Radicación Nro.	:	66001-31-05-002-2009-01276-00
Proceso	:	ORDINARIO LABORAL
Demandante	:	HÉCTOR EMILIO DÁVILA VÉLEZ
Demandado	:	INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
Juzgado de Origen	:	Segundo Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda)
Providencia	:	SEGUNDA INSTANCIA
Tema	:	**Normativa aplicable a la pensión de invalidez.** El derecho a la pensión de invalidez se rige por el cuerpo legal que se encuentre vigente al momento de la estructuración del acto incapacitante. Así mismo, se inaplica el requisito de la fidelidad al sistema exigido por el articulo 1° de la Ley 860 de 2.003, en obedecimiento al fallo de inconstitucionalidad de C-428 de 2009, que se contrajo a reafirmar su carácter irregular, por lo que entonces su pronunciamiento tuvo un carácter declarativo que no constitutivo.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PERERIA
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Pereira, diez de diciembre de dos mil diez.
Acta número 156 del 10 de diciembre de 2010.
Hora: 2:00 p.m.

En la fecha y hora señalada la Sala de Decisión Laboral de esta Corporación se constituye en audiencia pública con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, contra la sentencia proferida por la señora Jueza Segunda Laboral del Circuito de Pereira, el 28 de julio del año que avanza, en el Proceso Ordinario Laboral que **HÉCTOR EMILIO DÁVILA VÉLEZ** promueve en contra del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.**

En sesión previa, la Sala discutió y aprobó el proyecto que presentó el Magistrado Ponente, el cual corresponde a la siguiente,

I- **SENTENCIA.**

a. **Lo que se pretende.**

Contando con la asesoría de un profesional del derecho, pretende el actor que se ordene al ISS a que reconozca y pague a su favor, la pensión de invalidez con su correspondiente tasa prestacional, a partir del 18 de marzo de 2008, más los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales.

b. **Fundamentos de hecho.**

Narra el gestor del litigio que nació el día 21 de febrero de 1951, que fue evaluada por Medicina Laboral del ISS, Seccional Quindío, con pérdida de capacidad laboral del 53,3%, enfermedad de origen común, estructurada el 18 de marzo de 2008.

Teniendo en cuenta la anterior calificación, el día 02 de mayo de 2008, presentó ante el Instituto demandado, solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, sin embargo, mediante Resolución Nro. 012759 del 12 de diciembre de ese mismo año, dicha entidad negó la prestación económica deprecada por DÁVILA VÉLEZ, argumentado que éste no satisfacía el requisito de la densidad de semanas cotizadas al sistema, toda vez que sólo acreditaba un 4,55% de fidelidad al sistema.

Frente a la negativa de reconocer y pagar la pensión de invalidez por parte de la entidad rea procesal, refiere el demandante que, lo dejó en una indignidad indeseable e inaceptable en un Estado Social de Derecho, que la Ley 860 de 2003, la cual se encontraba vigente para la fecha de su estado incapacitante, vulnera en gran medida las garantías constitucionales en materia de seguridad social, toda vez que, en el presente caso, se cumplen con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993 texto original.

Además de todo lo anterior, en los hechos de la demanda, se transcriben algunos apartes jurisprudenciales concernientes a la aplicación de una norma anterior a la cual se encuentra vigente al momento de la estructuración de la invalidez o el

deceso –esto último en cuanto a la pensión de sobrevivientes-. En suma, todo lo anterior, para manifestar que si bien es cierto que, al señor DÁVILA VÉLEZ, por la fecha de estructuración de la invalidez -18 de marzo de 2008-, debe aplicársele la Ley 860 de 2003, también lo es que, acudiendo al principio de la favorabilidad, se debe conceder la pensión deprecada, bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, en su texto original.

c. **Contestación de la demanda.**

Dentro del término de traslado, el ISS por medio de apoderado judicial, dio contestación a la demanda por medio de la cual aceptó como ciertos los hechos relativos al natalicio del actor, su pérdida de capacidad, el origen y la fecha de estructuración de la misma y sobre el agotamiento a la reclamación administrativa, frente a los demás hechos manifestó no ser ciertos o no constarle. Se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló como excepciones de mérito las de: inexistencia de la obligación demandada, improcedencia de los intereses de mora, prescripción.

d. **Sentencia apelada.**

Terminado el debate probatorio, la Jueza de primer grado, dictó sentencia por medio de la cual, condenó al Instituto demandado a reconocer y pagar la pensión de invalidez en pro del señor DÁVILA VÉLEZ, agregando además que, mediante Resolución Nro. 6795 de 2009, el ISS acató un fallo de tutela, en la cual se ordenaba reconocer la prestación económica aquí deprecada, de manera transitoria hasta tanto se instaurara la respectiva acción laboral, se indica en el cuerpo de la sentencia que, tal gracia pensional fue reconocida a partir del 1º de julio de 2009. Para condenar al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la Jueza de primer grado sustenta su fallo en que la normativa aplicable al caso de marras, es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 que prevé que para acceder a la deprecada prestación, el

demandante debe cumplir con los requisitos de: ***i)*** perdida de capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 50%, que para el presente caso es de 53.3% con lo que se cumple así con el primero de los requisitos, *ii)* acreditar 50 semanas de cotización dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, observándose por el reporte allegado por la entidad accionada que durante dicho lapso refleja 88 semanas, es decir, más de las semanas exigidas, logrando sobrepasar la densidad de semanas, el cual es el segundo de los requisitos y, *iii)* en relación con la fidelidad al sistema del 20% entre la fecha en que se cumplieron los 20 años de edad y la fecha de la primera calificación, último presupuesto exigido para acceder a la gracia pensional, se observa que el mismo no se cumple por cuanto entre la fecha en que cumplió los veinte años de edad -21 de febrero de 1971-, y la fecha en que se realizó la primera calificación -02 de abril de 2008- solo aparecen reportadas 88 semanas, de las 381,8 que debió haber cotizado conforme a la norma referida, es decir, no cumplió con el último de los requisitos para hacerse acreedor de la deprecada pensión.

Empero, la dispensadora de justicia, accedió a la petición de aplicar la Ley 100 de 1993, en su texto original, con acatamiento de las normas constitucionales y al principio de la condición más beneficiosa, así pues, concedió la pensión de invalidez al señor DÁVILA VÉLEZ, toda vez que éste, al momento de producirse su estado incapacitante -18 de marzo de 2008-, se encontraba activo y cotizando para el sistema de seguridad social en pensionales, por lo que, debía acreditar al momento de producirse su estado de invalidez, 26 semanas cotizadas, las cuales cumplía con creces tal requisito. Así mismo, trajo a colación apartes jurisprudenciales referentes al tema.

En la sentencia impugnada, la Jueza de primer grado, también concedió los intereses moratorios, a partir del 02 de septiembre de 2008, argumentando solo en la parte resolutiva, que dicha condena prospera por cuanto, la entidad de seguridad social, contaba con 4 meses para haber reconocida la pensión.

e. **Apelación.**

La decisión anterior fue objeto del recurso de apelación por parte del vocero judicial de la parte demandada, quien en forma oportuna allegó escrito de sustentación, argumentando que el Instituto demandado no puede reconocer la pensión deprecada por el accionante, por cuanto éste no cumplió con el requisito de Ley, esto es, la fidelidad al sistema, mismo requisito que a pesar de haber sido declarado inexequible no afecta los actos jurídicos consolidados con relación a la sentencia C-428 de 2009, toda vez que dichos fallos son a futuro y no es viable modificar situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la notificación del fallo o publicación del mismo -1º de julio de 2009-. Indica que no es posible darle efectos retroactivos a la sentencia de inexequibilidad, porque ésta no los prevé en su parte resolutiva y considerativa, pues ningún operador jurídico puede otorgar efectos diferentes a las sentencias de la Corte Constitucional. En otro razonamiento, refiere el togado que, si ha de confirmarse la decisión apelada, debe modificarse la fecha a partir de la cual se debe reconocer la pensión de invalidez reconocida, para ser desde el 1º de julio de 2009, toda vez que, en esa calenda fue notificada y publicada la mencionada sentencia de inexequibilidad.

De otra parte, indica que tampoco es aplicable la condición más beneficiosa, tal como lo realizó la Jueza de la instancia precedente, como quiera que la fecha de estructuración de la demanda, tuvo lugar el 18 de marzo de 2008, es decir, cuando se encontraba en plena vigencia la Ley 860 de 2003 y la pensión de invalidez deprecada por el promotor del litigio, se concedió, bajo los parámetros del Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 758 –ambos de 1990-.

Finaliza su apelación, indicando que, los intereses moratorios no prosperan, porque el Instituto demandado, negó la prestación económica solicitada por el señor DÁVILA VÉLEZ, por cuanto éste, no cumplía con los requisitos de Ley, como es la fidelidad al sistema.

Se dispone la Sala a resolver lo que corresponda, con base en las siguientes,

II- **CONSIDERACIONES.**

a. **Competencia.**

Este Juez Colegiado es competente para resolver la apelación presentada por el togado que representa los intereses del Instituto demandado, en virtud de los factores territorial y funcional, de conformidad con los artículos 2, 4, 5 y 15 lit b ord. 3, todos del Compendio Adjetivo Laboral y de la Seguridad Social.

Los denominados por la doctrina presupuestos procesales: juez competente, demanda en forma, capacidad de parte y capacidad para comparecer a juicio- concurren medianamente en esta actuación, no militan, por otra parte, vicios que obliguen a sanearlos o a decretar de oficio la nulidad, en su caso –art. 145 C.P.C-.

b. **Problema jurídico.**

Esta Sala deberá determinar si en el presente asunto, le asiste derecho al actor a percibir la pensión de invalidez y los intereses moratorios a que fue condenado el ISS.

Debe partir esta Colegiatura, para desarrollar el problema jurídico planteado, que la sentencia objeto de inconformidad tuvo como fundamento para conceder la pensión de invalidez deprecada por el señor DÁVILA VÉLEZ, el principio de la condición más beneficiosa y las normas constitucionales, y así fue como, a pesar de que la invalidez del demandante se estructuró en vigencia de la Ley 860 de 2003, éste no cumplía con todos los requisitos exigidos en dicha normatividad, especialmente el relativo a la fidelidad al sistema, pero sí, acreditaba lo exigidos en el texto original de la Ley 100 de 1993, la cual establece que quien pretenda

hacerse acreedor de la pensión de invalidez, debe ser calificado con un porcentaje igual o superior al 50% de pérdida de capacidad laboral y acreditar cotizaciones al sistema, al momento de presentarse el estado de invalidez, de 26 semanas, siempre que se encuentre cotizando para esa calenda.

Lo anterior, quiere significar que en ninguno de los apartes del proveído apelado, la Jueza de primer grado, consideró ni siquiera inaplicar el principio de fidelidad al sistema, sobre el cual esta Sala se ha pronunciado en varias oportunidades, como quiera que el actor, cumplía con todos los requisitos del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, como más adelante lo sustentará esta Colegiatura.

Frente a dicha decisión, el togado que representa los intereses del Instituto reo procesal, solicita que se revoque la sentencia de primer grado o se modifique la fecha a partir de la cual debe concederse la pensión de invalidez, esbozando que al no cumplirse con el requisito de fidelidad al sistema, dicha prestación no puede ser concedida al señor DÁVILA VÉLEZ, sustentando puntualmente su inconformidad, en cuanto a que los efectos de la sentencia que declaró dicho requisito inconstitucional, son retroactivos.

Al respecto, trae algunas citas jurisprudenciales que establecen los efectos de las sentencias de constitucionalidad, insistiendo en que la declaratoria de inexequibilidad que para el presente caso interesa, solo produce efectos a partir de la notificación y publicación de la misma, por lo que, al haberse estructurado la invalidez de quien demanda, con posterioridad a esa data, no resulta procedente exonerar al demandante del cumplimiento de ese requisito.

Una vez clarificados los argumentos, tanto de la Jueza *a-quo* para conceder la pensión de invalidez al actor, con apoyo en la condición más beneficiosa y, los del togado inconforme, en cuanto a la inaplicación del requisito de fidelidad, esta Sala debe advertir que a ninguno de los dos les asiste razón, como a continuación se pasará a explicar.

La falladora de primer grado, concede la prestación económica solicitada por DÁVILA VÉLEZ conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993, texto original, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, pues éste no reunía todos los requisitos exigidos por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, normatividad que era la que se encontraba vigente al momento de presentarse el estado incapacitante del actor -18 de marzo de 2008-.

Frente a tales argumentos, esta Colegiatura en otrora ha indicado que en virtud de ese principio básico de la seguridad social –condición más beneficiosa-, se ha determinado que, por ejemplo, personas que en vigencia del Acuerdo 049 de 1990 o del texto original de la Ley 100 de 1993, alcanzaron a cumplir con los presupuestos para contrarrestar una posible invalidez y la estructuración del malhadado acto que impide o limita la capacidad de laborar sobreviene con posterioridad al cambio legislativo, puede acceder a la prestación económica respectiva en aplicación de la antigua normativa, **siempre que el total de aportes requeridos se haya efectuado en vigencia del primigenio cuerpo legal**.

Sin embargo, luego de un análisis más exhaustivo por parte de esta Colegiatura, se ha llegado a la conclusión de que es pertinente y necesario aclarar que, la aplicación de este principio, debe restringirse a los eventos en los que se presenta un cambio no de leyes, sino de sistema, es decir, se modifique la organización, bases filosóficas, prestaciones, entidades y demás aspectos que conforman todo el conjunto de la seguridad social y el legislador no prevea un régimen transicional para evitar el dislate de los intereses de los afiliados.

Esto es, precisamente, lo que ocurrió cuando el 1º de Abril de 1994, entró en vigencia la Ley 100 de 1993, que trajo consigo una profunda reforma estructural del sistema, cambiándose sus bases axiológicas, los sub regímenes pensionales, ingresándose a nuevos entes como administradores de pensiones y, en general, presentándose una reforma del sistema en todas sus formas, prestaciones y demás.

En esa oportunidad, el legislador tuvo a bien establecer unas normas transicionales, pero encaminadas únicamente a la protección de ciertos aspectos de la pensión de vejez, más nada se dijo respecto a las prestaciones por invalidez o muerte, caso en el cual, para no afectar derechos pre-adquiridos o legítimas expectativas, se ha dispuesto, como se dijo antes, la aplicación del mentado principio de la condición más beneficiosa.

Sin embargo, no puede ocurrir igual situación o darse igual tratamiento al cambio **legislativo** ocurrido, en tratándose de la pensión de invalidez, con las Leyes 797 y 860 de 2003, pues el sistema en su estructura toral permanece inmaculado y lo que ocurrió fue que, el legislador haciendo uso de la configuración legislativa que tiene respecto de los derechos sociales, como lo es el de la seguridad social, decidió, atendiendo motivos de sostenibilidad y equilibrio en la financiación del sistema, incrementar los presupuestos para acceder a la pensión de invalidez. Y si bien no se estableció un régimen de *"transición"* o término de acoplamiento de ambos cuerpos normativos no resulta posible la aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral se pronunció sobre el asunto en cuestión, apoyándose entre otras, en las siguientes consideraciones:

> "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**"[1](negrillas para destacar).

Se restringe entonces la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en el entendimiento de esta Sala, al cambio de sistema general de seguridad social presentado entre el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993 (con sus modificaciones), por presentar este último régimen un promedio de exigencia, en cuanto a cotizaciones, más bajo que el primero, tornándose en este caso, en un exabrupto la no concesión de una pensión cuando se habían cotizado un número mucho mayor a las exigidas, pero en un período distinto al exigido por la Ley.

Ahora, es indispensable precisar que, dentro del sistema de seguridad social, se pueden presentar modificaciones en cuanto a los requisitos para acceder a las prestaciones económicas, como ocurrió al interior de la Ley 100 de 1993 cuando la 797 o la 860 impuso mayor densidad de cotizaciones y fidelidad[2] al sistema para entregar pensiones de invalidez o de sobrevivencia, sin embargo, **el sistema sigue siendo el mismo**, pues se itera, que sus bases siguen siendo iguales.

Así las cosas, el principio de la condición más beneficiosa frente a las prestaciones económicas de invalidez y sobrevivencia, **continúa siendo aplicable en aquellos casos en los que en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, se cotizaron más de 300 semanas en toda la vida laboral o 150 semanas en los 6 años**

---

[1] *Sentencia del 2 de septiembre de 2008. Rad. 32.765. M.P. Dr. EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS.*
[2] *Sentencia del 24 de noviembre de 2009. M.P. Dr. Jorge Pretil, por medio de la cual se autoriza a inaplicar el requisito de fidelidad en forma retroactiva.*

anteriores al 1º de abril de 1994 y 150 en las 6 anualidades que prosiguieron a dicha fecha[3] y el hecho incapacitante o el deceso, se presentó en vigencia del sistema pensional contenido en la Ley 100 de 1993, porque en todo caso, las exigencias actuales son inferiores a las establecidas en aquel Acuerdo y resultaría altamente lesivo conceder prestaciones a quienes hayan aportado 26 ó 50 semanas en un período determinado y no a quienes hicieron cotizaciones al sistema pensional en cuantía superior a las 300 semanas.

De las anteriores disertaciones, se pueden extractar, a manera de conclusiones, las siguientes:

- La regla general es que la pensión de invalidez se gobierne por la legislación vigente al momento de la estructuración del acto incapacitante.

- Puede excepcionarse esa regla general, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, cuando se trata de un cambio de fondo o sustitución del sistema de seguridad social en pensiones y el nuevo contempla unos requisitos más benevolentes que, sin embargo, no se cumplen, pudiéndose acudir a la normatividad anterior, en vigencia de la cual se cumplieron los presupuestos establecidos para causar la gracia pensional.

- Cuando no se trata de una sustitución del sistema, sino que es un simple cambio de leyes, exigiendo la nueva obra legal mayores presupuestos que la anterior, es posible que, bajo condiciones especiales de cercanía entre la estructuración y el cambio legislativo, se acuda a las normas anteriores, pero no en aplicación de la condición más beneficiosa, sino en virtud del carácter progresivo de los derechos sociales.

---

[3] *Al respecto véase la sentencia del 4 de diciembre de 2006 radicado 28893.*

- Estas dos últimas hipótesis, tienen cabida siempre que la ulterior legislación no contemple algún mecanismo de transición, pues de ocurrir esto, esas normas serán las que establezcan la forma de aplicación de la antigua legislación.

- Las modificaciones en cuanto a requisitos que se hagan al interior de un Estatuto de Seguridad Social, que no afecten su parte estructural, axiológica y básica, no pueden ser tenidos como un nuevo sistema. Así por ejemplo, con la variación que a los presupuestos para acceder a la pensión de invalidez introdujeron las Leyes 797 y 860 de 2003, no se varió el sistema implantado con la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, estima esta Sala que, parcialmente le asiste razón al togado que representa los intereses del Instituto reo procesal, toda vez que, la Jueza de primer grado acudió a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, para condenar a su mandante al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez deprecada por DÁVILA VÉLEZ, de forma inadecuada, pues aplicó una norma que no hace parte de un nuevo sistema, sino a un cambio legislativo.

Pese a lo anterior, esta Colegiatura advierte que, no por ello, hay lugar a negar las pretensiones de la demanda, pues como lo indicara la Jueza de primer grado, en la sentencia objeto de censura, el gestor del litigio:

> "fue evaluado por Médico Laboral Seccional de Quindío del Instituto de Seguros Sociales, el 2 de abril de 2008 donde se le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 53,3% de origen común, con fecha de estructuración del 18 de marzo de 2008 (...) En la historia laboral remitida por el Instituto de Seguros Sociales, se verifica que el asegurado cotizó asegurado cotizó en toda su vida laboral un total de 120.43 semanas, encontrándose activo para la fecha de estructuración del estado de invalidez –*marzo 18 de 2008*- y dentro de los tres (3) últimos años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de invalidez, cumplió con la exigencia de mínimo 50 semanas (...) Pero al sumar las semanas aportadas durante dicho período, se tiene que suman 88 semanas lo que equivale al 4.6% de fidelidad, no alcanzando a allanarse al mínimo" –fls. 83 y ss-.

Nota esta Superioridad que, la falladora de conocimiento no otorgó la pensión de invalidez al señor DÁVILA VÉLEZ, por cuanto no cumplía con el requisito de la fidelidad al sistema, exigido por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, normatividad aplicable al caso bajo examen, en consecuencia, debe decir esta Sala que, en lo que tiene que ver con dicho requisito, mediante sentencia C-428 de 2009, el órgano guardián de la Constitución, declaró el mismo aparte inexequible, lo que significa que, esta Sala procederá a analizar la aplicabilidad del principio de progresividad, procediendo al análisis de los efectos que en esta controversia produce la sentencia de inconstitucionalidad, para lo cual sería del caso traer a colación la sentencia T-846 de 2009, del 25 de noviembre de 2009, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, por medio de la cual se trató un tema similar al que ahora se le pone de presente a esta Colegiatura, dando aplicación al mencionado principio en los siguientes términos:

> "(...) Es de mencionar los cambios que, en dos oportunidades han afectado la ley 100 de 1993, respecto a las condiciones previstas para el reconocimiento de la pensión de invalidez. A saber:
>
> La ley 797, en enero 29 de 2003, estableció el derecho a la pensión de invalidez para quien hubiere cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización con el sistema hubiere sido al menos del 25% del tiempo transcurrido, desde cuando cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera estructuración, si la misma fue causada por enfermedad; y 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, si la invalidez se generó con ocasión de un accidente.
>
> Posteriormente, el artículo 1° de la ley 860 de 2003, vigente a partir del 26 de diciembre de 2003, y que modificó el artículo 39 de la ley 100 de 1993, establece que tienen derecho a la pensión de invalidez, quienes, una vez declarados inválidos, reúnan similares presupuestos a los señalados en el artículo 11 de la ley 797 de 2003, esto es:
>
> *"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.
(…)"

"Este cambio normativo ocasionó algunos problemas en la aplicación de la norma, por cuanto a la luz del artículo 16 del Código Sustantivo de Trabajo *las disposiciones laborales, al ser de orden público, tienen efectos generales e inmediatos*. Por ende, en principio, la norma aplicable a cada caso concreto es aquella que se encontrare vigente al momento de consolidarse el presupuesto que hace exigible la prestación, en los casos objeto de estudio, la fecha de la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral.

De esta manera, la controversia versaba sobre los efectos no retroactivos de las normas laborales, lo que obligaba, en principio, a aplicar la norma vigente al momento de la estructuración de la invalidez, pese a que las personas vinieran realizando sus cotizaciones según el régimen anterior y pese a que la nueva normatividad no les era favorable.

De tal suerte que, ante la inexistencia de un régimen de transición para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez, considerado regresivo en casos concretos, de manera reiterada, la acción de tutela se había convertido en el mecanismo constitucional para la protección efectiva y real de los derechos fundamentales de las personas afectadas. En estos términos se sentó un sólido precedente jurisprudencial, donde no se aplicaba la disposición inherente a los derechos a la seguridad social porque iban en contra del principio de progresividad (…)". Los siguientes casos ilustran la cuestión:

"(…)

Asimismo, en sentencia T-699A de 2007,[4] se resolvió no aplicar el artículo 1° de la ley 860 de 2003, al considerarlo inconstitucional en el caso concreto, por cuanto se venía cotizando según el régimen previsto en la ley 100 de 1993, que de no haber sido modificado, o de haberse previsto un régimen de transición, el demandante hubiera podido acceder a la prestación de invalidez, resulta desproporcionado y contrario a la Constitución, "particularmente al mandato de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, la aplicación rigurosa de la Ley 860 de 2003 a una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta en razón de la grave enfermedad que padece,

[4] Sentencia de 6 de septiembre de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

> que hubiese cumplido los requisitos del régimen anterior en el cual venía cotizando (Ley 100 de 1993) para acceder a la pensión de invalidez y que, en todo caso, después de la fecha de estructuración de la invalidez, y hasta cuando la misma fue calificada, aproximadamente 6 meses después [5], continuó ejerciendo la actividad laboral y cotizando al sistema, de modo que a la fecha de calificación de la invalidez ya contaba con más de las 50 semanas de aportes exigidas por la normatividad vigente a ese momento."

En este mismo sentido, es esclarecedora la sentencia T-1072 de 2007[6], "De acuerdo con los hechos relatados por las partes y con las documentos que reposan en el expediente se tiene que al actor, que en la actualidad tiene 56 años de edad, le fue dictaminada una pérdida de capacidad laboral del 52,84%, con fecha de estructuración 2 de agosto de 2005. La solicitud de pensión de invalidez que el actor elevara ante el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. fue despachada desfavorablemente porque el actor no cumple con el requisito de fidelidad de cotización, toda vez que de acuerdo con su historia laboral, sólo se encuentra acreditado un total de 357,43 semanas, requiriéndose 362,49.

La Sala encuentra que la negativa en el reconocimiento de la pensión de invalidez vulnera los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, como quiera que se fundamenta en una norma, que según se analizó en las consideraciones precedentes, deviene inconstitucional por desconocer el principio de progresividad.

En efecto, esta Corporación ha señalado que "[e]l principio de progresividad también constituye un parámetro de valoración en el juicio de constitucionalidad, pues a menos que existan razones extraordinarias muy poderosas que justifiquen la prevalencia de otro principio, su observancia es obligatoria, primero por el Legislador y, posteriormente, cuando se adelanta el control de constitucionalidad ante la Corte"[7].

Se tiene que en el caso del señor Luis Emiro Arévalo resulta desproporcionada la imposición de un requisito de fidelidad como quiera que el actor venía cotizando al sistema de pensiones desde 1999, en vigencia del artículo 39 de la ley 100 de 1993, lo que para la Sala excluye la intención fraudulenta del actor de acceder a

---

[5] El accionante continuó laborando y cotizando con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez y aún después de calificarse, por parte de las entidades competentes, la pérdida de la capacidad laboral.

[6] Sentencia de 12 de diciembre de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[7] Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 20 de agosto de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

prestaciones pensionales, máxime si se considera que la invalidez que le sobrevino no es un hecho previsible y programable como la vejez o la muerte, por lo que la cotización extendida en el tiempo por un tiempo prudencial, debe observarse bajo el principio de buena fe.

Es igualmente relevante destacar que, no obstante que la fecha de estructuración de la invalidez fue fijada por el organismo pertinente en el 2 de agosto de 2005, el actor, de buena fe continuó trabajando y cotizando al sistema de pensiones hasta el primer trimestre del 2006, fecha en la que solicitó la calificación del estado de invalidez. De esta forma, resulta lesivo de los derechos del actor que le sea negada la pensión de invalidez por falta del cumplimiento del requisito de fidelidad, como quiera que los extremos entre los que se cuenta el porcentaje de cotización conforme con la ley 860 de 2003, desconoce el carácter progresivo que puede tener una enfermedad incapacitante como la que sufrió el actor, de manera que la aplicación inflexible de la misma desconoce las cotizaciones que en ejercicio de la deteriorada capacidad laboral del actor, realizó hasta la fecha en que solicitó la calificación del estado de invalidez.

De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye que la aplicación del requisito de fidelidad consagrado en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 desconoce, en el caso concreto, el principio de progresividad inherente a los derechos que, como la Seguridad Social, son prestacionales, por lo que ante la ausencia de justificación, proporcionalidad y razonabilidad de la medida la Sala inaplicará la disposición aludida, con la que se dio trámite a la solicitud de pensión del accionante."[8]

Conforme a lo expuesto, es claro que las normas reguladoras del sistema de seguridad social, específicamente, las concernientes al sistema de pensiones, deben ceñirse al principio de progresividad, de tal manera que una medida regresiva se considera, en principio, inconstitucional.

Así mismo, la exigencia del requisito de fidelidad al sistema establecido en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, como bien se indicara en líneas anteriores, atenta contra el principio de progresividad, y así fue como mediante la sentencia

---

[8] *Entre otras, sentencias T -641 de 16 de agosto de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-103 de 8 de febrero de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-077 y 078 de 31 de enero de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T- 018 de 22 de enero de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-043 de 24 de enero de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.*

C-428-09 de la Corte Constitucional, se declaró inexequible el precitado requisito de la fidelidad.

Conforme con todo lo anterior, entonces, para la fecha de estructuración de la invalidez del señor DÁVILA VÉLEZ, no obstante que no se había dictado aún la sentencia C-428 de 2009, la exigencia del requisito de la fidelidad era inaplicable ya que en ningún momento estuvo conforme a la Constitución en cuanto incurrió en limitaciones ilegítimas de los derechos y en tales circunstancias la Corte en 2009 se contrajo a reafirmar el carácter irregular de una disposición contraria a la Constitución, contrario a lo esbozado por el recurrente, por lo que entonces su pronunciamiento tuvo un carácter declarativo que no constitutivo.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el demandante cumplió con algunos de los requisitos exigidos como son: el de ser invalido y tener más de las 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez, pues siendo cotizante activo alcanzó un total de **88** semanas, sin que lo mismo ocurra respecto al requisito de la fidelidad al sistema, estima esta Sala que, acudiendo al principio de progresividad, el cotizante dejó acreditado el derecho a la pensión de invalidez, conforme a las voces del artículo 39 de la Ley 100 de 1.993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, procediendo a inaplicar por inconstitucional, el requisito referente a la mencionada fidelidad al sistema.

Corolario de todo lo hasta aquí discurrido, esta Sala de Decisión, encuentra que la decisión de primer grado, resulta acertada en cuanto condenó al Instituto demandado a reconocer y pagar en pro del promotor de la presente acción, la pensión de invalidez, sin embargo, la misma se confirmará por las razones aquí expuestas y, se adicionará en el sentido de que la liquidación de la misma, deberá efectuarse con fundamento en la norma que sirvió de sustento para otorgarla.

Prosiguiendo, en cuanto a los intereses moratorios, esta Colegiatura observa que los mismos resultan procedentes, toda vez que, el actor presentó escrito ante la

entidad demandada el 02 de mayo de 2008, tal como consta en la Resolución Nro. 012759 de 2008 -fl. 18-, pretendiendo el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, y que conforme a las leyes 700 y 717 de 2001 y 797 de 2003, para efectos de la pensión de invalidez, las administradoras de fondos de pensiones, cuentan con el término de seis meses para resolver tales solicitudes, cuatro para reconocer la pensión y dos adicionales para la incorporación en nómina e iniciarse los pagos, en consecuencia, como quiera que la Jueza *a-quo,* al conceder los mismos, únicamente indicó en la parte resolutiva de la decisión apelada, que los mismos procedían a partir del 02 de septiembre de 2008, porque en esa calenda le vencía el término de cuatro meses a la entidad de seguridad social, para conceder la prestación económica, debe insistir esta Colegiatura en que dicho término se extiende a seis meses, como se ha decantado tantas veces por esta Sala, entre las cuales, la más reciente es a través de la sentencia del 19 de agosto del presente año, en la cual se puntualizó lo siguiente[9]: *"Según el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, la pensión ha de reconocerse en el término de 4 meses después de elevada la solicitud, además, la Ley 700 de 2001, estableció en su artículo 4º que las mesadas pensionales han de iniciarse a pagar a más tardar, dentro de los 6 meses siguientes a la solicitud".*

Consecuente con lo anterior, esta Colegiatura, modificará el ordinal 3º de la sentencia apelada, para en su lugar, condenar al Instituto demandado, a pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 02 de noviembre de 2008, pues, el término con el que cuentan las administradora de fondos de pensiones para conceder y pagar la pensión de invalidez, es de seis meses y no cuatro, como lo indicara la Jueza *a-quo.*

Costas en esta Sede a cargo del Instituto demandado y en pro del accionante, en un 20% por existir oposición a la impugnación, en consecuencia, las agencias en derecho se fijan en $1.030.000,00, las cuales, una vez aplicado el porcentaje

---

[9] *Sentencia del 19 de agosto de 2010, en el proceso que Luz Aleyda Ramírez de Giraldo vs. ISS, Magistrado Ponente, Doctor Francisco Javier Tamayo Tabares, radicado 2009-01053.*

indicado, ascienden a la suma de $206.000,00, de conformidad con el numeral 2º del artículo 19 de la Ley 1395 de 2010, que modificó el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

III. **DECISIÓN.**

Por lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** por razones diferentes, la sentencia que por vía de apelación ha conocido esta Sala, con las siguientes modificaciones:

PRIMERO: **ACLARA** la sentencia la sentencia impugnada, en el sentido de que la pensión de invalidez concedida al señor **HÉCTOR EMILIO DÁVILA VÉLEZ,** deberá ser liquidada por parte del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, con fundamento en la Ley 860 de 2003, normatividad aplicable al presente caso, según las consideraciones del presente proveído.

SEGUNDO: **MODIFICA** el numeral 3º de la decisión de primer grado, el cual quedará así:

"**CONDENAR** al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a la tasa máxima legal vigente al momento en que se efectúe el pago sobre el importe de la obligación, de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y desde el 02 de noviembre de 2008 y hasta que se haga el pago efectivo de la prestación, de conformidad con lo expuesto en el cuerpo de este proveído".

TERCERO: **CONFIRMA** por razones diferentes, todo lo demás de la decisión objeto de impugnación.

Costas en esta Sede a cargo del Instituto demandado y en pro del accionante, en un 20% por existir oposición a la impugnación, en consecuencia, las agencias en derecho se fijan en $1.030.000,oo, las cuales, una vez aplicado el porcentaje indicado, ascienden a la suma de $206.000,oo, de conformidad con el numeral 2º del artículo 19 de la Ley 1395 de 2010, que modificó el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

Notificación surtida **EN ESTRADOS.**

Cumplido el objeto de la presente diligencia, se da por terminada y en constancia firman el acta los intervinientes.

Los Magistrados,

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN ***ALBERTO RESTREPO ALZATE***

ALONSO GAVIRIA OCAMPO
Secretario