***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, martes 6 de octubre de 2015.*

***Radicación No****:**66001-31-05-005-2014-00208-01*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral.*

***Demandante****: Arley López Hernández*

***Demandado:*** *Colpensiones*

***Juzgado de origen****: Quinto Laboral del Circuito de Pereira*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema a tratar: Pensión de invalidez – Condición más beneficiosa:*** *“(…) la condición más beneficiosa no resultaba de recibo para el propósito de conseguir la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, bajo la hipótesis de que la fecha de estructuración de la invalidez se produjo en vigencia de las leyes 797 o la 860 de 2003. Sin embargo, dada la nueva composición de la Sala, se considera pertinente rexaminar el tema, sobre la inaplicabilidad de la condición más beneficiosa para dirimir los conflictos cuando la invalidez ocurre en vigencia del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, y el afiliado, al momento de su entrada en vigencia, cumple con el requisito de las 26 semanas de cotización que consagraba el modificado artículo 39 de la citada Ley 100 de 1993, para estimar que en estos casos sí procede dicho principio legal y constitucional en la sucesión de esos dos ordenamientos (…)”*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los seis (6) días del mes de octubre de dos mil quince (2015), siendo las dos y treinta minutos de la mañana (2:30 p.m.) reunidos en la Sala de Audiencia los suscritos magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2014 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Arley López Hernández*** contra de la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.***

***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:***

***INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, digamos queel demandante pretende que se le reconozca y pague la pensión de invalidez a partir del 15 de diciembre de 2005, más los intereses moratorios y las costas del proceso.

De manera subsidiaria, peticiona que se declare el 20 de octubre de 2010, como la fecha de estructuración de la invalidez del actor y, en consecuencia, se ordene a la entidad accionada, a reconocer y pagar la gracia pensional desde dicha calenda.

Solicita en ambos casos, que se genere por parte de la entidad demandada, la obligación de hacer, consistente en proferir resolución acatando la providencia judicial y la correspondiente inclusión en nómina.

Las anteriores súplicas se fundaron en que el demandante fue calificado por el Departamento de Medicina Laboral del Instituto de Seguros Sociales el 20 de octubre de 2010, con una pérdida de capacidad laboral de 52,03%, con fecha de estructuración 15 de diciembre de 2005, de origen común; que solicitó el reconocimiento y pago la pensión de invalidez ante el Instituto de Seguros Sociales, la cual le fue negada mediante Resolución No. 101037 del 25 de abril de 2011, por no cumplir con el número de semanas exigidas por la Ley 860 de 2003.

Señala que con posterioridad al 15 de diciembre de 2005, cotizó 228,5 semanas, amén que dentro de los tres años anteriores a la fecha del dictamen proferido el 20 de octubre de 2010, acredita 82,15 semanas; que el 29 de noviembre de 2013, solicitó nuevamente la pensión de invalidez ante Colpensiones, sin que hasta la fecha de presentación de esta demanda, se hubiera producido algún pronunciamiento al respecto.

La ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** aceptó como ciertos los hechos referentes al dictamen proferido por el Departamento de Medicina Laboral del Instituto de Seguros Sociales; el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral determinada, la fecha de estructuración y el origen de la misma; el agotamiento de la reclamación administrativa y la negativa del Instituto de Seguros Sociales en reconocer la pensión de invalidez. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las de: Inexistencia de la obligación; Prescripción, Buena fe y Genéricas.

***SENTENCIA DEL JUZGADO***

La sentenciadora de primer grado, accedió a las pretensiones de la demanda, dando aplicación al principio de la condición más beneficiosa, argumentando para el efecto, la calidad de sujeto de especial protección que ostentaba el afiliado, con ocasión a su estado de invalidez y en procura de salvaguardar su derecho al mínimo vital, condenando a reconocer la misma a partir del 15 de diciembre de 2005 y ordenó el pago de $61´978.350 correspondiente al retroactivo pensional causado desde esa fecha hasta el 31 de agosto de 2014.

Para llegar a la anterior conclusión, concluyó que el actor se hacía merecedor de la prestación económica reclamada, en tanto cumplía con los requisitos del literal a) del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, esto es, haber aportado 26 semanas antes de la fecha de estructuración de su enfermedad, dado que para dicha calenda, 15 de diciembre de 2005, se encontraba cotizando al sistema y tenía acumuladas 458,27 semanas, en tanto que en toda su vida laboral, había cotizado un número considerable de semanas -823,28-.

Igualmente, declaró no probada las excepciones de mérito propuestas por la demanda, salvo, la de buena fe, razón por la cual, negó los intereses moratorios peticionados, al considerar que la negativa de la entidad de seguridad social de reconocer y pagar la pensión de invalidez en pro del señor Arley López Hernández, tenía pleno sustento legal, en tanto que aquí se concede la misma, con apoyo en el criterio jurisprudencial esbozado por tanto por la Sala de Casación Laboral, como por este Juez Colegiado.

En tanto que para declarar no probada la excepción de prescripción, tomó como data para empezar el contar el término extintivo de tres años, el 20 de octubre de 2010 –fecha de proferimiento del dictamen- y la calenda en que le notificada la Resolución No. 101037 de 2011 que negó la gracia pensional al actor, esto es, 3 de mayo de 2011, aunado a que la demanda se presentó el 27 de marzo de 2014.

Contra la anterior decisión, se alzó la parte accionada, aduciendo que en el presente asunto, la entidad de seguridad de seguridad no ha vulnerado ningún derecho fundamental al demandante, amén que tampoco ha trasgredido la norma legal vigente para el momento en que se determinó la estructuración de aquél; indicó que decisiones basadas en criterios jurisprudenciales y en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, iban en detrimento del sistema pensional.

***Problema jurídico.***

*¿Es posible que en el presente asunto se le de aplicación al principio de la condición más beneficiosa?*

*En caso positivo, ¿en qué fecha tendría derecho el señor Arley López Hernández a disfrutar la pensión de invalidez?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, con el propósito de desatar el grado jurisdiccional de consulta, se corre traslado por el término de 8 minutos para alegar, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte demandada.

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los mismos puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

***CONSIDERACIONES***

1. ***Desarrollo del problema planteado.***

***1.1. Condición más beneficiosa para pensiones de invalidez.***

Solicita el demandante el reconocimiento de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta el número de cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración de su invalidez o, en subsidio, la modificación de la fecha de tal hecho incapacitante, no obstante lo anterior, la jueza de primer grado, en aras de proteger el mínimo vital del actor, dio aplicación a la condición más beneficiosa en pro de aquél y concedió la prestación económica, con fundamento en la Ley 100 de 1993, versión original, no obstante ser la Ley 860 de 2003 la vigente al momento de estructurarse su invalidez.

Ahora, si bien el actor no solicitó se reconociera la pensión de invalidez con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa, la jueza acertó al estudiar dicha petición, a la luz de Ley 100 de 1993, en su versión original, en cuanto, como bien lo ha sostenido la jurisprudencia que debe tenerse en cuenta que el Juez o Magistrado en su amplia libertad y autonomía puede determinar los efectos jurídicos de las situaciones y derechos que se demuestren en el curso del proceso, sin que ello afecte el principio de consonancia o congruencia sobre los hechos de la demanda y su contestación, siempre y cuando no se modifique la causa petendi. Al respecto, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, ha indicado:

*“De esta manera, sobre una base fáctica impuesta por las partes desde la demanda y su contestación (extremos de la litis), puede moverse libremente el juez al momento de definir las consecuencias jurídicas que se desprendan de lo demostrado y debatido en juicio, sin que para ello se deba someter a las calificaciones que de los hechos hagan las partes, pues el llamado a interpretar y aplicar la ley es él.*

*Conforme con ello, el principio de congruencia o consonancia no se ve afectado porque en la sentencia el juez o tribunal se aparte de la calificación o connotación jurídica que sobre determinada realidad fáctica haga una de las partes, de modo que, en lo que atañe específicamente con la apelación, el Tribunal solo estará sujeto a los temas que le proponga el apelante en su recurso, en aplicación del artículo 66 A del CPL, mas ello no quiere decir que deba someterse al análisis jurídico que ella le proponga sobre un tema en especial, pues el sentenciador es libre para encontrar e interpretar la norma aplicable al caso concreto, eso si, siempre que no se varíen los elementos constitutivos de la causa petendi que delimitan la litis”* –Sentencia del 19 de octubre de 2011. Radicación 42.818-*.*

Aplicando el anterior precedente jurisprudencial, pasará la Sala a determinar si el actor cumple los requisitos para hacerse merecedor de la pensión de invalidez que reclama, con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa.

Es de ver que como lo enseña el órgano de cierre de la jurisdicción en su especialidad laboral en las sentencias del 20 de junio y 14 de agosto de 2012, radicaciones 42450 y 41671, respectivamente, en las que se citaron las del 8 de mayo del mismo año, radicaciones 35319, 39005, 41695 y 41832, que *“el principio de la condición más beneficiosa opera con referencia a aquella o aquellas disposiciones, derogadas por una norma cuando la exigencia de esta última es más gravosa que las disposiciones derogadas. En tal caso, el intérprete deberá aplicar la condición más beneficiosa contenida en la norma inmediatamente derogada. Es decir, no se trata de escrutar indefinidamente en el pasado hasta encontrar una condición que pueda ser cumplida por quien alega el mencionado principio que le beneficie”* (sentencia de 28 de agosto de 2012, radicación 42395).

Como quiera que, la fecha de estructuración de la invalidez del señor Arley López Hernández se determinó en el 2005, el cuerpo normativo de recibo para el estudio de la prestación económica implorada por aquél, es el contenido en la Ley 860 de 2003, con arreglo en múltiples pronunciamientos del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

Reparada tal disposición, observa la Sala que la densidad de semanas, exigidas allí para el buen suceso de la pretensión del actor, se contraen a 50 en los últimos tres años que precedieron al hecho invalidante (art. 39-1), sin que éste las hubiere reunido, dado que sus aportes en dicho lapso, apenas alcanzaron 15 semanas (fls. 54 a 59).

En esas condiciones estimó en sus elucubraciones la jueza de primer grado, que Arley López Hernández, era merecedor de la gracia pensional, no en virtud de ese cuerpo normativo, sino a tono con la versión original de la Ley 100 de 1993, puesto que para la calenda en que se estructuró su invalidez, se hallaba cotizando al sistema, reuniendo en todo el tiempo más de 26 semanas (art. 39-a).

De tal suerte, que para la sentenciadora de la instancia precedente, al demandante le era de recibo la condición más beneficiosa, invocando como puente para ello, el artículo 39, en la versión original de la Ley 100 de 1993, situación que resulta válida, conforme al criterio jurisprudencial esbozado por la Sala de Casación Laboral en sentencia 38.674 del 25 de julio de 2012, en la cual consideró:

*“(…) la condición más beneficiosa no resultaba de recibo para el propósito de conseguir la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, bajo la hipótesis de que la fecha de estructuración de la invalidez se produjo en vigencia de las leyes 797 o la 860 de 2003. Sin embargo, dada la nueva composición de la Sala, se considera pertinente rexaminar el tema, sobre la inaplicabilidad de la condición más beneficiosa para dirimir los conflictos cuando la invalidez ocurre en vigencia del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, y el afiliado, al momento de su entrada en vigencia, cumple con el requisito de las 26 semanas de cotización que consagraba el modificado artículo 39 de la citada Ley 100 de 1993, para estimar que en estos casos sí procede dicho principio legal y constitucional en la sucesión de esos dos ordenamientos (…)”*

Y prosiguió:

*“ (…) e) El denominado “ principio de la condición más beneficiosa”, no solo tendrá cabida en el tránsito legislativo entre el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993, sino igualmente frente al fenómeno de la sucesión normativa de legislaciones ulteriores, como por ejemplo entre esta última y las Leyes 797 y 860 de 2003, siempre y cuando, se insiste, la nueva disposición estipule requisitos más gravosos que los señalados en la norma precedente, y además el titular del derecho o beneficiario haya reunido las exigencias de ésta cuando la nueva entró en vigencia”.*

En el *sub-lite,* se trata de la invalidez con estructuración en vigencia de la Ley 860 de 2003, como quiera que la misma tuvo lugar el 15 de diciembre de 2005, calenda para la cual, conforme a la historia laboral arrimada al plenario por Colpensiones visible a folios 54 a 59, el señor Arley López Hernández se encontraba cotizando al sistema y tenía acumuladas 458,27 semanas, de las cuales 34,71 fueron cotizadas en vigencia de la Ley 100 de 1993 original, esto es, entre el 1º de abril de 1994 y el 29 de enero de 2003, número que en todo caso supera con creces las 26 semanas que exige el literal a) ibídem, aunado a que su pérdida de capacidad laboral fue determinada en un 52,03% por el Departamento de Medicina Laboral del Instituto de Seguros Sociales, según dictamen visible a folios 19 y 20.

De ahí que por mayoría de los integrantes de la Sala, por razones de proporcionalidad y justicia impondrían, la aplicación de la condición más beneficiosa, dado que el actor cumplía con todos los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, de haberse estructurado en vigencia de la Ley 100 de 1993, motivos que conllevarán a confirmar la sentencia de primer grado en tal sentido.

En cuanto a la fecha a partir de la cual el actor debía empezar a percibir la pensión de invalidez, resulta necesario advertir, que conforme el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se estructuró la invalidez, esto es, 15 de diciembre de 2005.

De otro lado, para efectos de la prescripción de las mesadas causadas, la fecha que debe tenerse en cuenta no es la de la estructuración, sino la del dictamen, en el *sub-lite,* será a partir el 20 de octubre de 2010, en que empezará a contabilizarse el fenómeno extintivo de que tratan los artículos 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., como quiera que solo en dicha calenda, se determinó el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral sufrida por Arley López Hernández, la fecha de estructuración y el origen de la misma.

Lo dicho se aviene al siguiente trozo jurisprudencial del órgano de cierre de la especialidad laboral del 6 de mayo del presente año, M.P. LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS, en el que se indicó: *“(…) para la Corte, el plazo prescriptivo de la acción tendiente al pago de la pensión de invalidez, que no de su reconocimiento pues ella es imprescriptible, se insiste, empieza a correr desde que el afectado ha tenido ‘conocimiento acabado’ de su estado de invalidez laboral, o sea, no simplemente desde cuando se causa el infortunio o se advierten los primeros síntomas de la afectación a la salud o integridad de la persona o trabajador, sino desde cuando queda firme la ‘determinación’ de la incapacidad o invalidez laboral que a ese respecto profiere la correspondiente Junta de Calificación de Invalidez”.*

Así las cosas, acertó la jueza de primer grado, al declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones y, al ordenar el pago de la pensión de invalidez en pro del accionante, a partir de la fecha en que se estructuró su invalidez, dado que la reclamación administrativa se radicó ante la entidad accionada, el 17 de noviembre de 2010 (fl. 22); la Resolución No. 101037 del 25 de abril de 2011, le fue notificada al demandante el 3 de mayo de 2011 (fl. 23) y; la demanda se presentó el 27 de marzo de 2014 (fl. 30).

Así las cosas, habrá de reajustarse el monto del retroactivo pensional reconocido en sede de primer grado, el cual quedará en la suma de **$71´686.067**, desde el 15 de diciembre de 2005 y hasta el 30 de septiembre de 2015, es decir, actualizado a la fecha de emisión de esta providencia, conforme el cuadro que se pone de presente a los asistentes y que hará parte integrante del acta final que se levante con ocasión de esta diligencia, sin perjuicio de las que en adelante se causen.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Año** | **Causadas** | **Mesada** | **Retroactivo a cancelar** |
| 2005 | 16 días y 1 mesada | $381.500 | $521.967 |
| 2006 | 14 mesadas | $408.000 | $5´712.000 |
| 2007 | 14 mesadas | $433.700 | $6´071.800 |
| 2008 | 14 mesadas | $461.500 | $6´461.000 |
| 2009 | 14 mesadas | $496.900 | $6´956.600 |
| 2010 | 14 mesadas | $515.000 | $7´210.000 |
| 2011 | 14 mesadas | $535.600 | $7´498.400 |
| 2012 | 14 mesadas | $566.700 | $7´933.800 |
| 2013 | 14 mesadas | $589.500 | $8´253.000 |
| 2014 | 14 mesadas | $616.000 | $8´624.000 |
| 2015 | 10 mesadas | $644.350 | $6´443.500 |
|  |  | **Valores a cancelar ===>** | **$71´686.067** |

En cuanto a los intereses moratorios, estos se deben a partir de la sentencia, dado que su exoneración, por haberse la entidad de seguridad social, apegado a la minuciosa aplicación de la ley (sentencia 2 de octubre de 2013, radicación 44454), solo opera mientras el derecho pensional está en discusión (sentencia 3 de septiembre de 2014, radicación 50.259), sería del caso imponer condena por este concepto, a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta tanto la entidad demandada cancele las mesadas adeudadas, sin embargo, como la parte actora ninguna inconformidad expresó frente a la negativa de dichos réditos moratorios, atendiendo la no *reformatio in pejus*, se mantendrá tal decisión incólume.

En consecuencia, se modificará el ordinal cuarto de la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo del recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de $644.350.

En mérito de lo expuesto, el ***H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. ***Modifica*** el ordinal 4º de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de ***Arley López Hernández*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** en el sentido de ***condenar*** a la entidad demandada a cancelar en pro del actor, la suma de $71´686.067 por concepto de retroactivo pensional de las mesadas causadas entre el 15 de diciembre de 2005 y el 30 de septiembre de 2015, sin perjuicio de las demás que se sigan causando.
2. Confirma en todo lo demás.
3. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada. Como agencias en derecho se fija la suma de $644.350. Liquídense por Secretaría.

La anterior decisión queda notificada ***en estrados.***

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado

**Edna Patricia Duque Isaza**

Secretaria

**ANEXO No. 1**

**LIQUIDACIÓN RETROACTIVO PENSIONAL**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Año** | **Causadas** | **Mesada** | **Retroactivo a cancelar** |
| 2005 | 16 días y 1 mesada | $381.500 | $521.967 |
| 2006 | 14 mesadas | $408.000 | $5´712.000 |
| 2007 | 14 mesadas | $433.700 | $6´071.800 |
| 2008 | 14 mesadas | $461.500 | $6´461.000 |
| 2009 | 14 mesadas | $496.900 | $6´956.600 |
| 2010 | 14 mesadas | $515.000 | $7´210.000 |
| 2011 | 14 mesadas | $535.600 | $7´498.400 |
| 2012 | 14 mesadas | $566.700 | $7´933.800 |
| 2013 | 14 mesadas | $589.500 | $8´253.000 |
| 2014 | 14 mesadas | $616.000 | $8´624.000 |
| 2015 | 10 mesadas | $644.350 | $6´443.500 |
|  |  | **Valores a cancelar ===>** | **$71´686.067** |

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado