|  |
| --- |
| El siguiente es el documento presentado por la Magistrada ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Corporación.  |

Providencia: Sentencia del 27 de mayo de 2016

Radicación No.: 66001-31-05-001-2013-00534-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Luís Alfonso Gómez Zazipa

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Tema:

 Aplicación del principio de la condición más beneficiosa: En lo que atañe a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, se dirá que como el actor sólo cuenta con 33.17 semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no es dable acudir a las disposiciones consagradas en el Acuerdo 049 de 1990 para conceder el derecho deprecado; pero además, como también carece de 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez y de la misma cantidad en el año anterior a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003 *-en ambos lapsos no tiene cotizaciones-*, tampoco era factible remitirse al contenido del texto original de la Ley 100 de 1993.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Mayo 27 de 2016)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Buenos días, siendo las 9:40 a.m. de hoy, viernes 27 de mayo de 2016, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **Luís Alfonso Gómez Zazipa** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”**.

Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la s.s., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los fundamentos de los argumentos expuestos en las alegaciones se tuvieron en cuenta en la discusión del proyecto, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y la apelación propuesta por la parte demandada contra la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el 10 de febrero de 2015, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad.

**Problema jurídico por resolver**

 De acuerdo a lo expuesto en la sentencia de primera instancia le corresponde a la Sala determinar si es procedente reconocer la pensión de invalidez al demandante en virtud de lo consagrado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003 y, en caso negativo, si es procedente hacerlo en aplicación del principio jurisprudencial de la condición más beneficiosa.

1. **La demanda y su contestación**

El citado demandante solicita que se ordene a Colpensiones imputar los periodos comprendidos entre el 1º de enero de 1996 y el 30 de septiembre de 1999, los cuales suman un total de 192,9 semanas y, por ende, se declare que tiene derecho a la pensión de invalidez. Como consecuencia de lo anterior, procura que se condene a la entidad demandada a pagar la aludida prestación desde el 13 de junio de 2008, más la indexación y las costas procesales.

Para fundar dichas pretensiones manifiesta que es afiliado a Colpensiones; que nació el 18 de octubre de 1972 y que el 19 de enero de 2012 presentó solicitud de pensión de invalidez ante la demandada. Agrega que el I.S.S. realizó calificación el 25 de octubre de 2011, encontrando una pérdida de capacidad laboral del 59.27%, sin embargo, Colpensiones negó la pensión de invalidez por carecer de 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de su estructuración, decisión que derivó del hecho de que no le aparecen reportadas en su historia laboral las cotizaciones realizadas por su empleador César Augusto Vanegas entre el 1º de enero de 1996 y el 30 de septiembre de 1999

Finalmente, refiere que la vía gubernativa se encuentra agotada y que de él depende su núcleo familiar.

Colpensiones aceptó como ciertos los hechos relacionados con la edad del demandante; la fecha en que radicó la solicitud de la pensión de invalidez; que el I.S.S. lo calificó con un una pérdida de capacidad laboral del 59,27% y el contenido de la resolución GNR 020526 de 2012, a través de la cual se negó la aludida prestación. Frente a los demás hechos manifestó que no le constaban

Seguidamente se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las que denominó “Inexistencia de la obligación demandada”, “Prescripción” y “Genéricas”.

1. **La sentencia de primera instancia**

La Jueza de conocimiento declaró que el señor Luís Alfonso Gómez Zazipa tiene derecho al reconocimiento de su pensión de invalidez a partir del 13 de junio de 2008, en cuantía de un salario mínimo y dos mesadas adicionales. Asimismo, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a favor del demandante las sumas de $48.162.605.50 y $3.764.479, por concepto de retroactivo pensional e indexación causadas entre el 22 de noviembre de 2008 y el 10 de febrero de 2015, respectivamente, y las costas procesales.

 Para llegar a tal determinación la A-quo consideró, en síntesis, que de conformidad con la contestación allegada por Porvenir S.A., en la que manifiesta que el actor estuvo afiliado a esa entidad entre el 1º febrero de 1995 y el 30 de junio de 2008, era posible concluir que el actor contaba con 154 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a la estructuración de su invalidez *–13 de junio de 2008-*; igualmente, precisó que si se dijera que aquella comunicación se contradice con el certificado remitido por la misma sociedad en el que precisa que el actor sólo efectuó cotizaciones por el año 1995, lo cierto es que al tenerse en cuenta las semanas aludidas previamente, también era dable reconocer la pensión en virtud del principio de la condición más beneficiosa acudiendo al contenido del Acuerdo 049 de 1990.

 Como consecuencia de lo anterior, ordenó el reconocimiento de dicha prestación en cuantía del salario mínimo a partir de la estructuración de la invalidez y por catorce mesadas anuales por haberse causado la prestación antes del 31 de julio de 2010. De esta manera, procedió a liquidar el retroactivo adeudado, teniendo en cuenta un salario mínimo y dos mesadas adicionales, concluyendo que el mismo al 10 de febrero de 2015 ascendía a $48.162.605.50, valor cuya indexación era de $3.764.479.

1. **Recurso de apelación y procedencia de la consulta**

 El apoderado de la entidad demandada interpuso recurso de apelación arguyendo, básicamente, que en el caso bajo estudio no había lugar a reconocer la pensión de invalidez por cuanto el actor carece de 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a la estructuración de su discapacidad. Además, la entidad que representa negó la prestación en su momento por el incumplimiento de los requisitos legales, por lo que aceptar que en el presente asunto procede la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, lo cual no se invocó en la reclamación administrativa, implica imponerle que proceda en contra de las disposiciones legales.

Ahora, como quiera que la sentencia fue totalmente desfavorable para Colpensiones y no fue apelada, se dispuso el grado jurisdiccional de consulta.

1. **Consideraciones**

* 1. **Supuestos fácticos probados**

No existe discusión alguna en el presente asunto respecto a los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Luís Alfonso Gómez Zazipa fue calificado por el entonces I.S.S. el 25 de octubre de 2011, con una pérdida de capacidad laboral del 59,27% de origen común estructurada el 13 de junio de 2008 (fl. 8) y, ii) que a través de la Resolución GNR 020526 del 13 de diciembre de 2012 Colpensiones negó la prestación bajo el argumento de que el actor sólo contaba con 171 semanas cotizadas en toda su vida laboral, con las cuales no superaba las 50 en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración.

Hasta aquí debe decirse que, en principio, la norma aplicable es la vigente para el momento de la estructuración de la invalidez, que no es otra que la Ley 100 de 1993 con las modificaciones establecidas en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, la cual exige, entre otros, que el afiliado haya cotizado 50 semanas en los tres años anteriores al estado incapacitante, requisito que procede la Sala a verificar y que, en caso de no cumplirse, da lugar a estudiar la prestación en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

 **4.3 Caso concreto**

Una vez revisada la totalidad del acervo documental que reposa en el infolio de primer grado, puede concluir esta Corporación que la decisión de primer grado carece de fundamentos fácticos suficientes y, en consecuencia, debe ser revocada en su integridad, tal como procede a explicarse.

1. En el reporte de semanas cotizadas allegado por Colpensiones se observa un total de 231,57 semanas cotizadas, existiendo un vacío entre el 1º de enero de 1996 y el 30 de septiembre de 1999, que no aparece con mora patronal, pero que la A-quo tuvo como si hubiera sido laborado a favor del señor César Augusto Vanegas para sumar a la totalidad de semanas del actor (fl. 33).
2. Mediante comunicación del 21 de julio de 2014 la AFP Porvenir informó al despacho de conocimiento que el señor Gómez Zazipa estuvo a afiliado al entonces fondo de pensiones Horizonte, hoy Porvenir, desde el 1º de febrero de 1995 hasta el 30 de junio de 2008, y precisó que el señor César Augusto Vanegas consignó aportes a nombre del demandante entre febrero y noviembre de 1995 (fl. 55); información que adicionó posteriormente mediante oficio del 25 de septiembre de 2014, en el que refirió que el 1º de agosto de 2008 trasladó a Colpensiones los saldos que se encontraban consignados a nombre del promotor del litigio por valor de $1.052.443, adjuntando copia del detalle de los aportes que aparecen en el sistema, en el que se perciben cotizaciones efectuadas entre febrero y noviembre de 1995 y una en el mes de junio de 2008 (fls. 63 y 64). No obstante lo anterior, la Jueza de instancia tomó la totalidad del tiempo que duró la afiliación del actor al RAIS como si de manera ininterrumpida hubiera efectuado cotizaciones en él.

 Esta Judicatura no avala el discernimiento de la Jueza de instancia al considerar la totalidad del tiempo en que el señor Luis Alfonso Gómez estuvo vinculado al RAIS como si el mismo hubiera sido efectivamente cotizado, pues para ello era menester analizar, en virtud del principio de la unidad de la prueba, los demás documentos que eventualmente podían dar soporte a su elucubración; no obstante, si se observa el reporte de semanas cotizadas aportado por Colpensiones se percibe que entre el 1º de febrero de 1995 hasta el 30 de junio de 2008, interregno en el que el actor estuvo afiliado al RAIS, sólo aparecen 98,57 semanas, de las cuales, ninguna fue cotizada en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración.

 Incluso, si se tuviera en cuenta el lapso que se invocó en la demanda como dejado de contabilizar por parte de la demandada, entre 1996 y 1999, que equivale a 192 semanas, tampoco se alcanzarían las semanas exigidas en razón a que no hacen parte del trienio previo a la causación de la discapacidad, amén de que no era posible endilgar a la demandada la supuesta falta de cobro de aquellos periodos ante un empleador que, además de aparecer registrado con mora, estuvo haciendo aportes cuando el demandante estaba afiliado al RAIS, campo en el que la administradora del régimen de prima media no tiene capacidad de ejecución persuasiva alguno.

 En lo que atañe a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, se dirá que como el actor sólo cuenta con 33.17 semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no es dable acudir a las disposiciones consagradas en el Acuerdo 049 de 1990 para conceder el derecho deprecado; pero además, como también carece de 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez y de la misma cantidad en el año anterior a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003 *–pues en el primer lapso no tiene cotizaciones y en el segundo sólo 2 semanas-*, tampoco era factible remitirse al contenido del texto original de la Ley 100 de 1993.

 En virtud de lo anterior, se revocará la decisión de primer grado para, en su lugar, declarar probada la excepción de “inexistencia de la obligación demandada”, propuesta por la entidad demandada y, en consecuencia, negar el reconocimiento de la pensión de invalidez al señor Luís Alfonso Gómez Zazipa.

La condena en costas de ambas instancias correrá a cargo del demandante y a favor de la demandada en un 100% y se liquidarán por la Secretaría del Juzgado de origen.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala de Decisión Laboral No. 1**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**Primero**.- **REVOCAR** la sentencia proferida el 10 de febrero de 2015 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor **Luis Alfonso Gómez Zazipa** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-**, para, en su lugar, declarar probada la excepción de “Inexistencia de la obligación demandada” propuesta por la entidad demandada.

**Segundo.- Denegar** las pretensiones incoadas por el señor **Luis Alfonso Gómez Zazipa** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-**,

**Tercero**.-Costas de ambas instancias correrá a cargo del demandante y a favor de la demandada en un 100% y se liquidarán por el juzgado de origen según lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

 **Notificación surtida en estrados.**

**Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

 No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina siendo las \_\_\_\_\_ de la mañana, se levanta el acta y firman las personas que en la misma intervinieron.

La Magistrada,

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 Aclara voto

**JOHAN JACOME OROZCO**

Secretaria Ad-Hoc

*MAGISTRADO:* ***JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ***

*Pereira, veintisiete (27) de mayo de dos mil dieciséis [2016].*

***ACLARACIÓN DE VOTO:***

A pesar de que coincido con la decisión aquí tomada que niega las pretensiones de la demanda, como quiera que la sentencia asume la posibilidad de aplicar el principio de la condición más beneficiosa pasando de ley 860 de 2003, vigente al momento de la estructuración de la invalidez, al acuerdo 049 de 1990, debo en este punto aclarar mi voto.

Es que tal forma de utilizar la figura en mención está tajantemente proscrita por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, quien, en sentencias proferidas en los procesos radicados con los Nos. 39804, 44509, 57442, 44612 y 45306 esta última de 10 de septiembre de 2014, entre otras muchas más, ha reiterado en su Sala de casación Laboral su posición sobre la aplicación de la figura de la condición más beneficiosa, en el sentido de sostener que ésta no permite que se acuda por los juzgadores al uso de las disposiciones contenidas en cualquier legislación anterior que resulte más favorable, como aquí lo hace la mayoría de la Sala pasando de la ley 797 de 2003 al acuerdo 049 de 1990. En efecto, dijo la Corte.

*“…Por lo demás, no es procedente la aplicación de la condición más beneficiosa para acudir al Acuerdo 049 de 1990, pues dicho principio no se constituye en una patente de corso que habilite a quien no cumple los requisitos de la normatividad que le es aplicable, a efectuar una búsqueda histórica en la legislaciones anteriores para ver cual se ajusta a su situación, pues, esto desconoce el principio según el cual las leyes sociales son de aplicación inmediata y en principio rigen hacia el futuro.”*.

Es más, de manera explícita la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientísima sentencia de 18 de febrero de 2015, radicación No. 46412 con ponencia del doctor Rigoberto Echeverri Bueno, se refirió a la forma equivocada en que se pretende aplicar el principio de la condición más beneficiosa en asuntos de sobrevivencia, pero cuyas reflexiones valen para los casos de invalidez, en los siguientes términos:

*“… en virtud del principio de la condición más beneficiosa, no le está permitido al juez realizar un examen histórico de las leyes anteriores a fin de determinar la más ventajosa de entre ellas para el caso particular, en lo que tiene que ver con las exigencias para acceder a la pensión de sobrevivientes, pues lo cierto es que el mencionado principio constitucional* ***lo que autoriza es la aplicación de la norma inmediatamente anterior frente a la nueva****, en el evento de que se cumplan las exigencias de la misma, de suerte que, ante un evento que se encuentra regulado por Ley 797 de 2003 , tal como acontece en el presente asunto, no es posible la aplicación del Acuerdo 049 de 1990.*”

Y esta opinión del Alto Tribunal debe respetarse, teniendo en cuenta que tres decisiones uniformes, proferidas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, que en los términos de la Corte Constitucional en la parte resolutiva de la sentencia C-836 de 2001 al declarar exequible el artículo 4º de la ley 169 de 1896, obliga a **los jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, a seguir la línea**, salvo una poderosa argumentación en contrario que no percibo en la providencia de la que ahora me aparto.

Adicional a los claros argumentos de nuestro órgano de cierre, considero que no hay lugar a la aplicación de la condición más beneficiosa en ningún evento ocurrido con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 1º del acto legislativo 01 de 2005 que prevé el aseguramiento de la sostenibilidad financiera del sistema.

Fue tan claro el ánimo de esta disposición de otorgar prestaciones basadas en cálculos actuariales serios y reales que en su inciso 3º, **tal vez previendo la tendencia de algún sector de los funcionarios de la jurisdicción laboral a conceder prestaciones del sistema con base en reglas anteriores a la ley 100 de 1993**, como en efecto lo viene haciendo la mayoría de esta Sala, dispuso:

*“...Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del sistema general de pensiones.”*

Y como quiera que antes de la ley 100 de 1993 no existía un sistema general de pensiones sino una serie de regímenes desarticulados que precisamente llevaron al legislador a la expedición de lo que se ha dado en llamar el sistema de seguridad social, resulta obvio que tal disposición ordena a los operadores judiciales otorgar esas

pensiones de invalidez y sobrevivientes, única y exclusivamente cuando se acrediten los requisitos que en ella se establecieron y no los de las anteriores legislaciones.

**Lo que implica que por lo menos, a partir de la vigencia del acto legislativo 01 de 2005, reconocer pensiones de sobrevivientes con base en los requisitos previstos antes de la ley 100 de 1993 (verbi gratia acuerdo 049 de 1990), por fallecimientos ocurridos después de 29 de julio de 2005, constituye una clara y consciente inaplicación de la Constitución Nacional.**

No le está permitido a los jueces desconocer el Estado de derecho propio del sistema democrático, prescindiendo de lo dispuesto en las leyes vigentes, o incluso, prescindiendo de un Acto Legislativo, para hacer prevalecer normas anteriores Constitucionalmente derogadas, en pos de aplicar particulares razones de equidad en cada caso concreto.

Pero como quiera que, como se dijo con anterioridad, la mención hecha en la sentencia de la posibilidad de acoger la figura de la condición más beneficiosa, en nada cambia el tenor de la decisión final adoptada, acojo lo resuelto y dejo aclarado mi voto en el sentido que atrás se indicó.

***JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ***

Magistrado