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 - 21 de abril de 2017

Proceso: Ordinario laboral – Modifica y confirma sentencia que accedió a las pretensiones

Radicación No.: 66001-31-05-002-2015-00234-01

Demandante: Leonora Guevara Arias

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Tema:

Aplicación del principio de la condición más beneficiosa – Ley 797 de 2003 a Acuerdo 049 de 1990, acogiendo la tesis de la Corte Constitucional por ser la más favorable: [f]rente al principio de la condición más beneficiosa existen dos interpretaciones con efectos jurídicos disímiles: la de la Sala de Casación Laboral que es más restrictiva y la de la Corte Constitucional que es mucho más flexible y favorable. Frente al dilema que surge de saber cuál es el precedente vinculante, las Salas de Decisión Laboral No. 1 y 3 de esta Corporación, por la mayoría de sus integrantes hemos optado por la interpretación más favorable, que es la de la Corte Constitucional, atendiendo precisamente uno de los principios pilares del Derecho laboral como es el Principio Por Operario, en virtud del cual se debe acoger la interpretación más favorable cuando existan dos o más interpretaciones frente a una misma fuente normativa, principio consagrado en el artículo 53 de la Constitución y el artículo 21 del código sustantivo del Trabajo. No sobra recordar que el principio pro operario y en general todos los principios mínimos fundamentales del artículo 53 de la Constitución Política operan en favor no solo del trabajador sino de quien hace parte del sistema general de seguridad social.

Así mismo vale la pena recalcar que la seguridad social es un derecho fundamental cuya naturaleza no cambia por el hecho de que se analice en un proceso ordinario o en una acción de tutela y por eso resulta ligero afirmar que dependiendo de la jurisdicción que conozca dicho derecho (la ordinaria o la constitucional), el precedente vinculante corresponde al órgano de cierre de una y otra, es decir que si el derecho a la seguridad social se ventila ante la justicia ordinaria habrá que acogerse la posición de la Sala de Casación Laboral, en tanto que si se hace en una acción de tutela, el precedente vinculante es el de la Corte Constitucional. Dicha tesis desconoce por una parte que la seguridad social es un derecho humano protegido por instrumentos internacionales y por nuestra Carta Política, y por otra, establece una diferencia de trato que viola el derecho a la igualdad del usuario, toda vez que, como acabamos de ver, cada uno de los vértices de la jurisdicción ordinaria y la constitucional tiene una interpretación diferente frente a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa cuya razón de ser es el derecho fundamental a la pensión de sobrevivientes o a la pensión de invalidez, según el caso.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

**(Abril 21 de 2017)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 10:20 a.m. de hoy, viernes, 21 de abril de 2017, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **Leonora Guevara Arias** 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**

Habida consideración 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 de la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 14 de marzo de 2016, 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 a la demandante en aplicación del principio jurisprudencial de la condición más beneficiosa.

1. **La demanda y su contestación**

La citada demandante solicita que se declare que le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y, en consecuencia, se condene a dicha administradora pensional a pagar tal emolumento, comprendido entre el 29 de octubre de 2007 y el 30 de abril de 2015, el retroactivo pensional, los intereses moratorios y las costas procesales en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

Para fundar dichas pretensiones manifiesta que desde hace un tiempo padece de problemas de salud consistentes en “Cáncer de mama, artritis reumatoide clase II y trastorno depresivo clase I; motivo por el cual inició proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral en Colpensiones, entidad donde realizó los aportes para cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Refiere que fue calificada el 30 de mayo de 2012 por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, con una pérdida de capacidad laboral del 68,37% de origen común y estructurada el 29 de octubre de 2007, y que el 17 de marzo de 2014 solicitó ante Colpensiones que le fuera reconocida la pensión de invalidez, la cual le fue negada por dicha entidad por medio de la Resolución GNR 95383 del 30 de marzo de 2015.

Colpensiones contestó la demanda aceptando como ciertos los hechos de la demanda, salvo aquellos que refieren las cotizaciones de la actora frente a los cuales manifestó que no le constaban. Seguidamente se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las que denominó “Inexistencia del derecho”, “Cobro de lo no debido”, “Improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios”, “buena fe” y “Prescripción”.

1. **La sentencia de primera instancia**

 La Jueza de conocimiento declaró que la señora Leonora Guevara Arias tiene derecho a percibir pensión de invalidez a partir del 29 de octubre de 2007, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente en cada anualidad y a dos mesadas adicionales. En consecuencia, condenó a la demandada a reconocer y pagar dicho emolumento con un retroactivo causado entre el 29 de octubre de 2007 y el 29 de febrero de 2016, sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando a futuro, así como al pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta que se haga efectivo el pago total de la obligación, así como de las costas procesales.

 Para llegar a tal determinación la A-quo consideró, en síntesis, que de conformidad con el precedente sentado por la Corte Constitucional, adoptado por la mayoría de los integrantes de este Tribunal, era dable reconocer la pensión de invalidez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990 en aplicación del principio de la condición, pues a pesar de que la invalidez de la promotora del litigio se estructuró en vigencia de la Ley 860 de 2003, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, superaba ampliamente las 300 semanas exigidas por el aludido acuerdo.

 Finalmente, indicó que no prosperaba la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada en razón a que, entre la fecha de la calificación y la presentación de la demanda no transcurrieron más de 3 años.

**III- Procedencia de la consulta**

Como quiera que la sentencia fue totalmente desfavorable para los intereses de Colpensiones 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 la señora Leonora Guevara Arias fue calificado por la Junta de Calificación de Risaralda el 30 de mayo de 2012, con una pérdida de capacidad laboral del 68,37% de origen común estructurada el 29 de octubre de 2007 (fl. 24 y s.s.); y, ii) que cuenta con un total de 529,86 semanas cotizadas entre el 7 de abril de 1983 y el 31 de octubre de 2016, de las cuales ninguna se efectuó en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, pero 404 se efectuaron antes del 1º de abril de 1994 (fl. 62).

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 797 de 2003, la cual exige, entre otros, que la afiliada haya cotizado 50 semanas en los tres años anteriores al estado incapacitante, requisito que la actora no cumple según quedó demostrado, reclamándose entonces que la pensión se reconozca en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

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

Si bien se ha decantado suficientemente que la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes es la legislación vigente al momento del fallecimiento del afiliado, por excepción es posible acudir a la legislación anterior con el fin de determinar la concesión o no de la gracia pensional, en aplicación del *“Principio de la condición más beneficiosa*”.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades acogió este principio, aplicándolo al comienzo en el tránsito del Acuerdo 049 de 1990 a la Ley 100 de 1993, cuando el óbito o el hecho incapacitante, según el caso, se dio en vigencia de la ley 100 original pero el causante o el trabajador afiliado no cotizó las 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a la muerte o la invalidez, pero en cambio había cotizado 300 semanas en toda su vida laboral o 150 semanas en los 6 años anteriores al 1° de abril de 1993 y 150 semanas dentro de los 6 años que siguieron a esa fecha. Posteriormente ese alto Tribunal también recurrió a ese principio en el tránsito de la ley 100 original a las leyes 797 y 860 de 2003, cuando el fallecido o el trabajador inválido no tenían las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la ocurrencia del riesgo pero conservaban en su haber 26 semanas en cualquier época si se encontraba cotizando al momento de la muerte o de la estructuración de la invalidez o, en caso de no estar cotizando, 26 semanas tanto en el año inmediatamente anterior a la muerte o la estructuración de la invalidez y la misma cantidad en el año anterior a la entrada en vigencia de las leyes 797 y 860 de 2003.

Resulta relevante manifestar que dicha Corporación acepta el principio de la condición más beneficiosa pero sólo para aplicar ultractivamente la norma inmediatamente anterior. Ello quiere decir, por ejemplo, que la Corte Suprema de Justicia no acepta la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 si la muerte o la estructuración de la invalidez, según el caso, ocurre en vigencia de la Ley 797 u 860 de 2003, porque según su tesis está de por medio le Ley 100 en su versión original. En cambio la Corte Constitucional en sentencias de tutela ha ido mucho más lejos al aplicar una norma anterior, independientemente si es inmediata o no, bajo la tesis de que el artículo 53 de la Constitución no restringe la aplicación de la condición más beneficiosa a sólo 2 normas aplicables al caso, apartándose de la interpretación de la Corte Suprema de Justicia por considerarla menos favorable que la asumida por esa Colegiatura. Así lo estipuló en la sentencia T-566 de 2014:

*“Tenemos entonces que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha conceptuado que la aplicación del principio de la condición más beneficiosa no puede extralimitarse y convertirse en una búsqueda histórica de las normas que pueden resultar aplicables al caso, más allá de la vigente al momento de ocurrir la muerte del afiliado y la inmediatamente anterior a esta.*

*Aunque esta Sala encuentra razonable dicha posición, no comparte la interpretación que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia hace del principio de la condición más beneficiosa, habida cuenta que ni en la Constitución Política, artículo 53, ni en la jurisprudencia constitucional, el concepto acuñado y desarrollado en torno a dicho principio es restringido el análisis de únicamente dos disposiciones normativas que pueden ser aplicadas a un caso concreto. (…)”*

 Más adelante expresó:

*“Ahora bien, con fundamento en lo citado, lo que sí comparte esta Sala en relación con la posición de la Corte Suprema de Justicia es aquel criterio según el cual, por parte del afiliado fallecido deben dejarse causados los requisitos que exige aquella norma que resulta más beneficiosa a la situación particular, tal como se pudo observar en los casos referidos a la obtención de la pensión de sobrevivientes, donde se ha señalado que aún cuando el fallecimiento ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993, la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 es factible siempre y cuando se cumpla el número y densidad de semanas cotizadas exigidas por esta norma, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100. Por tanto, en razón a que esta última tesis es la que ha acogido la jurisprudencia constitucional y, en efecto, es la que más garantiza los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo de los ciudadanos, la Sala optará por aplicarla.”*

Precisamente, por lo anterior la Corte Constitucional en sede de tutela ha ordenado la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 en casos en los cuales la muerte o invalidez se dieron en vigencia de las Leyes 797 u 860 de 2003, aduciendo que cuando una disposición ha establecido nuevos requisitos a los aportantes al sistema sin que se haya establecido ningún régimen de transición en relación con las pensiones de invalidez, lo procedente es aplicar el régimen pensional anterior que resulta más favorable, inaplicando para el caso la normatividad legal vigente para la fecha de estructuración de la invalidez, según se lee en la Sentencia T-062 A del 4 de febrero de 2011, en la que reprodujo lo dicho en las sentencias T-383 de 2009 y T-628 de 2007.

Hace poco la Corte Constitucional, a través de la sentencia SU-442 del 18 de agosto de 2016, unificó los criterios en relación con la aplicación de la condición más beneficiosa, reiterando los precedentes anteriores y precisando que *“Si bien el legislador podía introducir ajustes o incluso reformas estructurales al sistema pensional, debía hacerlo en un marco de respeto por los derechos adquiridos y las expectativas legítimas”* y que, en vista de que la ley no contempló un régimen de transición que garantizara las pensiones de invalidez, debía preservarse para quien cumplió oportunamente uno de los requisitos relevantes para pensionarse el derecho a que ese aspecto no le fuera cambiado drásticamente, en la medida en que resultara beneficioso para su seguridad social. Resaltó igualmente que el accionante en dicha acción aportó un total de 653 semanas en su historia laboral, por lo cual *“no puede hablarse de un detrimento para la sostenibilidad financiera del sistema pensional”*.

 Como puede observarse, frente al principio de la condición más beneficiosa existen dos interpretaciones con efectos jurídicos disímiles: la de la Sala de Casación Laboral que es más restrictiva y la de la Corte Constitucional que es mucho más flexible y favorable. Frente al dilema que surge de saber cuál es el precedente vinculante, las Salas de Decisión Laboral No. 1 y 3 de esta Corporación, por la mayoría de sus integrantes hemos optado por la interpretación más favorable, que es la de la Corte Constitucional, atendiendo precisamente uno de los principios pilares del Derecho laboral como es el Principio Por Operario, en virtud del cual se debe acoger la interpretación más favorable cuando existan dos o más interpretaciones frente a una misma fuente normativa, principio consagrado en el artículo 53 de la Constitución y el artículo 21 del código sustantivo del Trabajo. No sobra recordar que el principio pro operario y en general todos los principios mínimos fundamentales del artículo 53 de la Constitución Política operan en favor no solo del trabajador sino de quien hace parte del sistema general de seguridad social.

 Así mismo vale la pena recalcar que la seguridad social es un derecho fundamental cuya naturaleza no cambia por el hecho de que se analice en un proceso ordinario o en una acción de tutela y por eso resulta ligero afirmar que dependiendo de la jurisdicción que conozca dicho derecho (la ordinaria o la constitucional), el precedente vinculante corresponde al órgano de cierre de una y otra, es decir que si el derecho a la seguridad social se ventila ante la justicia ordinaria habrá que acogerse la posición de la Sala de Casación Laboral, en tanto que si se hace en una acción de tutela, el precedente vinculante es el de la Corte Constitucional. Dicha tesis desconoce por una parte que la seguridad social es un derecho humano protegido por instrumentos internacionales y por nuestra Carta Política, y por otra, establece una diferencia de trato que viola el derecho a la igualdad del usuario, toda vez que, como acabamos de ver, cada uno de los vértices de la jurisdicción ordinaria y la constitucional tiene una interpretación diferente frente a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa cuya razón de ser es el derecho fundamental a la pensión de sobrevivientes o a la pensión de invalidez, según el caso.

Ahora, en lo que toca al principio de la sostenibilidad financiera del sistema de la seguridad social, instaurada por el Acto Legislativo 01 de 2005, que podría servir como tesis contraria a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, su afectación se descarta por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la sentencia proferida el 2 de mayo de 2012, dentro del proceso radicado bajo el número 41695, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, en la que se expusieron los siguientes argumentos:

*“*Por la razón expuesta, la aplicación jurisprudencial del principio de la condición más beneficiosa no atenta contra la regla de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, no sólo porque esta regla obliga específicamente al legislativo a partir de la fecha señalada, sino, sobre todo, porque la aplicación del principio señalado opera sobre unas personas que han reunido las exigencias fácticas que, bajo una normativa determinada, aseguraban a ellas o a sus sucesores la obtención de un derecho. Y al reunir esas exigencias fácticas, traducidas en una determinada densidad de cotizaciones, esas personas han igualmente satisfecho las exigencias de tipo financiero demandadas por el sistema, según la normativa vigente para ese momento. O sea, para el sistema vigente en ese momento, sus pensiones estaban financiadas al cumplir el tiempo exigido de cotización.*”.*

* 1. **Caso concreto**

No hay duda en el presente caso que la señora Leonora Guevara Arias presenta una pérdida de capacidad laboral del 68,37%, de origen común, estructurada el 29 de octubre de 2007 (fl. 24 y s.s.) verificado y emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda.

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 la asegurada contaba con las semanas exigidas en dicha norma para aplicarla, dado que sumaba 435,3 semanas cotizadas (tal como se puede apreciar en el folio 62, correspondiente al reporte de semanas cotizadas por la demandante, la cual fue aportada por la propia entidad demandada) cifra que resulta muy superior a las 300 exigidas por el canon 6º de ese cuerpo legal.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la demandante cumplió con los requisitos exigidos en el anterior sistema de seguridad social, como son: el de contar con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y tener más de 300 semanas cotizadas con anterioridad al 1º de abril de 1994, tal como se relacionó anteriormente, considera esta Sala que, acudiendo al principio de la condición más beneficiosa, la cotizante tiene acreditado el derecho a la pensión de invalidez, conforme a las voces del artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma calenda, motivo por el cual se procederá a confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito el día 14 de marzo de 2016.

 Ahora bien, en este punto vale la pena indicar que, aunque por regla general el disfrute de la pensión de sobrevivientes surge a partir de la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado, y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el momento en que se excede el término de gracia que tienen las administradoras de pensiones para resolver la solicitud de pensión y proceder a su pago no lo hacen, esta Corporación acogiendo el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia del 3 de septiembre de 2014, radicación No. 50.259, ha adoptado la posición según la cual no es procedente la condena por concepto de dichos intereses cuando *“la pensión se reconoce en virtud de una interpretación constitucional favorable”*, pues en esos eventos se entiende que la entidad negó la prestación de conformidad con los parámetros legales vigentes, de manera que, en esencia, el peticionario no cumplía con los requisitos para acceder a la prestación reclamada.

El anterior criterio también se extendió al retroactivo, al no alcanzar la mayoría de votos en esta Sala, es decir, no se reconoce retroactivo bajo el entendido de que la introducción de principios constitucionales al discurso jurídico laboral y social, principalmente a la jurisprudencia, ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de dichos principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia.

En virtud de lo anterior, en este preciso caso el pago de la pensión no se reconoce desde la fecha de estructuración de la invalidez, sino desde la ejecutoria de la presente providencia, sin que haya lugar al reconocimiento de los intereses moratorios al no haber mesadas insolutas que los generen. Por ello, se modificará el ordinal tercero de la sentencia objeto de consulta.

Sin lugar a costas procesales en este grado jurisdiccional.

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**.- **Modificar** el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el día 14 de marzo de 2016, en el sentido de que Colpensiones debe empezar a pagar la pensión a la señora Leonora Guevara Arias a partir de la ejecutoria de la presente decisión.

**Segundo**.- **Confirmar** en todo lo demás las sentencia objeto de consulta.

**TERCERO: sin Costas** en este grado jurisdiccional.

 **Notificación surtida en estrados. Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada,

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

**Aclara voto**

Los Magistrados,

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

Salva voto