

EXP. 15760

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION LABORAL

Radicación No. 15760

Acta N° 35

Magistrado Ponente: Dr. FRANCISCO ESCOBAR HENRIQUEZ

Bogotá, D.C. julio veintiséis (26) de dos mil uno (2001).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado de José Melquisedec Bautista Roa contra la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2000 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C. en el juicio seguido por el recurrente contra el Instituto de Seguros Sociales.

#### ANTECEDENTES

Para los fines de la decisión del recurso extraordinario, interesa anotar que el demandante argumentó haber sido afiliado forzoso al ISS, para el cual cotizó las 500 semanas que le daban derecho a la pensión equivalente al 45%, según la Ley 90 de 1946 y que por "presentar secuelas de carácter invalidante" tiene derecho a la pensión de invalidez de origen no profesional, la cual reclamó en subsidio de la de vejez, desde la fecha de causación del derecho en el monto equivalente al promedio de lo devengado en los 2 años anteriores, más los reajustes legales y "la suma adicional de que trata la Ley 4a de 1976, la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario, así como la Ley 100 de 1993", los incrementos por personas a cargo y "los intereses correspondientes", así como los servicios médicos asistenciales.

En especial, respecto a la pensión de invalidez reclamada, transcribió los arts. 62 del Dec. Ley 433 de 1971, 4 y 5 del Dec. 758 de 1990.

El apoderado de la entidad demandada negó los hechos argüidos por el accionante o expuso que no le constaban; expresó total oposición a las pretensiones y a algunas pruebas solicitadas en la demanda.

#### DECISION ACUSADA

Para confirmar el fallo absolutorio proferido por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el Tribunal tuvo en cuenta que el actor estuvo afiliado al ISS según el documento visto a fol. 167, en forma discontinua, siendo la última cotización en febrero de 1994; además, que en septiembre de 1995 se le dictaminó incapacidad permanente total del 60%. También estableció que en diciembre de 1994 se negó la pensión de vejez al accionante y se le reconoció indemnización sustitutiva de \$2.171.400.00, que estimó el juzgador, ajustada al Dec. 758 de 1990, art. 14.

Aludió el sentenciador al art. 39 de la Ley 100 de 1993 para determinar que la pensión de invalidez exige cotizaciones durante 26 semanas en el evento de estar afiliado al régimen, o,

contabilizadas en el año anterior al estado de invalidez, en el caso de estar desafiliado, y que el actor no cumplió tal requisito por lo cual no le asiste el derecho pensional.

## RECURSO DE CASACION

Aspira al quebranto total del fallo acusado, para que en instancia se revoque la sentencia absolutoria del a quo y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda inicial. Con tal finalidad propuso, por la causal primera de casación, 2 cargos dirigidos por vía directa, que no tuvieron réplica.

En el primero acusa infracción directa del art. 6 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Dec. 758 de ese año, en relación con los arts. 13 de la Ley 100 de 1993, 1 del Acuerdo 019 de 1983, aprobado por el Dec. 232 de 1984, 5 del Acuerdo 224 de 1966, 48 y 53 de la C. N, 2, 9, 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, 4 y 5 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Dec. 758 del mismo año, más otras disposiciones que menciona el cargo. Para sustentarlo afirma que el estado de invalidez del demandante fue declarado por el ISS y que el Tribunal negó el derecho por no contar el señor Bautista Roa, con el número de semanas exigidas, pero sin tener en cuenta el hecho cierto e indiscutible que cotizó durante tiempo superior a los 10 años, para todos los riesgos amparados por la entidad de seguridad y que le dan el derecho pensional, puesto que resulta inexplicable e ilógico que con solo 26 semanas pueda acceder al derecho, en tanto que con más de 500, no.

Para sustentar su criterio transcribe parte de la sentencia de esta Sala, radicada con el número 9758 de agosto 13 de 1997. Señala luego que las cotizaciones del actor financian el riesgo pretendido y que la propia Ley 100 de 1993 establece que deben tenerse en cuenta la totalidad de los aportes; previsión que dice es lógica, en tanto, "se trata de un seguro propiamente dicho y por el cual el trabajador ha pagado durante tanto tiempo" y de ahí que no pueda desconocerse el derecho por la simple circunstancia de no estar inscrito en el año anterior a la invalidez.

De otra parte afirma que, con fundamento en la C. P. arts. 48 y 53, era deber legal del sentenciador aplicar el art. 6 del Acuerdo 049 del ISS aprobado mediante el Dec. 758 y no la Ley 100 de 1993 "pues deben aparejarse las normas conducentes en asocio con el total de aportes realizado", y que siendo la seguridad social un derecho irrenunciable y garantizado por el Estado, la ley no podía perjudicar los intereses del afiliado "pretendiendo hacer más favorable el requisito de semanas exigido para que este acceda a una pensión". Adicionalmente explica que la seguridad social se originó como un régimen más favorable al preexistente y que en consecuencia, existe primacía del principio de favorabilidad.

## SE CONSIDERA

Frente al presente caso la mayoría de la Sala estima pertinente rectificar la posición sentada también mayoritariamente en decisiones anteriores, respecto a la situación de quienes habiéndose afiliado y cotizado al ISS por un número de semanas suficiente para obtener en cualquier caso la pensión de invalidez dentro del régimen antecedente a la Ley 100 de 1993, esto es, un mínimo de 300 semanas en cualquier época anterior al estado de invalidez (Acuerdo 049 de 190, artículo 12), se desafilian y quedan inválidos con posterioridad a la vigencia de la citada ley.

En efecto, la Sala en el asunto que le fue sometido a su conocimiento bajo radicación 13986 estimó aplicable para esta hipótesis el artículo 39 b de la Ley 100 de 1993, lo cual impidió a un inválido con más de 1000 semanas de cotización al ISS acceder a la pensión que reclamaba.

Fuera de la ostensible inequidad de la solución dada, la Sala encuentra claras razones jurídicas

para revisar este enfoque: en primer término debe recordarse que la Seguridad Social es un derecho constitucional y no un simple seguro privado que se toma y se rige por la respectiva póliza, cuyo amparo normalmente se restringe a la vida jurídica de ésta. De otra parte si bien no es posible aceptar que pueda adquirirse el derecho a una pensión por invalidez sin que ésta ocurra, es claro que el afiliado a la seguridad social tiene la posibilidad de consolidar situaciones jurídicas reconocidas por el respectivo régimen, como en el caso bajo examen en que el demandante superó los requisitos máximos de cotizaciones exigidos para obtener una eventual pensión de invalidez.

Igualmente, *mutatis mutandi*, son argumentos válidos para el caso, los que ha expresado la Corte a propósito de la pensión de sobrevivientes en los siguientes términos:

**"Uno de los objetivos de la ley 100 de 1993, en desarrollo del principio constitucional de garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social –art. 48-, y en aras de lograr una mayor cobertura de beneficiarios frente a la más grave calamidad que puede sufrir el ser humano (la muerte), consistió en disminuir los requisitos prescritos en los reglamentos para que los integrantes del grupo familiar afectado con las traumáticas consecuencias económicas que ella genera no quedaran desamparados.**

**"De otra parte, el artículo 13 de la ley 100 de 1.993 al referirse a las características del sistema general de pensiones, garantizó la eficacia de las cotizaciones efectuadas con antelación a su vigencia, así:**

**"...f. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquiera caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo del servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.**

**"g. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualquiera de ellas."**

**"Además cabe resaltar que mientras los artículos 6 y 25 del Acuerdo 49 de 1990 señalaron como requisitos de aportes para la pensión de sobrevivientes de origen común reunir 150 semanas de cotización sufragadas en los 6 años anteriores a la muerte o 300 en cualquier tiempo, el nuevo ordenamiento legal de prima media con prestación definida de la ley 100 redujo las semanas a sólo 26 en cualquier tiempo para quienes estuvieran afiliados al momento de la muerte, y para quienes dejaron de cotizar al sistema introdujo la condición de que las mismas 26 hubiesen sido sufragadas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento, por lo que ante tal realidad y en atención al postulado protector propio del derecho del trabajo y de la seguridad social, se actualiza por excelencia en el caso objeto de estudio, el principio de la condición más beneficiosa, contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política.**

**"En consecuencia, sería violatorio de tal postulado y del principio constitucional de la proporcionalidad, entender que dentro del nuevo régimen de la ley 100 - que redujo drásticamente el requisito de intensidad de semanas -, quedaron abolidas las prerrogativas de los derechohabientes originadas por afiliados que durante su vinculación como sujetos activos de la seguridad social habían cumplido todas las cotizaciones exigidas en el reglamento aplicable y antes de entrar a regir la nueva ley se desafilieron del sistema al**

considerar fundadamente que por faltarles únicamente el requisito del fallecimiento sus familiares podrían reclamar la respectiva prestación al momento de su deceso.

"Por lo anterior, la circunstancia de no haber cotizado el causante ninguna semana al ISS, en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, en manera alguna apareja la ineficacia de sus aportes durante más de 20 años (más de 1.200 semanas), porque esa condición más beneficiosa estatuida en el régimen del Acuerdo 049 está amparada por el artículo 53 supralegal y por ende tiene efectos después del 1° de abril de 1.994, para la eficacia del cubrimiento del seguro de invalidez, vejez y muerte, dado que el mínimo de semanas requerido estaba más que satisfecho; es más, era tal la densidad de ellas que superaba las exigidas para la pensión de vejez ( artículo 12 del mismo Acuerdo ).

"Así mismo, no escapa a la Sala que ante una contradicción tan evidente, impone el sentido común el imperio de una solución cimentada en una interpretación y aplicación sistemática de normas y en el espíritu de las mismas, consultando los principios de equidad y proporcionalidad. Y en tal orden de ideas se apartaría de estos postulados la decisión jurisdiccional que sin ningún análisis contextual aplicara al caso el artículo 46 de la ley 100 de 1.993, y so pretexto de haberse producido el deceso a los 3 meses y 23 días de entrar en vigencia el nuevo régimen de seguridad social y de no tener cotizadas el causante 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, se negase a sus derechohabientes la pensión de sobrevivientes, que edificó el afiliado durante más de 20 años, las que le daban derecho a causar no sólo pensión de sobrevivientes sino aun a estructurar el requisito de aportes para la pensión de vejez.

"Si se acogiera tal solución fría y extremadamente exegética se llegaría al absurdo que un mínimo de cotizaciones efectuadas durante solo 6 meses anteriores a la muerte dan más derecho que el esfuerzo de aportes durante toda una vida laboral efectuado por quien cumplió con todos los cánones estatuidos en los reglamentos vigentes durante su condición de afiliado, lo cual no solamente atenta contra los principios más elementales de la seguridad social, sino también contra la lógica y la equidad.

"Por tanto, siendo indiscutible el cumplimiento de todas las cotizaciones estatuidas por el régimen vigente durante la vinculación de SAUL DARIO MESA RODRIGUEZ al seguro de invalidez, vejez y muerte, luego de lo cual se produjo su muerte y ante la presencia de dos sistemas normativos de seguridad social de posible aplicación razonable, a juicio de la Corte, como son el Acuerdo 049 - decreto 0758 de 1.990- y la ley 100 de 1.993, debe inclinarse el juzgador, con arreglo al texto 53 supralegal por la norma de seguridad social vigente al momento de culminación de la afiliación, esto es el primero de los estatutos mencionados, por ser el régimen más favorable a quien en vida cumplió en desarrollo de su labor con el sistema de seguridad social, para su protección y la de su familia.

"Dados los planteamientos que anteceden, ha de concluirse que la sentencia impugnada no incurrió en aplicación indebida de las disposiciones en listadas en la proposición jurídica puesto que los preceptos constitucionales, legales y los principios fundamentales del derecho laboral citados, legitimaron la aplicación de la normatividad de 1990 al caso bajo examen."

Entonces, según lo dicho, tiene razón el recurrente por tanto se casará la decisión acusada que incurrió en el desacierto jurídico anotado.

Para mejor proveer y proceder a la definición que corresponda en instancia, se dispondrá que la Secretaría solicite al ISS, certificación referente a los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el demandante en los diez años anteriores al 11 de septiembre de 1995 y al DANE, la atinente a la variación del índice de precios al consumidor por el mismo período.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 14 de septiembre de 2000 en el juicio promovido por José Melquisedec Bautista Roa contra el Instituto de Seguros Sociales.

Para la decisión de instancia, la Secretaría proceda en la forma señalada en la parte considerativa de esta sentencia.

Sin costas en el recurso extraordinario.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE.

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ

JOSE ROBERTO HERRERA VERGARA

CARLOS ISAAC NADER

LUIS GONZALO TORO CORREA

GERMÁN G. VALDÉS SÁNCHEZ

ISAURA VARGAS DIAZ

FERNANDO VÁSQUEZ BOTERO

JESUS ANTONIO PASTAS PERUGACHE

Secretario

### **SALVAMENTO DE VOTO**

Aunque las circunstancias no son las mismas, como tampoco lo es el derecho reclamado, debido a que la decisión se apoya en la sentencia de Abril 5 de 2001 (Rad. 15449) frente a la cual salvé el voto, debo también hacerlo ahora con los mismos argumentos, pero agregando que no comparto la traslación que se hace a la pensión de invalidez, de unos criterios aplicables según la mayoría a la pensión de sobrevivientes.

Sigo creyendo que con estas decisiones se desconocen los postulados de la Seguridad Social y se le da prevalencia a un interés particular sobre el de la colectividad, que está representado por la necesidad de defender la viabilidad de la misma como sistema general, alcanzable solo en la medida en que se respeten las reglas fijadas para procurar su equilibrio económico. Las normas son para cumplirlas y los requisitos fijados en ellas deben acatarse aunque ello impida consolidar en un individuo una determinada aspiración no configurante de un derecho adquirido.

Además la decisión se apoya en la "condición más beneficiosa" que es un postulado de difícil aplicación por el inmenso contenido de subjetividad que acarrea, pero que adicionalmente está previsto en la Constitución frente al Derecho Laboral, que es una ciencia diferente a la Seguridad Social y que se regula por principios y postulados que no coinciden en su totalidad.

También me preocupa que se desconozcan reglas sobre vigencia de las leyes y sobre la causación de los derechos y que por esa vía, se acuda a la declaración de una prerrogativa con base en unos requisitos hoy inexistentes y se desconozca el incumplimiento de los que en la actualidad rigen.

Por fidelidad a la posición que presenté en el salvamento de voto atrás aludido, pese a que las circunstancias y derechos no son los mismos, procedo a transcribirla:

"En ocasiones anteriores me he separado de la decisión mayoritaria porque las circunstancias fácticas son distintas a las del caso que se resolvió con la sentencia que en este proceso se cita como respaldo de la decisión que ahora se adopta (Rad. 9758 – Agosto 13 de 1997).

"Por cuanto en la presente decisión se presenta la misma situación, para explicar mi posición hasta remitirme a lo que consigné en el salvamento de voto frente a la sentencia dictada en el expediente 11.112. Allí señalé:

"El tema debatido en el proceso corresponde al de la petición de la pensión de sobrevivientes por parte de quienes derivan la misma del fallecimiento dentro de la vigencia de la ley 100 de 1993 de quien es el causante.

"El problema radica en que, por tratarse de la pensión mencionada, particularmente cuando se trata del fallecimiento de un afiliado al sistema (no de un pensionado), la muerte representa el elemento último de causación del derecho y por ello éste se rige por la ley vigente al momento de la ocurrencia de aquélla, por lo que resultan exigibles los requisitos de tal ley, en especial porque para éste derecho no se contempló un régimen de transición que permitiera la subsistencia de los requisitos previstos en la ley anterior para algunas específicas situaciones.

"Por considerar que la ausencia de ese régimen de tránsito genera situaciones que riñen con el equilibrio de un sistema contributivo, pues en algunas situaciones a pesar de haberse alcanzado una densidad de cotizaciones suficiente para lograr el derecho dentro de lo normado en la anterior ley, no se materializa el beneficio por no reunirse un número de cotizaciones suficiente dentro del sistema de la nueva ley, aunque éste sea menos exigente, lo cual entraña una situación paradójica, he llegado a aceptar que el derecho se puede tener por debidamente consolidado en los casos en que el causante superó las mil cotizaciones, por tratarse del requisito más exigente para cualquier clase de pensión, tanto en la ley anterior como en la nueva.

"Como en el presente caso no se cumple con este requisito, no puedo compartir la decisión de la mayoría, la cual se remite a una sentencia dictada por la Sala el 13 de Agosto de 1997, a la cual me sumé pero porque en ese caso si se alcanzaba esa densidad máxima de cotizaciones correspondiente a mil semanas.

"Debo agregar que no comparto que se busque apoyo para la actual sentencia, en una decisión en la que las circunstancias no son idénticas, pues no es lo mismo el caso de quien ha cotizado mil semanas que el de quien no alcanzó ese límite, dado que, como ya lo indiqué, ese tope es el más alto de los señalados, tanto por la ley anterior como por la nueva, para configurar el derecho pensional más exigente que es el de vejez. Incluso, es el requisito que debe haber llenado dentro de la nueva ley el pensionado cuya muerte da lugar también a la pensión de sobrevivientes.

"No descarto que puede admitirse con alguna flexibilidad, la posibilidad de incluir dentro de ese entendimiento amplio, los casos en los que el fallecido hubiera alcanzado una densidad de cotizaciones equivalente a quince años, por encontrar un respaldo en lo preceptuado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pero de momento sigo considerando que es más ajustado a la ley lo anteriormente anotado sobre la densidad máxima de cotizaciones, que por no cumplirse en el presente caso, me obliga de nuevo a apartarme de la decisión mayoritaria."

Fecha ut supra.

**GERMAN G. VALDES SANCHEZ**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Salvamento de Voto

Radicación Nro. 15760

Con el debido respeto salvo el voto en la decisión proferida por la Sala para resolver el presente asunto, ya que sigo participando del criterio que la Corte fijó en la sentencia de agosto 24 de 2000, radicación No. 13986, la que se cita en el fallo del que me separo, y de acuerdo al cual la normatividad aplicable para definir si se tiene derecho a la pensión de invalidez es la vigente al momento de producirse tal estado, e igualmente que para esta prestación no es pertinente acudir a lo que puntualizó la Corporación para la pensión de sobrevivientes, lo que se expuso así:

"En la historia normativa del I.S.S., el riesgo de invalidez, vejez y muerte ha sido objeto de diversas regulaciones. En lo que concierne a este recurso extraordinario, bueno es mencionar los artículos 5° y 6° del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el artículo 1° del decreto 758 del mismo año, y los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993.

"El primero de los señalados ordenamientos exige los siguientes requisitos para acceder a la pensión de invalidez: pérdida al menos del 50% de la capacidad laborativa para desempeñar el oficio en que se haya capacitado el trabajador y constituya su actividad habitual; haber cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha en que se estructure el estado de invalidez, o 300 semanas en cualquier época.

"Los artículos 38 y 39 de la segunda de las preceptivas en cita consagran que para acceder a la prestación motivo de este análisis se requiere: a) Haberse perdido el 50% o más de la capacidad laboral; b) Estar cotizándose al momento de producirse el estado de invalidez y haber sufragado en ese momento por lo menos 26 semanas; c) Que habiendo dejado de cotizar con anterioridad al momento de producirse el estado de invalidez, se hubieren efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas en el año inmediatamente anterior.

"Por su parte, el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que las normas de esa naturaleza, por ser de orden público producen efecto general inmediato, debiéndose aplicar a los contratos de trabajo que estén vigentes en el momento en que dichas normas empiecen a regir, luego teniendo en cuenta que el demandante fue declarado inválido a partir del 18 de marzo de 1997, fecha para la cual las disposiciones de la ley 100 de 1993 ya estaban en plena vigencia, según se infiere de los artículos 151 y 289, hay que convenir con el recurrente que los preceptos aplicables son esos y no los del Acuerdo 049 de 1990 que indebidamente aplicó el Tribunal. Se incurrió, pues, por parte del ad quem en la infracción que le endilga el cargo al apoyar su decisión en disposición distinta a la que regula el asunto, toda vez, que no es el decreto 758 de 1990, aprobatorio de ese acuerdo el que gobierna la situación de autos, porque la invalidez no se estructuró con anterioridad al 1° de abril de 1994; tampoco se previó un régimen de transición en la ley 100 respecto a esta prestación, y, es inadmisibles aplicar el principio de la condición más beneficiosa al trabajador, en razón a que no existe duda sobre la preceptiva que debe aplicarse.

"Es que la circunstancia de que el legislador consagre regímenes de transición cada vez que modifica la normatividad que regula las pensiones de jubilación o vejez, constituye

reconocimiento de la situación en que se encuentra el trabajador frente a ese derecho en ciernes. Amén de que el estado de invalidez no priva a la persona de la posibilidad de llegar a la edad requerida para acceder a la pensión de vejez, y si ha sufragado las cotizaciones necesarias para ello su fallecimiento prematuro ni siquiera afecta el derecho que puedan tener sus beneficiarios.

"Asimismo, importa para el caso resaltar, tal como lo recuerda el recurrente, que no es dable asimilar la pensión de invalidez a la pensión de sobrevivientes para efectos de tener en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas por el afiliado, ya que siendo prestaciones sustancialmente diferentes el legislador no le dio a ambas igual tratamiento normativo. De manera que lo que es obligatorio respecto a la segunda no puede predicarse de la primera. Así está dicho en sentencia de 19 de enero de 2000, que ratifica lo expresado, por esta misma Sala, en providencia de 17 de abril de 1997".

De otra parte, debo agregar que la solución de la que participo no desconoce lo que dispone los parágrafos "F" y "G" del artículo 13 de la ley 100 de 1993 ni el parágrafo del artículo 39 ibídem, pues las cotizaciones anteriores deben tenerse en cuenta para efectos de establecer si se reúne el número que exige esta última norma para tener derecho a la pensión de invalidez; advirtiendo que para el caso del cotizante que regula el literal "a" del citado artículo 39, no existe la limitación en el tiempo que contiene el literal "b".

Además, tratándose de la pensión de vejez y jubilación también hay que tener en cuenta que la normatividad que la regula, desde antes de la ley 100, disponía que cuando se tuviera el número de cotizaciones mínimas o el tiempo de servicio requerido, se tenía el derecho a ellas al llegar a la edad así la persona se retirara del servicio o dejara de cotizar, y por esa misma razón si está fallecía antes de cumplir la edad surgía el derecho a la pensión de sobrevivientes; situación por la cual no puede afirmarse que en esos casos existía una simple expectativa. Circunstancia que no es predicable respecto a la pensión de invalidez, en la cual la posibilidad de que se presente el riesgo, así se tenga las cotizaciones, no configura un derecho adquirido y, por ende, al ser una simple expectativa no puede protegerse a través de la figura de la condición más beneficiosa.

FERNANDO VÁSQUEZ BOTERO

Salvamento de Voto del

Magistrado Carlos Isaac Nader

Radicación No.15760

Me permito con el mayor respeto separarme de la decisión mayoritaria por lo siguiente:

1. A mi juicio, no son de recibo en un caso como éste, tomar en consideración las razones que por la mayoría se han dado frente al tema de la pensión de sobrevivientes en tanto se trata de una prestación totalmente diferente. Así se entendió, desde la discusión original, para lo cual basta consultar la sentencia del 24 de agosto de 2000, radicación 13986, donde se resolvió un caso igual al presente.
2. No hay ninguna discrepancia, respecto que el demandante estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales y que dejó de cotizar, en febrero de 1994. Asimismo, que la incapacidad le sobrevino con posterioridad, pues se la dictaminaron en septiembre de 1995, esto es, ya desafiado.

3. De acuerdo con esos hechos no discutidos, no hay duda, como lo entendieron los Juzgadores de instancia y lo reconoce la propia Corte, que la norma aplicable es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que en los supuestos a) y b), impone como requisito para obtener la pensión de invalidez, para el cotizante activo, "veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez", y para quien hubiese dejado de cotizar al sistema, igualmente, aportes durante por lo menos "veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez".

En ese orden de ideas, no entiendo cómo puede dejarse de aplicar la norma vigente, con el fundamental criterio, de que ello encierra una "ostensible inequidad" dado que "la Seguridad Social es un derecho constitucional y no un simple seguro privado que se toma y se rige por la respectiva póliza", y porque además, "el afiliado a la seguridad social tiene posibilidad de consolidar situaciones jurídicas reconocidas por el respectivo régimen...". Y digo que no lo entiendo, porque encuentro perfectamente posible, frente a derechos que no tienen la connotación de adquiridos, que la nueva ley, como aquí sucede, cercene meras expectativas o simples esperanzas, de quien no es titular, en este caso, de la pensión de invalidez.

4. Si el demandante no estaba en ninguna de las hipótesis del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, considero que no debió casarse la sentencia, en tanto los Juzgadores de instancia no hicieron nada distinto que aplicar la Ley, a cuyo imperio se encuentran sometidos, tal cuál lo establece el artículo 230 de la Constitución Política.

Puede resultar injusto, humanamente injusto absolver a la demandada en una situación como la que relatan los autos. Mas no se pueden desconocer las normas sustantivas, con fundamento en que éstas son inconvenientes o injustas. De allí que aun cuando soy el primero en reconocer que la solución que trajo la Ley 100, frente a casos como el que nos ocupa, puede ser criticable, y por ello respetable el criterio de la mayoría, estimo que tales razones sirven exclusivamente para proponer una reforma de la Ley (lege ferenda), pero no son pertinentes para sustentar en ellas una decisión judicial cuyo único apoyo, en nuestro sistema jurídico, debe ser la lege data.

Respetuosamente consigno así mi discrepancia.

Fecha ut supra.

CARLOS ISAAC NADER



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

