***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 5 de mayo de 2016.

**Radicación No**:66001-31-05-001-2014-00283-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Javier Toro Escudero

**Demandado:** Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

**Juzgado de origen**: Primero Laboral del Circuito de Pereira.

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

**Tema a tratar:**  **Pensión de invalidez después de la edad mínima para la pensión de vejez:** [Llegada la edad mínima de pensión de vejez]se ubica por fuera del alcance de la asegurabilidad de la prestación, puesto que tal cobertura periclita al momento de haber arribado al cumplimiento de la edad mínima y reunida la densidad de aportes, ocasión a partir de la cual la contingencia se cubre de manera exclusiva, con la pensión de vejez, al punto que desde allí cesa la obligación definitiva de cotizar al sistema de pensiones, a través de la figura conocida como retiro, y por ende, el ente de la seguridad social no asume responsabilidad alguna, por cualquier contingencia que se presente en ese lapso que por ley han cesado las cotizaciones, sin perjuicio de que dicha responsabilidad, se mantenga en el caso de la pensión de invalidez, cuando su fecha de estructuración se remonte en un período atrás, cuando aún subsistía el deber de sufragar al sistema, hipótesis que no se dio en el sub-lite.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy cinco (5) de mayo de dos mil dieciséis (2016), siendo las siete y treinta minutos de la mañana (7:30 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia la magistrada y los 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 interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 12 de marzo de 2015 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por ***Javier Toro Escudero*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. ***INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, a modo de introducción se tiene que el demandante ***Javier Toro Escudero*** pretende que en aplicación del principio de favorabilidad y la condición más beneficiosa, se le reconozca la pensión de invalidez, a partir del 31 de mayo de 2008, junto con los intereses moratorios y las costas procesales. De manera subsidiaria solicita el reconocimiento de la prestación con base en el prgf. 2º del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Funda sus pedimentos en que nació el 30 de abril de 1942 por lo que actualmente cuenta con 72 años de edad; que se afilió al Régimen de Prima Media administrado por el ISS el 15 de febrero de 1973, habiendo cotizado un total de 927 semanas, de las cuales 670 lo fueron al 31 de marzo de 1994, y 851.71 al 22 de julio de 2005; que laboró hasta el 31 de mayo de 2008 fecha en la cual sus capacidades físicas se lo permitieron; que la Junta de Medicina Laboral del ISS le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 52.33 %, estructurada el 14 de octubre de 2010 de origen común; que posteriormente la Junta Regional de Calificación de Risaralda le otorgó una invalidez del 52.36 %, ratificando la fecha de estructuración anterior, y que dicha decisión que fue avalada en todas sus partes por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Refiere que presentó solicitud pensional ante la demandada el 4 de abril de 2013, la cual fue resuelta desfavorablemente mediante Resolución GNR 129788 de 2013; que al resolver el recurso de apelación interpuesto contra dicho acto administrativo, la entidad confirmó la decisión anterior.

Al dar respuesta a la demanda la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** se opuso a las pretensiones del gestor aduciendo que el este no cumple con los presupuestos legales para ser beneficiario de la pensión que reclama. En su defensa formuló las excepciones de “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO:***

El Juzgado de conocimiento dictó sentencia por medio de la cual declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación demandada propuesta por la entidad de seguridad social, por lo que la absolvió de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte vencida fijando agencias en cuantía de 1SMLMV. Para así concluir, sostuvo que el señor Javier Toro Escudero no cumple con la densidad de semanas exigidas por la Ley 860 del 2003, ni el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, aplicable por virtud del principio de la condición más beneficiosa, conforme los postulados de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. De otra parte, indicó que el actor no acreditó haber sufragado al sistema pensional 25 semanas dentro de los tres años que precedieron su estructuración, por lo que no es procedente la aplicación del prgf. 2º ibídem.

Contra la anterior decisión se alzó la parte demandante quien sostuvo que sí acredita 25 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, y que en todo caso, la Corte Constitucional ha reiterado que el principio de la condición más beneficiosa está llamado a operar en aquellos casos en que se identifique una sucesión de normas, por lo que es viable la aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

***Del problema jurídico.***

*¿En el sub-lite, es de recibo la aplicación del principio de la condición más beneficiosa?*

*¿Tiene derecho el actor al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que reclama?*

***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 recurso, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte recurrente (art. 66 A CPLSS.).

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

1. **CONSIDERACIONES:**

 **3.1 Aplicación del principio de la condición más beneficiosa*.***

En los infolios no abriga duda los siguientes supuestos fácticos: (i) que el natalicio del demandante se dio el 30 de abril de 1942 (fl.28); (ii) su pérdida de capacidad laboral del 52.36 % de origen común, con fecha de estructuración del 14 de octubre de 2010, es decir, a sus 68 años de edad, según colige del dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 13 de septiembre de 2012 (fl.23 y ss.); y (iii) que sufragó un total de 935.45 semanas al sistema de seguridad social desde el 15 de febrero de 1973 y hasta el 31 de mayo de 2008, de las cuales más de 743.71 se efectuaron antes del 1º de abril de 1994 (fl.59).

Así las cosas, el asegurado había aglutinado al 1 de abril de 1994, más de 300 semanas sufragadas al sistema pensional, las que en vigencia del acuerdo 049 de 1990, hubieran sido suficientes para alcanzar el derecho a la pensión de invalidez, como quiera que bajo la égida de la Ley 860 de 2003, no había alcanzado 50 semanas de aportes en los tres años que antecedieron a la pretendida fecha de estructuración de la invalidez, pues reporta 23.58, y tampoco en vigencia de la Ley 100 original.

Por lo que podría abrirse paso al estudio de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, o cualesquiera otro (expectativa legítima, proporcionalidad, favorabilidad, igualdad etc.), que justificara la súplica del actor de saltar de la ley 860 de 2003 al acuerdo 049 de 1990, en orden a acceder al pedimento pensional, sino fuera porque dada las condiciones como se acreditó el estado invalidante en un 52.36%, este no satisface para la Sala, el otro requisito para consolidar el derecho deprecado, pese a que la merma laboral supera el 50%.

Se sostiene lo anterior en la medida en que al juzgar por la circunstancia de haberse emitido el dictamen de la junta calificadora de la invalidez y la fecha de estructuración de la invalidez, en una época en que el demandante superaba la edad de 68 años, altamente resultaba probable, que su pérdida laboral superara el 50% a causa de los achaques propios de la vejez, y no de una enfermedad en específico sin consideración a esa avanzada edad, como de manera desprevenida se pudiera deducir de la lectura del dictamen de la Junta de folio 14, el cual se refiere a Hipertensión Esencial (Primaria), Disminución de la agudeza visual – sin especificación, y Coxartrosis no especificada.

En otra ocasión, esta Sala había negado el reconocimiento de una pensión de invalidez fundada en argumentos similares al que hoy se exponen, cuando entre otras razones se adujo:

“*es cierto que no se probó que la pérdida de la capacidad laboral de la actora tuviera incidencia directa en el trabajo habitual desplegado por ésta, véase que la razón en que se cimienta el fundamento legal de la pensión de invalidez [Acu. 049/90, Art.5°] no es otra que la de proteger al* ***“afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido el 50% o más de su capacidad laboral para desempeñar el oficio o profesión para el cual está capacitado y que constituye su actividad habitual y permanente”;*** *actividad habitual y permanente que, para el caso pensional, es la que efectivamente constituye la necesidad de la existencia del cubrimiento de la Seguridad Social por parte del Estado, a fin de que el asegurado pueda seguir cubriendo sus necesidades básicas de sustento; cubrimiento que para este caso particular no entraría a suplir las actividades laborales habituales o permanentes de la actora, puesto que éstas simplemente no existen o no fueron probadas para la fecha en que se estructuró el estado de invalidez… su sustento económico no depende, en todo caso, de actividades laborales y por ende el reconocimiento pensional que hoy se solicita, de reconocerse, no sería coherente con los principios que soportan la Seguridad Social, que son la cobertura de aquel tipo de contingencias que sobrevengan a un trabajador que depende en su sostenimiento y el de los suyos, de su actividad laboral.*

*En otras palabras, hoy por hoy, para las personas que han perdido su capacidad para laborar por el deterioro o decrepitud natural del cuerpo humano no está dispuesta la pensión de invalidez como sí la de vejez. Tan cierto ello que el parágrafo del artículo 4º del Decreto 917 de 28 de mayo de 1999, que modificó el 692 de 1995, que es el Manual Básico para la Calificación de Invalidez, establece:*

*“Las consecuencias normales de la vejez, por sí solas, sin patología sobre agregada no generan deficiencia para los efectos de la calificación de la invalidez en el Sistema Integral de Seguridad Social. En el caso de co-existir alguna patología con dichas consecuencias se podrá incluir dentro de la calificación de acuerdo con la deficiencia, discapacidad y minusvalía correspondientes”.*

***Las circunstancias especiales de la demandante lo que suponen es que ni siquiera exista grado de responsabilidad alguno entre el demandante y el Instituto de Seguros Sociales, ya que Quiroz Rodas no puede considerarse como una afiliada al Sistema de Seguridad Social Integral, puesto que la obligación del Instituto terminó cuando dispuso negar la pensión de vejez”*** *[sentencia 13 de abril de 2007, radicación 2005-0052-01]**(las sublíneas y negrillas son del texto original).”*

Es más, la fecha de estructuración acreditada en el plenario, esto es, cuando Javier Toro Escudero, frisaba en los 68 años de edad, se ubica por fuera del alcance de la asegurabilidad de la prestación, puesto que tal cobertura periclita al momento de haber arribado al cumplimiento de la edad mínima y reunida la densidad de aportes, ocasión a partir de la cual la contingencia se cubre de manera exclusiva, con la pensión de vejez, al punto que desde allí cesa la obligación definitiva de cotizar al sistema de pensiones, a través de la figura conocida como retiro, y por ende, el ente de la seguridad social no asume responsabilidad alguna, por cualquier contingencia que se presente en ese lapso que por ley han cesado las cotizaciones, sin perjuicio de que dicha responsabilidad, se mantenga en el caso de la pensión de invalidez, cuando su fecha de estructuración se remonte en un período atrás, cuando aún subsistía el deber de sufragar al sistema, hipótesis que no se dio en el sub-lite.

Ahora bien, si se arriba a la edad mínima, empero, no se alcanza la densidad de cotizaciones exigidas, la opción que le queda a la persona, es su reclamo al derecho a la indemnización sustitutiva (art. 9 Acdo 049/90, 45, 37 y 13 lit. p. de la Ley 100/93 mod. L 797/03).

Obviamente, que la óptica de estudio no es la misma para los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, sin embargo, para la de invalidez, en los casos en que la contingencia que determina la fecha de estructuración no acaece con antelación al cumplimiento de la edad mínima para recibir la pensión de vejez, no habría lugar a que con los aportes de IVM, se garantice el reconocimiento de la pensión de invalidez, por cuanto en este evento, la fecha de estructuración se sale de tal marco de referencia, esto es, del propio de la cobertura de la prestación, soportado con el deber de cotizar, que como ya se expuso, no existía para el 2010 cuando se estructuró la invalidez del actor.

Adicionalmente, tampoco resultaría procedente el reconocimiento de la pensión de vejez al actor, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por cuanto según se colige del haber de aportes para pensión obrante a folio 59, éste aglutinó al sistema pensional un total de 935.45 semanas en toda su vida laboral, de las cuales 360.15 lo fueron durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, de modo que son insuficientes para tales menesteres.

Es así, como el acuerdo 049 de 1990, cuya aplicación se clama en este asunto, por aplicación de la condición más beneficiosa, contempla en el segundo inciso del artículo 9, básicamente la hipótesis que acá se ofrece, esto es, que el asegurado que sin tener derecho a la pensión de vejez, se invalide después de alcanzar las edades que se señalan en dicho reglamento para adquirir el derecho a dicha pensión de vejez, le asiste el derecho a reclamar, otra modalidad de indemnización sustitutiva, dado que la primera como ya se adujo, lo reglamenta el encabezado de dicha normativa, para “[e]l asegurado que al momento de invalidarse no tuviere el número de semanas exigidas en el literal b) del artículo 6 del presente acuerdo…”.

De allí entonces que la pretensión de la parte actora no ostenta vocación de ventura, pues como se avista, para la calenda de estructura de su estado de invalidez, se encontraba fuera del ámbito de cobertura del sistema pensional para esta contingencia, por lo que ni siquiera acudiendo al principio de la condición más beneficiosa, es posible que se aplique al actor tal gracia pensional.

De otra parte, en cuanto a la aplicación del parágrafo 2º del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 el cual clama para quienes hubiese cotizado el 75 % de las semanas mínimas requeridas para la pensión de vejez, 25 semanas en los últimos tres años, habrá que decir que tal supuesto tampoco lo satisface el recurrente por cuanto sólo acredita 23.58 semanas de aportes dentro de ese lapso.

De modo que, se confirmará por razones distintas la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo del recurrente.

En mérito de lo expuesto, el 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. **Confirma** por razones distintasla sentencia del 12 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia.
2. Costas en esta instancia a cargo del recurrente.

**NOTIFIQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.**

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO**

 Magistrada Magistrado

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

Secretario