

Casación Rad. N° 35455

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Magistrado Ponente EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

Referencia: Expediente N° 35455

Acta N° 05

Bogotá, D. C., diez (10) de febrero de dos mil nueve (2009).

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado judicial del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, contra la sentencia de 7 de diciembre de 2007, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por WILSON DE JESÚS TORRES OSPINA contra la entidad recurrente.

#### I.- ANTECEDENTES.-

1.- WILSON DE JESÚS TORRES OSPINA demandó a la citada entidad de seguridad social, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez de origen común. Pidió además, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como apoyo de su pedimento indicó que cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte como trabajador de diferentes empresas; solicitó la prestación por invalidez al I.S.S. sin que haya recibido respuesta alguna. (Fls. 2 a 5).

2.- La demanda se tuvo por no contestada por el Instituto demandado, por haber presentado el escrito respectivo en forma extemporánea (fl. 56).

3.- Mediante fallo de 15 de septiembre de 2006, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, absolvió al Instituto de Seguros Sociales de todos los cargos (fls. 125 a 126 vto.).

#### II.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL.-

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, revocó el fallo del Juzgado y condenó al I.S.S. a pagar la pensión de invalidez de origen común deprecada, a partir del 23 de agosto de 2005, en cuantía no inferior al salario mínimo legal, más los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde la fecha de esa sentencia.

En lo que interesa al recurso extraordinario encontró demostrado el Sentenciador de segundo grado que de conformidad con el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el actor tiene una pérdida de capacidad laboral de 50,04% estructurada el 23 de agosto de 2005; que la invalidez es de origen común. Así mismo, que según la Historia Laboral cotizó al Instituto

entre 1974 y el 31 de diciembre de 1994, 861,8571 semanas, y con posterioridad a esa fecha, 121 semanas más.

Sostuvo el Juzgador Ad quem que en este caso habida cuenta de que el actor tenía cotizadas al seguro social a 1° de abril de 1994, más de 700 semanas, se aplicaba el principio de la condición más beneficiosa, pues “es jurisprudencia pacífica nacional que las personas que hayan demostrado tener más de 300 semanas cotizadas con anterioridad al 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de seguridad social integral, se entiende que cumplieron con lo exigido por la normatividad anterior y por ello le es aplicable el decreto 758 de 1990”.

Transcribe a continuación apartes de la sentencia de esta Sala de 5 de julio de 2005, rad. N° 24280, que dice reiterada en sentencia de 26 de los mismos mes y año, rad. N° 23414.

### III.- RECURSO DE CASACIÓN.-

Inconforme con el fallo anterior, la parte demandada interpuso recurso extraordinario, el cual concedido por el Tribunal y admitido por esta Sala, se procede a resolver previo estudio de la demanda de casación y su réplica.

Pretende el recurrente la casación total de la sentencia acusada y que la Corte en sede de instancia confirme la de primer grado.

Con tal fin propuso dos cargos, así:

**CARGO PRIMERO.-** Acusa la sentencia por vía directa “en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 6 y 25 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de ese mismo año; 141 de la ley 100 de 1993 y 53 de la Constitución Política, violación que llevó a la falta de aplicación del 39 de la ley 100 de 1993 y 1° de la ley 860 de 2003, en relación con el 16 del C.S.T. y 11 de la ley 100 de 1993”.

En el desarrollo el censor muestra inconformidad con la aplicación que se hace en la sentencia del principio de la condición más beneficiosa, porque estima que en ese caso es absolutamente improcedente habiendo sido hoy revaluado dicho criterio, y trae a colación la sentencia de esta Sala de 17 de junio de 2008, rad. N° 32681, la cual cita en su integridad.

Afirma que “La línea jurisprudencial que precede, deja ver con suma claridad que no importa cuantas semanas haya cotizado con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993; pues lo que en verdad interesa, es que se aplique la normatividad vigente a la fecha de la estructuración de la invalidez, que para el caso de autos, sería el artículo 1 de la ley 860 de 2003, y como ello debe ser así, imperioso resulta concluir que el ad quem, aplica indebidamente el principio de la 'condición más beneficiosa' previsto por el artículo 53 de la Constitución Política; o lo que es igual, el tribunal bajo ninguna óptica puede revivirse su aplicación (sic), so pretexto de dar prevalencia a una condición más favorable, pues le es imperioso aplicar la que está en pleno vigor cuando se estructura la invalidez”.

El cargo segundo es similar al anterior con la diferencia que se estructura en la modalidad de interpretación errónea de los artículos 53 de la Constitución Política, 6° y 25 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año. Se sustenta con los mismos argumentos.

La oposición contestó las dos acusaciones y manifestó que la Corte debe mantener la línea jurisprudencial para no incurrir en vulneración del principio de igualdad ante la ley y la seguridad social, y la confianza legítima. En aplicación incluso del principio de progresividad que inspira el sistema, se debe mantener la condena a la pensión de invalidez.

#### IV.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

1.- La Sala procederá al estudio conjunto de los dos cargos que se elevan contra el fallo del Tribunal, puesto que se orientan por la vía directa, acusan similar elenco normativo y pretenden idéntico objetivo, esto es el quebrantamiento del fallo de segundo grado por no haber aplicado el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 y en su lugar, dar cabida a las preceptivas del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

2.- Dada la orientación jurídica de las acusaciones, se dan por admitidos los siguientes supuestos fácticos establecidos en el fallo de segundo grado:

a) Que el actor presenta una pérdida de capacidad laboral del 50,04%, por enfermedad de origen común.

b) La fecha de estructuración del estado de invalidez, es 23 de agosto de 2005.

c) Que el afectado no cotizó semana alguna en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, y aportó hasta septiembre de 2001; estas constataciones se hicieron en el fallo del Juzgado y no fueron objeto de inconformidad por el demandante en la apelación, por lo que son supuestos admitidos por el Tribunal cuando sostuvo que su competencia estaba dada por los puntos objeto de apelación, “entendiendo que las partes quedaron conformes con lo resuelto de más en la primera instancia”.

3.- Se ha de advertir que tal como lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corte, el derecho a la pensión de invalidez debe ser dirimido a la luz de la normatividad vigente al momento en que se estructura tal estado; para el sub lite dado que la invalidez fue declarada a partir del 23 de agosto de 2005, es el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 que exige como requisitos para conceder la prestación por ese riesgo además de un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, por ser un evento de invalidez causada por enfermedad común, “Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez”.

En este caso el actor no cumple las exigencias de la normatividad que le es aplicable porque tal como se dio por establecido en el proceso, no cotizó semana alguna en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, por lo que no le asiste el derecho a la pensión deprecada.

4.- El Juzgador Ad quem no obstante que constató que el actor no tenía satisfechas las exigencias normativas de la ley vigente en su caso, concedió la prestación con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, acudiendo al principio de la condición más beneficiosa que según sostuvo era de recibo, puesto que con anterioridad al 1° de abril de

1994 fecha en que entró en vigor el sistema general de pensiones, el demandante sufragó más de 700 semanas.

Aunque es cierto que el demandante en vigencia del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, cotizó al I.S.S. ese número de semanas, no resulta procedente el principio de la condición más beneficiosa frente a esta normativa, entre otras razones, por no ser el régimen inmediatamente anterior a aquél vigente para la época de estructuración de la invalidez, que lo era el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original.

Para ilustrar este criterio conviene referirse a lo expuesto por la Corte en sentencia de 27 de agosto de 2008, rad. N° 33185, donde afirmó:

“Pues bien, conforme a la aplicación de la ley en el tiempo, que también ha de observarse en asuntos de seguridad social, una norma que modifica los requisitos que establecía la disposición que le antecedió para adquirir un determinado derecho pensional, gobierna los hechos que acontezcan a su amparo, ello mientras no sea derogada y no afecte derechos adquiridos o situaciones jurídicas debidamente consolidadas bajo el imperio de la ley anterior.

“La citada Ley 860 del 26 de diciembre 2003 que señaló nuevos condicionamientos para obtener la pensión de invalidez, fue publicada en el Diario oficial No. 45.415 del 29 de diciembre de igual año, y según su artículo 5° entró a regir a partir de su promulgación, y por consiguiente no cabe duda que para la fecha de estructuración indiscutida de la invalidez del demandante que se produjo el 14 de enero de 2004, ya se encontraba en pleno vigor, lo que trae consigo, que como lo concluyó el Tribunal, es con base en ese mandato legal que se deberá definir el surgimiento del derecho a la pensión de invalidez reclamada.

“En resumen, quien estructure su invalidez dentro de la vigencia del artículo 1° de la Ley 860 del 26 de diciembre de 2003, que como se dijo es de aplicación inmediata a partir de su promulgación, está obligado a observar sus requisitos, y en el caso particular del demandante, se tiene que aquél no reunió la totalidad de las exigencias allí establecidas, por no contar con el de la fidelidad al sistema, y en consecuencia no hay lugar al otorgamiento de la pensión implorada.

“... esta Corporación en sentencia reciente del 17 de junio de 2008 radicado 32681, en la que se dejó sentado que en asuntos donde la norma que regula la situación pensional resulta ser el **artículo 1° de la Ley 860 de 2003**, por haber ocurrido la estructuración de la invalidez luego de su entrada en vigor, haciéndose hincapié en que es con esta normatividad y no con otra que se debe definir la procedencia de la pensión de invalidez, oportunidad en la cual se puntualizó:

'(...) En este orden de ideas, no hay reproche alguno en que: (i) la última cotización que realizó la actora al Instituto de Seguros Sociales fue en diciembre de 1990; (ii) con posterioridad no efectuó aporte alguno; (iii) la fecha de estructuración de la invalidez fue el 9 de febrero de 2005, al perder el 55.06% de la capacidad para laborar; y (iv) hasta diciembre de 1990, cotizó 313.7143 semanas.

Pues bien, el eje central de la discusión radica en determinar cuál es la norma que gobierna el asunto sometido a escrutinio de esta Sala, habida consideración que para el Tribunal es el artículo 6° del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en tanto, para el recurrente lo es el 39 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 39 de la Ley 100 de 1993 disponía:

<Requisitos para obtener la Pensión de Invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez;

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

PARAGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley>.

Posteriormente, dicho precepto fue modificado por el artículo 11 de la Ley 797 de 2003. Norma declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 1056 de 11 de noviembre de 2003.

Al poco tiempo, el **artículo 1º de la Ley 860 de 2003**, modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, precepto que en la actualidad aún sigue vigente, el cual reza:

<Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.....>.

Realizado el precedente recuento legislativo, en sentir de la Corte la norma que regula el asunto bajo estudio es el **artículo 1º de la Ley 860 de 2003**, toda vez que la estructuración de la invalidez data del 9 de febrero de 2005.

Siendo lo anterior así, como efectivamente lo es, observa la Sala que la actora no demostró los requisitos estatuidos en dicho canon, cuales son el haber cotizado <cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración> y la fidelidad para con el sistema de <al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez>.

Ahora bien, de aplicarse lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, encuentra la Corporación que la promotora del proceso tampoco demostró el supuesto fáctico allí establecido, esto es el <Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez>.

Aquí se impone recordar la insoslayable circunstancia de que el último aporte que realizó la actora fue en diciembre de 1990, es decir, en vigencia del actual sistema general de pensiones no ha sufragado cotización alguna.

Puestas así las cosas, el Tribunal incurrió en los yerros jurídicos que le enrostra el cargo, al haber

solucionado el conflicto por las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, el que había sido derogado por la Ley 100 de 1993 y al no reunir las exigencias del número de cotizaciones ni por ésta la ley como tampoco por la **Ley 860 de 2003**, habrá de casarse la sentencia, sin que en sede de instancia se requieran de argumentos adicionales a los expuestos en la esfera casacional”.

5.- Ahora bien, para responder a la argumentación del opositor sobre el principio de progresividad en materia de seguridad social, resulta oportuno recordar las enseñanzas de la Sala plasmadas en sentencia de 2 de septiembre de 2008, rad. N° 32765:

“... no desconoce la Sala la obligación de progresividad con que el Estado debe ofrecer la cobertura en la seguridad social, la cual como ya lo ha dilucidado la jurisprudencia constitucional, no es un principio absoluto sino que debe estar sujeto a las posibilidades que el sistema tenga de seguir ofreciendo unas prestaciones sin que se afecte la sostenibilidad financiera del sistema.

“El juicio de progresividad comparando lo que ofrece la legislación nueva respecto a la anterior, no puede responder a una mera racionalidad del interés individual que se examina, sino que en correspondencia con la naturaleza de la seguridad social, debe atender la dimensión colectiva de los derechos tanto de los que se reclaman hoy como de los que se deben ofrecer mañana.

“Según señalan los convenios internacionales que fundan la seguridad social, ésta debe entenderse como una economía del bienestar justa que comprenda a las generaciones presentes, pasadas y futuras. A manera de ilustración, el numeral 3° del artículo 12 del Código Iberoamericano de Seguridad Social aprobado por la Ley 516 de 1999 establece que '3. Los Estados ratificantes recomiendan una política de racionalización financiera de la Seguridad Social basada en la conexión lógica entre las diferentes funciones protectoras de ésta, la extensión de la solidaridad según sus destinatarios, y la naturaleza compensatoria o sustitutiva de rentas de sus prestaciones, que guarde la debida concordancia con las capacidades económicas del marco en que debe operar y basada en el adecuado equilibrio entre ingresos y gastos y la correspondencia, en términos globales, entre la capacidad de financiación y la protección otorgada'.

“La deliberada voluntad del legislador en las reformas introducidas al sistema pensional con las leyes 797 y 860 de 2003, propenden a asegurar un equilibrio financiero, de manera que los niveles de protección que hoy se ofrezcan, se puedan mantener a largo plazo”.

6.- No sobra advertir que en el sub lite el demandante tampoco puede acceder a la pensión de invalidez, con apoyo en el párrafo segundo del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 860 de 2003, porque éste exige cotizaciones por 25 semanas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez, las que no cumple el actor.

7.- Por último, se ha de señalar que lo que aquí se decide no obsta para que el demandante dada la alta densidad de cotizaciones que presenta, si estima que ha cumplido con los requisitos para una eventual pensión de vejez, pueda acudir al I.S.S. a reclamarla de conformidad con las reglas que rigen esa prestación.

Por lo anterior, las acusaciones prosperan y el fallo del Tribunal será casado en su integridad.

En sede de instancia, son suficientes los argumentos esbozados en casación para confirmar la

sentencia del Juzgado que absolvió al Instituto demandado de todos los cargos.

Sin costas en el recurso extraordinario dada su prosperidad. Las de la segunda instancia a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de siete (7) de diciembre de dos mil siete (2007), proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso promovido por WILSON DE JESÚS TORRES OSPINA contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. En sede de instancia CONFIRMA el fallo de 15 de septiembre de 2006, del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín que absolvió al Instituto demandado de todos los cargos.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal.

Eduardo López Villegas

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGO

ISAURA VARGAS DÍAZ

marÍA ISMENIA GARCÍA MENDOZA

Secretaria



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

