

Casación Rad. N° 32765

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Magistrado Ponente EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

Referencia: Expediente N° 32765

Acta N° 54

Bogotá, D. C., dos (2) de septiembre de dos mil ocho (2008).

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado judicial del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, contra la sentencia de 1° de junio de 2007, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira dentro del proceso ordinario laboral adelantado por ALBERTO EMILIO HENAO MÁRQUEZ contra la entidad recurrente.

#### I.- ANTECEDENTES.-

1.- ALBERTO EMILIO HENAO MÁRQUEZ 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, a partir del 5 de febrero de 2005 fecha de estructuración de ese estado. Pidió además, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como apoyo de su pedimento indicó que nació el 3 de mayo de 1950, por lo que contaba 40 años de edad el 1° de abril de 1994, cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993. Fue evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez Regional de Risaralda con pérdida de capacidad laboral de 61.50% por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración 5 de febrero de 2005.

2.- En la contestación de la demanda la entidad convocada a proceso aceptó unos hechos y negó otros; se opuso a las pretensiones y adujo en su defensa que el actor no cumplía el requisito de fidelidad al sistema previsto en la Ley 860 de 2003, de 20% de cotizaciones del tiempo corrido entre los 20 años de edad y la primera calificación del estado de invalidez. Su fidelidad en ese periodo fue de sólo 17.54%. Por último propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica.

3.- Mediante fallo de 11 de abril de 2007, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, condenó al Instituto de Seguros Sociales a reconocer y pagar al actor la pensión de invalidez a partir del 5 de febrero de 2005, más los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

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

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, confirmó el fallo del Juzgado en su integridad.

En lo que interesa al recurso extraordinario estimó el Sentenciador de segundo grado que rectifica “el criterio que fue expuesto en la providencia de 20 de mayo de 2005, Acta 060 para regresar a un anterior modo de pensar que venía sosteniendo en aras de seguir propugnando por una adecuada administración de justicia y la unidad jurisprudencial que dé seguridad jurídica a los administrados, acogiendo en nuevo criterio mayoritario esbozado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias que se citaron anteriormente y como se hizo constar en las sentencias de octubre 14 de 2005 ... en aplicación de la condición más beneficiosa que está enclavada en el artículo 53 de la Carta Política que entra a convencer más que aquellas consideraciones en el sentido de que no hay establecido régimen de transición para pensiones de invalidez.

“De suerte que podemos afirmar que el actor Alberto Emilio Henao Márquez se encuentra declarado inválido según el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez en un 61,50%, misma que se estructuró el 5 de febrero de 2005 y que, si bien no cumple con el presupuesto de semanas cotizadas de que trata el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que modificó el 30 de la Ley 100 de 1993, esto es, 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, ni el 20% de fidelidad entre la fecha en que cumplió 20 años de edad –nació el 3 de mayo de 1950 (fl. 8)- y la de la primera calificación del estado invalidante, sí cumple los presupuestos de la norma anterior, esto es, el original artículo 39 de la Ley 100 de 1993, sin la reforma que le introdujera el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, porque tal disposición fue declarada inexecutable por sentencia C-1056 de 11 de noviembre de la Corte Constitucional.

“... ”

“Según el reporte de cotizaciones el actor Henao Márquez cotizó hasta febrero de 2006 (fls. 17 a 19). El estado de invalidez se estructuró el 5 de febrero de 2005, o sea que si dejó de cotizar en febrero de 2006 debió haber cotizado entre febrero de 2004 y febrero de 2005, al menos esas 26 semanas que exige la norma. En ese periodo, según los documentos mencionados, cotizó por 420 días que equivalen a 60 semanas, con lo cual se concluye sin hesitación alguna, que se satisfacen a cabalidad los presupuestos normativos.

“Entonces, sí tiene derecho el actor a que la entidad le reconozca y pague la pensión de invalidez de origen común, en los términos antes indicados, en aplicación de la condición más beneficiosa...”.

### 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 revoque la de primer grado, y en su lugar absuelva al I.S.S. de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Con tal fin propuso dos cargos, así:

**CARGO PRIMERO.-** Acusa la sentencia por vía directa “en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 39 original de la ley 100 de 1993 y 141 de la misma normatividad; 53

de la Constitución Política que llevó a la falta de aplicación del artículo 1° de la ley 860 de 2003”.

En el desarrollo afirma el censor que el Tribunal se equivoca al acudir al principio de la condición más beneficiosa, el cual es para los afiliados que cumplen con los requisitos previstos por la normatividad anterior a la ley 100 de 1993, concretamente a las normas establecidas por el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de ese mismo año, pero no para quien no cumpla las exigencias del artículo 1° de la Ley 860 de 2003. Se aplicó indebidamente el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, porque a la fecha de estructuración de la invalidez ya había sido modificado por la Ley 860, y “bajo ninguna óptica puede revivirse su aplicación, so pretexto de la prevalencia de una condición más favorable”.

El cargo segundo es similar al anterior con la diferencia que se estructura en la modalidad de interpretación errónea del artículo 53 de la Constitución Política, lo que condujo a la aplicación indebida de los artículos 39 y 141 de la Ley 100 de 1993.

La oposición por su parte alega que la condición más beneficiosa de origen suprallegal, no está exclusivamente dedicada a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 como norma anterior a la Ley 100 de 1993, sino que debe apreciarse como la primacía de una norma anterior –sin importar cual- más favorable, sobre una norma vigente que reporta menor beneficio para el afiliado.

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

La Sala procederá al estudio conjunto de los dos cargos que se elevan contra el fallo del Tribunal, en atención a que se orientan por la misma vía la directa, acusan similar elenco normativo y pretenden idéntico objetivo.

1.- Para dar respuesta a la oposición, se ha de anotar que 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.

Por lo demás, no hay lugar a la aplicación de la condición más beneficiosa cuando la persona que se invalida en vigencia del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 no cumple los requisitos previstos en esa normatividad, pero sí las 26 semanas del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original.

En efecto, el principio de la condición más beneficiosa en materia pensional ha tenido extensa aplicación por parte de la jurisprudencia, respecto a aquellas personas que habiendo cumplido con un nivel elevado de cotizaciones antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, (150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez, ó 300 semanas en cualquier época con anterioridad a ese estado) tal como lo determinaba el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990 del I.S.S., no cumplían con las 26 semanas para el momento de la invalidez o de la muerte exigidas por la Ley 100 de 1993, pero en razón a que se consideró que la nueva legislación traía una exigencia menor en número de cotizaciones respecto de la legislación anterior.

Sin embargo, esta no es la situación que surge en el evento de la Ley 860 de 2003 frente al artículo 39 original de la Ley 100 de 1993, por cuanto esta última exigía niveles de densidad de cotizaciones bajos en relación con los más exigentes pretendidos por el legislador en la nueva disposición.

El anterior criterio fue expuesto recientemente por la Corte en sentencia de 27 de agosto de 2008, rad. N° 33185, en los siguientes términos:

“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.

“De otro lado, es de agregar, que conforme lo infirió el Juez Colegiado, en el sub lite no aplica la <condición más beneficiosa>, en virtud de que el actor tampoco cumple con los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, al no tener 26 semanas de cotización en el último año inmediatamente anterior al momento en que se produjo el estado de invalidez, lo

cual está acorde con lo sostenido por 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 párrafos 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 1° 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 1° 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”.

2.- Como en el sub lite son hechos no discutidos que la fecha de estructuración de la invalidez del actor fue el 5 de febrero de 2005 en vigencia del artículo 1° de la Ley 860 de 2003; que aunque cotizó 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, no cumple el requisito de fidelidad con el sistema exigido por esa normatividad “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”, pues en ese lapso el actor alcanzó sólo el 17.54%, resulta evidente, que no cumple con las exigencias establecidas por la normatividad que le es aplicable, para acceder a la prestación por invalidez.

Así las cosas, los cargos prosperan y el fallo del Tribunal será casado en su integridad.

En sede de instancia, son suficientes los argumentos esbozados en casación para revocar la sentencia del Juzgado y absolver al Instituto demandado de todos los cargos elevados en su contra.

Sin costas en el recurso extraordinario dada la prosperidad de los cargos. Las de las instancias 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 primero (1°) de junio de dos mil siete (2007), proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el proceso promovido por ALBERTO EMILIO HENAO MÁRQUEZ contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. En sede de instancia REVOCA el fallo de

11 de abril de 2007 del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira y en su lugar absuelve 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

Luis Javier Osorio López

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

