSQUERA MOSQUERA , identificado(a) con la cédula de ciudadanía No. 4.861.022, números de afiliación 904861022 020527520 de la Seccional ANTIOQUIA , por considerar cumplidos los requisitos legales para acceder a ella, teniendo como último empleador a LUIS ALBERTO SALAZAR Patronal 99999999999.

Que a efecto de resolver esta solicitud, se procede a estudiar los documentos obrantes en el expediente y las normas aplicables, encontrando:

Que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con los artículos 20 de la misma Ley, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, y 3 del Decreto 1730 de 2001, señala que los asegurados que acrediten haber cumplido la edad mínima para acceder a la pensión de vejez y no hubieren cotizado el mínimo de semanas para acceder a dicha prestación, siempre y cuando declaren su imposibilidad de continuar cotizando para pensión, tendrán derecho a una indemnización sustitutiva.

Que el (la) asegurado(a) nació el 25 de OCTUBRE de 1940, según consta en el Registro Civil de Nacimiento obrante en el expediente, concluyendo que acredita el requisito de la edad necesario para acceder a la pensión de vejez.

Que teniendo en cuenta que el(la) asegurado(a) ha declarado su imposibilidad de continuar cotizando con el ánimo de solicitar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el(la) solicitante no podrá continuar cotizando al Sistema General de Pensiones después del reconocimiento de la prestación y en caso que se efectúen cotizaciones, las mismas serán objeto de Devolución de Aportes.

Que revisado el reporte de semanas, expedido por la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados del Instituto de Seguros Sociales, se establece que el (la) asegurado(a) ha cotizado un total de 330 semanas cotizadas a este Instituto.

Aunado a lo anterior según la historia laboral tradicional o tipo CAN que reposa a folio 12 se evidencia que entre 03 de julio de 1972 y el 31 de diciembre de 1994, el señor JORGE MOSQUERA cotizó 330 semanas, así:

PERIODOS PAGADOS POR APORTANTE								Observaciones
Aportante	Razon Social	Desde	Hasta	Días	Licencia	Simultaneas	Neto	
02014000901	FEDERICO RESTREPO RESTREPO	1972/07/03	1974/01/31	578	0	0	578	
02014000800	SIN HOMBRE	1972/11/27	1974/05/01	521	0	431	490	
02014001258	EXC Y CLODARIO DE TUBERIA	1975/08/25	1976/08/29	371	0	0	371	
02014001418	COLOCACION DE TUBERIA LTDA	1977/01/12	1977/04/03	82	0	0	82	
02014000435	PROYECTOS Y CONSTRUCCIN	1977/07/25	1977/07/31	7	0	0	7	
02014001299	TAPATA TANGARIFE ROBERTO	1977/09/14	1977/11/08	56	0	0	56	
02014001650	LONDONO NUÑO JAIRO DE J	1978/03/10	1978/05/18	70	0	0	70	
02014000435	PROYECTOS Y CONSTRUCCIN	1978/05/16	1978/05/28	13	0	3	10	
02014000435	PROYECTOS Y CONSTRUCCIN	1978/07/25	1978/08/13	20	0	0	20	
02014001729	JOSE EFRAIN SOSSA RUIZ	1978/08/14	1978/08/28	15	0	0	15	
02014001558	JULIO GOMEZ R	1978/10/04	1978/10/25	22	0	0	22	
02014001060	GABRIEL MARQUEZ GARCIA	1981/04/29	1981/07/27	90	0	0	90	
02014002421	NELSON HINCAPIE LOPEZ	1981/09/15	1981/09/26	12	0	0	12	
02014001896	CRUZ HELEN PALACIOS VIVAS	1982/05/17	1982/07/15	60	0	0	60	
02014001274	MONTAYA RAMIREZ EVELIO	1982/11/08	1982/11/12	5	0	0	5	
02014000750	ANTONIO HARRANJO OCAÑO	1983/05/09	1983/05/16	8	0	0	8	
02014001558	JULIO GOMEZ R	1983/05/24	1983/06/13	21	0	0	21	
02014002452	QUENDRO APOLINAR	1983/11/30	1984/02/04	69	0	0	69	
02014002147	RANDY OSPINA	1984/03/20	1984/06/14	87	0	0	87	
02014003215	BECCERA CORDOBA OSCAR	1984/06/26	1984/08/15	51	0	0	51	
02014001845	LUIS ENRIQUE GOMEZ LAVERDE	1984/07/29	1984/08/13	16	0	16	43	
02014001845	LUIS ENRIQUE GOMEZ LAVERDE	1987/01/23	1987/07/03	162	0	0	162	
02014001866	ERASMO TREJOS V	1989/05/23	1989/09/07	108	0	0	108	
02014006329	JORGE LONDONO	1993/04/22	1993/04/30	9	0	0	9	
02084004282	GABRIEL GAYIRIA GRANDA	1993/04/27	1993/05/25	29	0	4	25	
02014004290	LUIS ALBERTO SALAZAR GOMEZ	1993/11/08	1993/12/21	44	0	0	44	
02014005964	JORGE ANTONIO HERRERA GUERRA	1994/01/11	1994/03/30	79	0	0	79	
02014005964	JORGE ANTONIO HERRERA GUERRA	1994/04/12	1994/08/24	135	0	0	135	

4882 141/152

12

✓

SEGURO SOCIAL - VICEPRESTANCIA DE PENSIONES - REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS - PERIODO 1 967 - 1 994

Documento : 4861022 - C M

Fecha. Hac. :

Radicado En : 2005/03/01

Solicitante : MOSQUERA MOSQUERA JORGE

Grabado En : 2005/03/02 08:39 AM

Dirección : NORTE

Impreso En : 2005/03/16 03:43 PM

Teléfono :

Expediente :

Usuario : rcuentro_05ruiza

Relación : 5111200-913 - ANTIOQUIA NEBELITH PENSIONES SEMANAS SECC ANTIOQUIA

Documento : 4861022 - C

Sexo : Masculino

Fecha Nacimiento : 1943/10/23

Nombre Afiliado : MOSQUERA MOSQUERA JORGE

DESTINO : OFICIAL (Valida para Prestacion Economica)

Afiliaciones : 020527520 - 904861022

(SH) Sin Historia, (P) Exonerado Parcial, (T) Exonerado Total, (PE) Pensionado

PERIODOS PASADOS POR APORTANTE

Aportante	Razon Social	Desde	Hasta	Dias	Licencia	Simultaneas	Neto	Observaciones
02044007218	GUZMAN BOTERO CARLOS JULIO	1994/11/01	1994/11/18	18	0	0	18	
02014005964	JORGE ANTONIO HERRERA GUERR	1994/12/26	1994/12/31	6	0	0	6	
TOTAL DIAS COTIZADOS:				2,764	0	454	2,310	
TOTAL SEMANAS COTIZADAS:							330.0000	

Lo que significa que para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el señor JORGE MOSQUERA tenía **307** semanas cotizadas y esto es importante, dado que desde la demanda se solicitó la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, el cual opera en casos donde el solicitante, en el caso de la pensión de invalidez, no cuenta con la densidad de semanas exigidas por la normatividad vigente a la fecha de estructuración del estado de invalidez para causar la prestación que ampara tal riesgo, como ocurre en el presente caso, por lo que se solicita se aplique el Decreto 758 de 1990 por serle más favorable.

Frente a la aplicación del principio aludido, considera la Sala que éste se encuentra contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política y ha sido desarrollado ampliamente por la Corte Suprema de Justicia; según el mismo, cuando la nueva normatividad impone requisitos más gravosos y el afiliado había dejado acreditados los requisitos en vigencia de la normatividad que precedía se puede dar aplicación a la norma anterior por serle más favorable.

Así mismo, es importante señalar que si bien es cierto que inicialmente dicho criterio jurisprudencial en torno del llamado '*principio de la condición más beneficiosa*' en materia de pensiones de invalidez y sobrevivientes fue limitado a las situaciones ocurridas en vigencia de las normas originales de la Ley 100 de 1993 y que, por tal razón, ameritaban acudir a las que gobernaron el esquema normativo inmediatamente anterior, esto es, al Decreto 758 de 1990, también lo es que en sentencia hito de 25 de julio de 2012 con Radicación 38674, tal criterio de protección fue ampliado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al considerar que el referido principio también tenía cabida en tratándose de preceptivas inmediatamente sucesivas, como lo son las previstas en las normas que han modificado los regímenes pensionales del Sistema General de Pensiones de la citada Ley 100 de 1993, esto es, las de las leyes 797 y 860 de 2003, respectivamente. Y posteriormente en sentencia 44596 del 25 de enero de 2017 (SL 2358-2017) unificó el criterio imperante en la materia, y adoctrinó que, en

controversias relativas a pensiones de invalidez, para que se aplique el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, en lugar del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, cuando no se tengan las 50 semanas cotizadas en los tres últimos años a la fecha de estructuración del estado de invalidez, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, analizando los eventos que permitirían acceder a la pensión de invalidez y estableciendo un límite temporal para la aplicación del mismo, indicado que solo procede para situaciones en que el estado de invalidez se hubiera estructurado dentro de los tres años siguientes a la fecha de la entrada en vigencia de la citada Ley 860 de 2003, es decir, entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.

En el caso de autos el señor JORGE MOSQUERA MOSQUERA no cumple los requisitos establecidos en dicha sentencia, pues no se encontraba cotizando ni a la fecha de estructuración de la invalidez ni a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, ni tiene semanas cotizadas en el último año anterior a estos eventos, pues su último aporte data de 1° de septiembre de 2004, por lo que no es posible darle aplicación a la Ley 100 de 1993.

Por otro lado, la Corte Constitucional a través de sentencia SU 442 de 2016, dictada el 18 de agosto de esa misma anualidad, permitía la aplicación del principio de la condición más beneficiosa sin ningún tipo de límite temporal, pues incluso se permitía el salto normativo, para el estudio de casos donde estuviera involucrada la pensión de invalidez estructurada en vigencia de Ley 860 de 2003, no solo hacia la normativa inmediatamente anterior -art. 39 de la Ley 100 de 1993, sino incluso hasta la previsiones consagradas en el Decreto 758 del mismo año, para establecer tal posibilidad en beneficio de los afiliados que no cumplieran con el requisito de las 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a la estructuración del infortunio en cita. En la descrita providencia a este respecto se indicó:

“Con fundamento en las anteriores razones, en concepto de la Sala Plena de la Corte, el principio de la condición más beneficiosa no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, concebida conforme a la jurisprudencia. Por lo demás, una vez la jurisprudencia ha interpretado que la condición más beneficiosa admite sujetar la pensión de invalidez a reglas bajo cuya vigencia se contrajo una expectativa legítima, no puede apartarse de esa orientación en un sentido restrictivo, a menos que se ofrezcan razones poderosas suficientes que muestren que: (i) la nueva posición tiene mejor sustento en el orden legal y constitucional, (ii) los argumentos para apartarse priman sobre los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato que están a la base del respeto al precedente constitucional, y (iii) está en condiciones de desvirtuar la prohibición de retroceso injustificado en materia de derechos sociales fundamentales, establecida en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Hasta el momento no se han aportado razones de esta naturaleza, por lo cual la jurisprudencia de esta Corte, encargada de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución, se mantiene y es vinculante para todas las autoridades, incluidas las judiciales (CP. Art. 241).”

Empero, con posterioridad la Corte Constitucional profirió la sentencia SU-556 de 2019, recordó que la jurisprudencia suplió el vacío del legislador al no establecer un régimen de transición ante un intempestivo cambio normativo, pues sólo lo hizo respecto de la pensión de vejez, no así la de invalidez o sobrevivientes, permitiendo su modificación de manera abrupta o arbitraria, cercenando expectativas

legítimas. Por ello, y siendo más garantista que la Corte Suprema de Justicia, avaló la aplicación ultractiva de requisitos previstos en leyes derogadas, que no necesariamente se circunscribían a la inmediatamente anterior, consintiendo así, contrario a la jurisprudencia pacífica de su homóloga, una búsqueda por el esquema normativo, tesis plasmada en sentencias como la SU-442 de 2016 y SU-005 de 2018, que diferían en cuanto a la flexibilización del análisis de requisito de subsidiariedad cuando respecto de cierto caso se examinaba la viabilidad de una acción de tutela, y de otro lado, concretamente la última de ellas, establecía un test de procedencia.

Es por esto, que en la sentencia SU-556 de 2019, la Corte Constitucional, quiso unificar la diversidad de criterios frente a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, al estimar que la sentencia SU-442 de 2016 no previó parámetros homologables para valorar la exigencia de subsidiariedad de la acción de tutela en este tipo de asuntos, por lo que en dicha providencia se estableció un test de procedencia, para efectos de permitir que a un afiliado se le apliquen los requisitos previstos en el Decreto 758 de 1990, cuando ostentando la calidad de inválido, no satisface los regulados en la Ley 860 de 2003, a saber:

Test de procedencia	
Primera condición	Debe acreditarse que el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez, pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en una situación de riesgo derivada de, entre otras, alguna de las siguientes condiciones: (i) analfabetismo, (ii) vejez, (iii) pobreza extrema, (iv) cabeza de familia, (v) desplazamiento o (vi) padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa.
Segunda condición	Debe poder inferirse razonablemente que la carencia del reconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción de las necesidades básicas del accionante, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.
Tercera condición	Deben valorarse como razonables los argumentos que proponga el accionante para justificar su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigente al momento de la estructuración de la invalidez.
Cuarta condición	Debe comprobarse una actuación diligente del accionante para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

En dicha providencia, además, la Corte fundamentó esta tesis, en que el Acto Legislativo 01 de 2005 se expidió con el fin de preservar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, privilegiando la aplicación de la norma vigente al acaecimiento de la contingencia protegida por cada subsistema, razón por la que habría una carga desproporcionada para las entidades y/o fondos de pensiones, pues de no ponerse una limitante, no sería *“posible determinar, a ciencia cierta, el número de personas que pudieran reclamar, ad finitum”* la aplicación de una norma cuya vigencia expiró hace más de dos décadas, aunado a que expectativas legítimas tampoco podían ser inalterables como si fuesen derechos adquiridos, expectativas que surgían para quienes habiendo reunido la densidad de semanas de cotización para pensionarse por invalidez en un régimen, su condición se estructuraba en otro y veían resquebrajada la confianza legítima como destinatarios de esa primigenia norma.

Es así como la Corte Constitucional concluyó que dicha expectativa debía ser salvaguardada pero únicamente frente a la población vulnerable, desechando la postura o “zona de paso” de la Corte Suprema de Justicia, pues respecto de este contingente de la población, implicaba una afectación a derechos fundamentales como la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas. Concluyendo que la regla fijada en la sentencia SU-442 de 2016, según la cual el principio de la condición más beneficiosa da lugar a que se apliquen de manera ultractiva las disposiciones del Decreto 758 de 1990 a aquellos afiliados cuya invalidez se hubiese estructurado en vigencia de la Ley 860 de 2003, solo es aplicable a los afiliados en situación de vulnerabilidad, esto es, aquellos que superen el test de procedencia.

Desde la demanda se pretende la aplicación ultractiva del Decreto 758 de 1990, dado que el señor JORGE MOSQUERA MOSQUERA cotizó más de 300 semanas en vigencia de dicha norma, según se acaba de analizar, por lo que para poder reconocer la pensión de invalidez conforme a dicha norma, pues su invalidez se estructuró el 26 de diciembre de 2006, esto es, en vigencia de la Ley 860 de 2003 es imperioso que el demandante supere el test de vulnerabilidad establecido en la sentencia SU-556 de 2019 y si bien la prueba no estuvo encaminada a demostrar que el señor JORGE MOSQUERA cumplía los presupuestos del test de vulnerabilidad establecido en la referida sentencia, estima la Sala que dentro del acervo probatorio hay elementos que permiten determinar que el demandante se encuentra en situación de vulnerabilidad.

Conforme a lo anterior, se entra a analizar si el demandante cumple los requisitos del test de vulnerabilidad establecido en la sentencia SU-556 de 2019, así:

- i) Debe acreditarse que el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez, pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en una situación de riesgo derivada de, entre otras, alguna de las siguientes condiciones: (i) analfabetismo, (ii) vejez, (iii) pobreza extrema, (iv) cabeza de familia, (v) desplazamiento o (vi) padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa.

Conforme la prueba recaudada, se puede establecer que el accionante cumple con la primera condición establecida en la sentencia en mención, toda vez que pertenece a un grupo de especial protección constitucional y se encuentra en una situación de riesgo, pues en la actualidad tiene más de 82 años de edad, toda vez que nació el 25 de octubre de 1940, es decir merece protección dada su condición de vejez, además de ser una persona en situación de invalidez con una pérdida de capacidad del 54.81%, originada en una enfermedad crónica dado que padece Hipertensión, EPOC, (Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica en tratamiento con oxígeno domiciliario las 24 horas del día desde el 26 de diciembre de 2006 y gastritis, por lo que es evidente que el señor JORGE MOSQUERA se encuentra en una situación que lo hace persona vulnerable y como tal merece una especial protección constitucional.

- ii) Debe poder inferirse razonablemente que la carencia del reconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción de las necesidades básicas del accionante, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.

Así mismo puede establecerse, que la carencia del reconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción de las necesidades básicas del accionante, pues en el mismo dictamen, se señala que el demandante inició con el cuadro de la enfermedad obstructiva crónica desde el 2005 y desde el 12/12/2006 requirió de oxígeno domiciliario por lo que se ha deteriorado más su salud y tiene grandes limitaciones para las actividades de la vida diaria, esto aunado a su avanzada edad ya que en la actualidad tiene 82 años de edad, lo cual no le permite incorporarse al mercado laboral, por lo que se evidencia que la falta de la pensión afectaría directamente su mínimo vital, ya que no se encuentra en capacidad para procurarse unos ingresos que le permitan subsistir en forma digna.

- iii) Deben valorarse como razonables los argumentos que proponga el accionante para justificar su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigentes al momento de la estructuración de la invalidez

En cuanto este requisito, se tiene que al concatenar la historia laboral del actor con la descripción que se hace en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, se puede determinar que el señor JORGE MOSQUERA no pudo cotizar las semanas exigidas en la Ley 860 de 2003, esto es, las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, que serían entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, pues según la historia laboral en este lapso comenzó a presentar cotizaciones en forma interrumpida y según lo que se describe en el aludido dictamen que fue realizado en el año 2010, el señor MOSQUERA MOSQUERA desde el año 2005 comenzó a padecer la enfermedad obstructiva crónica, lo que le impidió reincorporarse al mercado laboral, pues para esa fecha incluso ya superaba los 60 años de edad, lo que se tradujo en que para la fecha en que se estructuró su invalidez no se encontraba cotizando y tampoco lo había hecho en los 3 años anteriores.

- iv) Debe comprobarse una actuación diligente del accionante para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Finalmente, también se acreditó que el demandante tuvo una actuación diligente al solicitar la pensión de invalidez a COLPENSIONES, pues si bien es cierto que este fue calificado desde el año 2010, es claro que no reunía los requisitos para pensionarse conforme la norma vigente a la fecha de estructuración de la invalidez y para esa fecha las Altas Cortes no se habían pronunciado frente a la posibilidad de aplicar la condición más beneficiosa haciendo un salto normativo de la Ley 860 de 2003 al Decreto 758 de 1990, lo cual solo se hizo con posterioridad a las sentencias SU-442 de 2006 y 556

de 2009, lo que justifica porque el actor tan solo pidió la pensión de invalidez a Colpensiones el 7 de noviembre de 2018, según se observa en la Resolución SUB 326598 de 2018.

Por tanto, concluye la Sala que el señor JORGE MOSQUERA MOSQUERA supera el test de vulnerabilidad de la SU-556 de 2019 y que por tanto frente a esta es dable reconocer la pensión de invalidez en aplicación del principio de la condición más beneficiosa acudiendo a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990 a pesar de que la prestación se causó en vigencia de la Ley 860 de 2003, pues además se cumplen los requisitos establecidos en el aludido Decreto toda vez que el demandante cotizó en vigencia del mismo, esto es, antes del 1º de abril de 1994, un total de **307** semanas, , por lo que tiene derecho a que se aplique la condición más beneficiosa y se reconozca su pensión conforme el artículo 6º del Decreto 758 de 1990, como de forma acertada lo analizó el a quo, por lo que se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia en este punto.

Así mismo, fue acertada la decisión de la a quo de reconocer la prestación a partir del 7 de noviembre de 2015, es decir, 3 años antes de la reclamación efectuada a la entidad (fl 44), dado que las mesadas causadas con anterioridad se encuentran prescritas.

De otro lado, revisados los cálculos efectuados en primera instancia, esta Magistratura encuentra que los mismos se ajustan a derecho, así:

Año	# mesadas	Valor pensión (mínimo)	Total Retroactivo (mínimo)
2015	2 y 23 días	\$ 644.350	\$ 1.782.702
2016	14	\$ 689.454	\$ 9.652.356
2017	14	\$ 737.717	\$ 10.328.038
2018	14	\$ 781.242	\$ 10.937.388
2019	14	\$ 828.116	\$ 11.593.624
2020	14	\$ 877.803	\$ 12.289.242
2021	12	\$ 908.526	\$ 10.902.312
TOTAL			\$ 67.485.662

Así mismo es ajustada a derecho la decisión de la a quo de autorizar que de dicho retroactivo se realice el descuento del porcentaje correspondiente al aporte en salud.

Ahora en cuanto al otro argumento aducido por la entidad para negar la pensión de que como el dictamen de pérdida de capacidad laboral del demandante tenía más de 3 años de haber sido expedido el mismo perdía su vigencia.

Empero de la lectura del artículo 44 de la Ley 100 de 1993, norma en la cual se sustenta la entidad, no se deriva tal consecuencia, pues en esta lo que se indica es el estado de invalidez puede revisarse una vez ya este reconocida la pensión de invalidez, y podrá hacerse a solicitud de la entidad cada 3 años con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para otorgar la

pensión para poder extinguirla, disminuirlo o aumentarla o a solicitud o a solicitud del pensionado en cualquier tiempo. La norma citada es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 44. Revisión de las Pensiones de Invalidez. El estado de invalidez podrá revisarse:

a) Por solicitud de la entidad de previsión o seguridad social correspondiente cada tres (3) años, con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión que disfruta su beneficiario y proceder a la extinción, disminución o aumento de la misma, si a ello hubiere lugar.

Este nuevo dictamen se sujeta a las reglas de los artículos anteriores.

El pensionado tendrá un plazo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de dicha solicitud, para someterse a la respectiva revisión del estado de invalidez. Salvo casos de fuerza mayor, si el pensionado no se presenta o impide dicha revisión dentro de dicho plazo, se suspenderá el pago de la pensión. Transcurridos doce (12) meses contados desde la misma fecha sin que el pensionado se presente o permita el examen, la respectiva pensión prescribirá.

Para readquirir el derecho en forma posterior, el afiliado que alegue permanecer inválido deberá someterse a un nuevo dictamen. Los gastos de este nuevo dictamen serán pagados por el afiliado;

b) Por solicitud del pensionado en cualquier tiempo y a su costa.”

Lo anterior significa, que no es cierto que el dictamen de pérdida de capacidad laboral pierda validez cada 3 años, pues no existe una disposición legal que así lo determine, sino que una vez reconocida la pensión con base en un dictamen que determinó que el afiliado tenía una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, la entidad pagadora pueda cada 3 años, revisar el dictamen con el fin de determinar si la capacidad laboral del pensionado ha variado con el fin de que la pensión se extinga o se modifique en su monto.

Por tanto, el argumento esgrimido por Colpensiones resulta desproporcionado y caprichoso, pues si bien es cierto que el estado de salud es cambiante y pueden existir casos donde la persona tenga una mejoría en el mismo y logre una posible recuperación, las entidades encargadas del reconocimiento y pago de la pensión no pueden extralimitarse en la exigencia de requisitos adicionales a los contemplados en la ley, entre ellos, dictámenes de pérdida de capacidad laboral “actualizados”, mucho menos cuando se trata de enfermedades crónicas, progresivas e incurables, pues para tal efecto goza de plena validez la calificación en firme realizada por una entidad competente. Así lo analizó la Corte Constitucional en sentencia T-501 de 2019 cuando dijo:

*(...) Asimismo, la Corte ha señalado que las entidades administradoras de pensiones no están autorizadas para exigir al solicitante de una sustitución pensional que acredite el estado de invalidez mediante **dictámenes de pérdida de capacidad laboral “actualizados” —mucho menos cuando se trata de enfermedades crónicas, progresivas e incurables—, pues para tal efecto goza de plena validez la calificación en firme realizada por una entidad competente**, y —se insiste— la revisión periódica de la invalidez está condicionada, por mandato legal, al hecho de que previamente se haya otorgado la pensión.*

“Es preciso hacer una aclaración respecto del segundo requisito exigido para acceder a la sustitución pensional, es decir, comprobar el estado de invalidez. Tanto en la ley como en la jurisprudencia de esta Corporación, se ha sostenido que para acreditar dicha circunstancia es suficiente allegar a la solicitud un dictamen de calificación de PCL, realizado por alguna de las entidades competentes para ello. Para que dicho documento sea prueba válida y suficiente de la invalidez se requiere que se encuentre en firme y que se acompañe de la constancia de ejecutoria.

*En este mismo sentido, esta Sala estima que las entidades encargadas de reconocer y pagar una sustitución pensional no pueden exigirle al posible beneficiario, que padezca de una enfermedad crónica, progresiva e incurable, que para efectos de acceder a dicha prestación económica tenga que allegar un dictamen “actualizado”, es decir, que haya sido realizado dentro de los tres años anteriores a la fecha en que se realiza la solicitud (interpretación sostenida por la entidad accionada, la cual contiene un requisito que ha venido siendo exigido por parte de la misma, que involucra una carga innecesaria); pues **aquella exigencia no ha sido prevista en la ley ni mucho menos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional**. En efecto, el artículo 44 de la Ley 100 de 1993 únicamente permite la revisión del dictamen con posterioridad al reconocimiento de la pensión, caso en el cual la entidad correspondiente, en este caso el FONCEP, podría solicitar una nueva valoración cada tres años para verificar el estado de salud de la beneficiaria, así: ‘cada tres años y por solicitud de la entidad de previsión o seguridad correspondiente, con el fin de verificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión que disfruta su beneficiario y proceder a la extinción, disminución o aumento de la misma, si a ello hubiere lugar(...)’.*

*De ahí que esta Sala pueda afirmar que el FONCEP debió proceder a reconocer la sustitución pensional y, si tenía alguna duda sobre el estado de salud actual de la solicitante, de manera posterior al referido reconocimiento, debió haber pedido directamente la revisión del dictamen realizado el 30 de mayo de 2012, de conformidad con el artículo 44 de la Ley 100 de 1993; esto, en vez de **exigir a la agenciada solicitarlo y costearlo ella directamente y, además, obligarla a aportar el nuevo dictamen en un término no mayor a 30 días calendario como requisito para estudiar su solicitud, so pena de declararla desistida y archivarla; vulnerando así sus derechos fundamentales a la seguridad social, al debido proceso, la dignidad humana, al mínimo vital, la vida y la salud.**”¹*

*Por lo tanto, **es severamente reprochable y violatorio del derecho fundamental al debido proceso que la entidad le imponga a la aquí accionante requisitos y/o condiciones adicionales a los previstos en la ley** para el reconocimiento de la sustitución pensional, habida cuenta de que, de acuerdo con lo sostenido en precedencia, en ninguna norma se contempla que el dictamen de pérdida de capacidad laboral para acceder por primera vez a dicha prestación debe ser “reciente” o expedido dentro de los últimos 3 años.”*

En consecuencia estima la Sala que fue acertada la decisión del a quo de reconocer la pensión pese a que el dictamen tenía una fecha de estructuración superior a 3 años, más aún teniendo en cuenta las condiciones del actor que padece una enfermedad crónica y degenerativa como lo es el EPOC, la cual no se mejora con los años, sino que tiende a empeorar debido a la edad, y siendo una persona de más de 82 años de edad que es oxígeno dependiente desde hace más de 15 años, sin siendo procedente que la entidad una vez reconozca la pensión pueda revisar el estado de invalidez del demandante ya que esta es una potestad que le confiere el artículo 44 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente en relación los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se tiene que al tenor de la referida norma, estos se causan por la simple mora o retardo en el pago de las mesadas pensionales, por lo que inicialmente para su concesión se acudió a un criterio objetivo, al examinar si la prestación se otorgó o no dentro del término estipulado por la ley, sin atender a criterios de buena o mala fe de la entidad, en cuanto se trataba simplemente del resarcimiento económico. Sin embargo, tal posición se fue morigerando a partir de la sentencia con radicado 44454 del 2 de octubre de 2013, dada una nueva integración de la Sala Laboral de la Corte Suprema de

¹ Sentencia T-334 de 2019

Justicia, al considerar que dichos intereses no eran procedentes en aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo dentro de los plazos estipulados, se encuentren justificadas, bien sea porque tenga respaldo normativo o porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en un momento dado le haya dado la jurisprudencia en su función de interpretar las normas.

Bajo este contexto, la Sala examinó el contenido de la resolución expedida por la entidad, encontrando que la negativa en el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes estuvo amparada en la aplicación de la ley sin el alcance dada por la Corte Constitucional en las sentencias referidas dado que el demandante no reunía el requisito de las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, por lo que no es procedente el reconocimiento de los intereses moratorios y en consecuencia se REVOCARÁ la decisión de primera instancia en este punto, absolviendo a COLPENSIONES del reconocimiento de los mismos.

No obstante, el retroactivo reconocido por la entidad deberá ser indexado teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de disfrute de cada mesada y como índice final el vigente a la fecha del pago total de la obligación, aplicando la siguiente fórmula: Indexación = índice final/ índice inicial x capital – capital.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por no haber tenido éxito en el recurso y a favor de la parte actora. En esta instancia se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1.000.000.

4. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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

DECIDE

PRIMERO: CONFIRMA PARCIALMENTE la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor **JORGE MOSQUERA MOSQUERA**, identificado con c.c. 4.861.022 contra **COLPENSIONES**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: REVOCA y **ABSUELVE** de los intereses moratorios.

TERCERO: CONDENA a **COLPENSIONES** a INDEXAR las sumas adeudadas por concepto de retroactivo pensional.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por no haber tenido éxito en el recurso y a favor de la parte actora. En esta instancia se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1.000.000.

Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.

Los magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Demandante: **JORGE MOSQUERA MOSQUERA**
Demandado: **COLPENSIONES**
Radicado No.: **05001-31-05-004-2019-00324-01**
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**
Fecha de la sentencia: **25/11/2022**

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/100> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy **28/11/2022** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario