El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia 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 Sala.

Providencia: Sentencia - 2ª instancia - 24 de marzo de 2017

Proceso: Ordinario Laboral – Confirma sentencia que negó las pretensiones

Radicación No.: 66001-31-05-001-2015-00117-01

Demandante: Abelardo Escarraga Londoño

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Primero del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Tema: **Compatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y la pensión de invalidez:** la circunstancia de que el afiliado haya recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, para el caso la prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, no impide, como ya se ha expuesto, que éste o sus derechohabientes se beneficien de una pensión distinta al riesgo de vejez, como sería el caso de la pensión de sobrevivientes que se causa es por la muerte del asegurado, eso sí siempre y cuando se reúnan los requisitos legales exigidos para esta precisa contingencia. (Ahora bien) como quiera que en aplicación de la condición más beneficiosa, el demandante solicita que su pensión de invalidez se resuelva con base en los requisitos previstos en el acuerdo 049 de 1990, y en dicha norma, como se ha explicado, existe norma expresa que prohíbe el reconocimiento de dicha prestación cuando el estado de invalidez se haya estructurado con posterioridad a la edad mínima de pensión, forzoso resulta confirma la decisión de primera instancia.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

**(marzo 24 de 2017)**

Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 9:00 a.m. de hoy, viernes 24 de marzo de 2017, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **ABELARDO ESCARRAGA LONDOÑO** 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 alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a desatar el recurso de apelación promovido por el demandante en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el pasado 22 de febrero de 2016.

**Problema jurídico por resolver**

De acuerdo a lo expuesto en la sentencia de primera instancia y en consonancia con los argumentos esbozados en el recurso de apelación que en su contra interpuso la parte actora en su debida oportunidad, le corresponde a la Sala responder al siguiente interrogante: a la luz del ordenamiento jurídico que previene los efectos jurídicos del pago de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, según sea el caso, en el sistema pensional ¿es viable el reconocimiento de la pensión de invalidez a un afiliado que, antes de ser calificado con una merma en su capacidad laboral superior al 50%, había recibido el pago de la indemnización sustitutiva dentro del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES?

**I - ANTECEDENTES**

Señala el promotor del litigio en su demanda, básicamente:

1. que el 14 de agosto de 2014 fue calificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 57,96% de origen común, estructurado el 9 de noviembre de 2011.
2. que con anterioridad a la entrada en vigencia de nuevo régimen pensional previsto en la Ley 100 de 1993, es decir, en vigencia del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, alcanzó a cotizar 502 semanas, y solo 3 de ellas lo fueron entre el 1º y el 22 de abril de 1994, tras lo cual suspendió definitivamente el pago de aportes pensionales por su delicado estado de salud.
3. Indica, además, que mediante Resolución No. 103316 de 2010, una vez llegó a la edad mínima de pensión, el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, le reconoció indemnización sustitutiva de vejez y, mediante Resolución No. GNR 29946 del 10 de febrero de 2015, le negó la pensión de invalidez, bajo el pretexto de que no reunía los requisitos estipulados en la Ley 860 de 2003 para acceder a la misma.

En virtud de lo anterior, solicita que, con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa, su pensión de invalidez sea reconocida bajo los requisitos previstos en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, por haber cotizado más de 300 semanas en vigencia de dicha normativa.

En respuesta a la demanda, COLPENSIONES aceptó como ciertos los hechos anteriormente señalados, pero se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo la tesis de que sí bien el demandante tiene una calificación de invalidez superior al 50%, no reúne 50 semanas de cotización en los tres (3) años anteriores a la estructuración de su estado de invalidez, esto es, entre el 9 de noviembre de 2008 y el 9 de noviembre de 2011, como lo exige la Ley 860 de 2003, que es la aplicable a su caso a efectos de resolver la prestación reclamada. Además, propuso las excepciones de mérito que denominó “inexistencia de la obligación demandada” y “prescripción”.

**II - SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgador de primera instancia empezó por precisar que se encuentra ampliamente admitido por la jurisprudencia laboral, aunque no con aceptación plena, que, aunque por regla general la norma llamada a resolver la pensión de invalidez es la que se encuentre vigente a la fecha de estructuración de aquel estado, es posible acudir a un cuerpo normativo anterior por aplicación del principio de la condición más beneficiosa, cuando en vigencia de dicha ley se hubieren efectuado todos los aportes exigidos por la misma.

Agregó que, en el ámbito local, esta posición se reasumió en la sentencia de fecha 31 de octubre de 2013, en el proceso con radicación 2012-00546, con ponencia del Magistrado Francisco Javier Tamayo Tabares, y se ha mantenido en el tiempo como lo refrenda el fallo del 20 de marzo del año 2015, Rad. 005-2014-00062, Magistrada Ponente Ana Lucía Caicedo Calderón, en el que se precisó que la aplicación del principio de la condición más beneficiosa no se limita a los casos de sucesión inmediata de leyes, por lo que es posible que una invalidez estructurada en vigencia de la Ley 860 de 2003, modificatoria de la Ley 100 de 1993, se resuelva con sustento en el acuerdo 049 de 1990, siempre y cuando el afiliado haya cotizado en vigencia de dicho acuerdo, es decir, con anterioridad al 1º de abril de 1994, 300 semanas en toda su vida laboral.

Definido que es admisible hacer el tránsito de la Ley 860 de 2007, inicialmente llamada a regir la pensión de invalidez que reclama el actor, al acuerdo 049 de 1990, señaló que no existe mayor discusión de que el señor Escarraga Londoño cumpliría las exigencias del artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990, para invocarlo como sustento de la prestación debatida, pues aparte de que ha sido calificado con una falta de capacidad laboral superior al 50% (fl. 19-22), la historia laboral que reposa en el expediente indica que, como se alegó en el libelo, de las 505,14 semanas que cotizó al liquidado Instituto de los Seguros Sociales, 502 las aportó antes del 1º de abril de 1994 (Fl. 56).

Sin embargo, llegados a este punto, el Juez de primer grado señaló que era pertinente recordar que al llegar a la edad mínima de pensión, el demandante reclamó y recibió la indemnización sustitutiva de vejez, lo que a la luz del artículo 6º del Decreto 1730 de 2001, hace incompatible el reclamo que ahora pretende con el pago de la precitada indemnización, pues una vez que se recibe esta última, las cotizaciones que se tuvieron en cuenta para liquidarla, no pueden ser tenidas en cuenta de nuevo a la hora de verificar los requisitos para el reconocimiento de una prestación distinta, como lo es la invalidez o muerte.

Indicó que esta norma ha sido objeto de múltiples interpretaciones y pronunciamientos por parte de jurisprudencia nacional, algunas de ellas enderezadas a sostener que en determinadas circunstancias no está llamada a ser aplicada, pues tal prohibición se contrapone a otros intereses superiores como es el pago de la pensión de vejez, pero igualmente en otros casos la justica ha optado por su aplicación. Trae como ejemplo de esto último, la sentencia del 7 de julio de 2009, Rad. 35896, M.P. Eduardo López Villegas, en la que la Corte, aunque indicó que la indemnización es una prestación provisional, excluyó del conteo de semanas las que habían sido tenidas en cuenta para liquidar la indemnización sustitutiva, reconociendo como válidas, única y exclusivamente, las que se hicieron con posterioridad a tal fecha, igualmente hizo mención de la sentencia No. 39504 de 2011, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruíz, en la que se indicó que el sistema no funciona como un fondo en el que los afiliados puedan hacer retiros de sus recurso a voluntad.

Añadió que ya con antelación, la Sala Laboral de este Distrito, mediante sentencia del 13 de abril de 2007, M.P. Jairo Londoño Jaramillo, se había pronunciado en sentido similar, señalando que probado que la parte actora recibió dicha indemnización, no puede valerse de las cotizaciones que sirvieron para financiar dicha prestación para reclamar, con posterioridad, la pensión de invalidez, lo cual vino a ser reforzado en la sentencia del 28 de enero de 2014, M.P. Ana Lucía Caicedo Calderón, en la que igualmente se aplicó el sentido textual del artículo 6º del Decreto 1730 de 2001.

Ahora bien, también destacó el A-quo que es postura pacifica, que se acompasa con la de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que no existe incompatibilidad cuando el afiliado o sus beneficiarios acudieron a la AFP con el fin de reclamar una prestación y en su lugar se le reconoció la indemnización sustitutiva, pero con posterioridad se establece que sí tenía el derecho a la pensión y que fue por incuria de la entidad que dejó de pagarse, es en esos precisos eventos se ha ordenado reconocer la gracia pensional autorizando a la entidad demandada a descontar del retroactivo aquel monto pagado por concepto de la indemnización sustitutiva, situación que dista de aquí presentada, pues, se itera, se le reconoció la I.S.P.V. (indemnización sustitutiva), porque carecía de las semanas para alcanzar la pensión de vejez, pues solo contaba con 453 semanas cotizadas cuando llegó a los 60 años, y fue esto lo que lo llevó a decidir, de manera voluntaria y consiente, cancelar su afiliación al Fondo Pensional, pues no solo dejó de pertenecer al fondo pensional por decisión propia, sino que dejó al fondo desprovisto de los recursos con cargos a los cuales se financia el pago de las distintas prestaciones reconocidas por el Sistema Pensional.

Para complementar lo anterior, advirtió que incorporar al análisis del asunto lo reglado por el literal d) del artículo 2 del acuerdo 049 de 1990, acuerdo invocado por la parte actora como fundamento de su derecho, en el sentido de que quedaban excluidos del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, *“las personas que se hayan pensionado por el régimen de los seguros sociales obligatorios o hubieran recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o invalidez por riesgo común”,* disposición reiterada en el parágrafo del artículo 14 del mismo acuerdo, refuerza la anterior conclusión. Por último, señaló que la importancia de lo acabado de resaltar, radica en que al hacer uso del derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de que se viene hablando, aparte de significar la recuperación por el indemnizado de los dineros que venía depositándose en el fondo de pensiones para financiar sus eventuales pensiones para vejez o invalidez o la de sobrevivientes para sus beneficiarios, también se traduce en su desafiliación al sistema pensional, o, en otras palabras, en la pérdida de la calidad de asegurado, pues así lo preveía en forma expresa el citado artículo. De un lado, porque la exclusión se encontraba prevista respecto de los tres riesgos, no solo del previsto para vejez, y de otro, porque los aportes estaban destinados a cubrir las tres contingencias, por lo que al recibirlos en contraprestación dejaba sin recursos económicos a la entidad para responder por una eventual invalidez o por su futuro fallecimiento.

**III- RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado judicial de la parte actora hizo recuento de varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, para concluir que el pago de la indemnización o la devolución de saldos en el RAIS, no deja por fuera de la cobertura para invalidez y muerte a los afiliados al Sistema Pensional que la hayan recibido. Indicando que dicha postura se ha mantenido incluso ahora con la nueva composición de la Sala Laboral de dicha Corporación, para lo cual trajo como ejemplo la sentencia SL9769-2014 de julio 16 de 2014, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que se ratificó que *“la circunstancia de recibir el afiliado la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en la Ley 100 de 1993, artículo 37, no impide que éste o sus derechohabientes se beneficien de una pensión distinta al riesgo de vejez, como sería el caso de la pensión de sobrevivientes que se causa por la muerte del asegurado, siempre y cuando se reúnan los requisitos legales exigidos para ese riesgo, por tratarse de diferentes contingencias”*.

**IV- CONSIDERACIONES**

* 1. **JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA RESPECTO A LOS EFECTOS JURIDICOS QUE PRODUCE EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ**

Como bien lo expone el recurrente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha resaltado que, a la luz de la filosofía y los principios del Sistema General de Seguridad Social, el reconocimiento que se haga de la indemnización sustitutiva no afecta la eventualidad del derecho a la pensión de invalidez, por cuanto se trata de dos beneficios legales diversos, que buscan amparar riesgos disímiles y, por tanto, se soportan en exigencias legales diferentes, por lo que nada se opone para que un afiliado, que no reunió en su momento los requisitos de la pensión de vejez y, por ello, se le cancele la citada indemnización, pueda seguir como asegurado del sistema pensional para otro tipo de contingencias y, con ello, genere las respectivas prestaciones económicas.

Así lo indicó en sentencia del pasado 16 de agosto de 2015, Rad. 45857, con ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno, que se acompasa entre otras con la sentencia del 27 agosto de 2008, rad. 33885, en la que se indicó que la afiliación al Sistema Pensional no desaparece con el pago de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos en RAIS[[1]](#footnote-1). Vale destacar de dicha sentencia, la conclusión en el sentido de que *“aunque el asegurado no tenga derecho a la prestación por vejez, puede perfectamente dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivencia en favor de sus legítimos derechohabientes”.*

A la luz de esa consolidada línea jurisprudencial, atendiendo al precedente vertical sobre la materia, la Sala decidió recoger su precedente horizontal, expresado en la sentencia del 24 de abril de 2015, que es contrario a la interpretación de la Corte Suprema, lo que comporta un nuevo entendimiento del asunto, pues la circunstancia de que el afiliado haya recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de su saldo en la cuenta de ahorro individual, prevista en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, no impide, como ya se ha expuesto, que este o sus derechohabientes se beneficien de una pensión distinta al riesgo de vejez, como sería el caso de la pensión de invalidez, incluso cuando esta se estructura en fecha posterior a la devolución del saldo o al pago de la indemnización sustitutiva, sin que pueda afirmarse que por esta razón la cobertura del riesgo de invalidez se extiende de manera indefinida más allá de tal fecha, pues no puede perderse de vista que la exigencia de un número mínimo de semanas cotizadas con anterioridad a la estructuración de la invalidez, hace que la cobertura tenga un límite en el tiempo.

Debe advertirse que en esa misma línea se pronunció la Sala Mayoritaria de la Sala Laboral en sentencia reciente, con ponencia del Magistrado Julio César Salazar Muñoz, en la que se indicó, en consonancia con la aludida sentencia SL 11234 de 26 de agosto de 2015 radicación Nº 45.857, de la Sala de Casación Laboral, que un afiliado al que se le había reconocido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, podía reconocérsele la pensión de invalidez, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos para el momento en que se estructure la invalidez.

* 1. **Del principio de la condición más beneficiosa**

Como bien lo advirtió el juzgador de primera instancia, en el sub lite resulta aplicable el principio de la condición más beneficiosa y es factible acudir al Acuerdo 049 de 1990, pues al 1º de abril de 1994 el asegurado contaba con más de las semanas exigidas en dicha norma para aplicarla, dado que sumaba 502 semanas cotizadas, tal como fue acreditado sin oposición en sede de primera instancia, cifra que resulta muy superior a las 300 exigidas por el canon 6º de ese cuerpo legal. Ello sin embargo, como pasa a explicarse, se convierte en un obstáculo a la hora de acoger el criterio jurisprudencial acabado de exponer en el anterior acápite, según el cual el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no impide el posterior reconocimiento de la pensión de invalidez o sobreviviente, ya que bajo la egida del acuerdo 049 de 1990 -que sería la norma aplicable a efectos de reconocer la pensión de invalidez con 300 semanas cotizadas antes del 1º de abril de 1994, es decir, antes de la ley 100 de 1993- la cobertura del aseguramiento en vejez, invalidez y muerte, tiene un límite en tiempo, llegado al cual el afiliado tiene derecho al pago de la indemnización sustitutiva, en el evento en que no haya alcanzado a cotizar la densidad mínima de semanas cotizadas. Señala el artículo 14 del mencionado acuerdo:

*Las personas que habiendo cumplido las edades mínimas exigidas para adquirir el derecho a la pensión de vejez, se retiraren definitivamente de las actividades sujetas al seguro social y no hubieren acreditado el número mínimo de semanas de cotización requeridas para que tal derecho se cause, percibirán en sustitución, por cada veinticinco (25) semanas de cotización acreditadas, una indemnización equivalente a una mensualidad de la pensión por invalidez permanente total que les hubiere correspondido en el supuesto de haberse invalidado al cumplimiento de la respectiva edad.*

*Para conceder esta indemnización se requiere, que no hayan transcurrido más de diez (10) años entre el período a que corresponde la última cotización acreditada y la fecha de cumplimiento de las edades para adquirir el derecho a la pensión de vejez, y que el asegurado tenga acreditadas no menos de cien (100) semanas de cotización.*

Pero además, en virtud literal d), artículo 2º del citado acuerdo, las personas que se hayan pensionado por el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios (hoy régimen de prima media con prestación definida) o hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común, quedan excluidos del seguro de invalidez, vejez y muerte.

Y hay más, señala el artículo 9º ídem, que el asegurado que al momento de invalidarse no tuviere el número mínimo de semanas exigidas para pensionarse por tal contingencia, tendrá derecho en sustitución de la pensión de invalidez, a una indemnización equivalente a una mensualidad de la pensión que le habría correspondido, por cada veinticinco (25) semanas de cotización acreditadas, y agrega, que igual indemnización se otorgará al asegurado que sin tener derecho a la pensión de vejez, se invalide después de alcanzar las edades que se señalan en mencionado acuerdo para adquirir el derecho a esta pensión.

Dichas normas aplicadas al caso concreto, impiden al afiliado acceder al pago de la pensión de invalidez, verificadas plenamente las dos siguientes dos circunstancias: **1)** porque había recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en virtud de lo cual debe aplicarse al caso en particular el artículo el artículo 2º del acuerdo 049 de 1990, el cual, como atrás se indicó, dispone expresamente la exclusión del seguro de invalidez, vejez y muerte de las personas que hubieren recibido el pago de tal prestación (esto es, la indemnización sustitutiva de vejez) y, **2)** porque el estado de invalidez del afiliado se estructuró con posterioridad a la fecha en que arribó a la edad mínima de pensión, caso en el cual debe aplicarse el artículo 9º del mencionado acuerdo, cuyos efectos se extienden al caso sub-examine, puesto que la invalidez del demandante se estructuró con posterioridad a la fecha en que arribó a la edad mínima de pensión, esto es, después de haber cumplido 60 años.

En este orden de ideas, como quiera que en aplicación de la condición más beneficiosa, el demandante solicita que su pensión de invalidez se resuelva con base en los requisitos previstos en el acuerdo 049 de 1990, y en dicha norma, como se ha explicado, existe norma expresa que prohíbe el reconocimiento de dicha prestación cuando el estado de invalidez se haya estructurado con posterioridad a la edad mínima de pensión, forzoso resulta confirma la decisión de primera instancia.

Finalmente, las costas en esta instancia correrán por cuenta del demandante y a favor de Colpensiones en un 100% y deberán liquidarse en el juzgado de origen.

En mérito de lo expuesto, **la Sala No. 1º de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO**.- **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 22 de febrero de 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ABELARDO ESCARRAGA LONDOÑO** contra **COLPENSIONES.**

**SEGUNDO**.- **CONDENAR** en costas procesales de segunda instancia a la parte recurrente.

**NOTIFICACIÓN SURTIDA EN ESTRADOS.**

**CÚMPLASE** y **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

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

Secretaria Ad-hoc

1. Puede tomarse como sentencia hito la proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 20 de noviembre de 2011, Rad. 30123, M.P. Camilo Humberto Tarquino Gallego, en la que se indicó que no constituye impedimento alguno para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, el hecho de que el afiliado hubiera recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. [↑](#footnote-ref-1)