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 la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 28 de junio de 2018.

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00142-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Jesús Antonio Montes Ospina

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: PENSIÓN DE INVALIDEZ / CONDICIÓN MAS BENEFICIOSA / SENTENCIA SU-442 DE 2016 / APLICACIÓN ULTRACTIVA DEL ACUERDO 049- Artículo 6º / FORMA DE CONTABILIZAR PERIODOS DE COTIZACIÓN / CONFIRMA /** Y es de abordarse bajo esta perspectiva, en la medida en que la mayoría de esta Sala, resulta posible acudir al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por la vía de la condición más beneficiosa, pese a que la estructuración de la invalidez se presentó en vigencia de la Ley 860 de 2003.

Ello, por cuanto con todo el material jurisprudencial, en especial, recogido en la sentencia de tutela SU-442 de 2016 del órgano de cierre constitucional, se decanta que más allá de acudir al concepto que en sí mismo encierra el principio de la condición más beneficiosa, a propósito de los cambios legislativos entorno a las pensiones de invalidez y sobrevivencia, a lo que también se remite es a los principios de favorabilidad, proporcionalidad, equidad, igualdad, buena fe y confianza legítima, por cuanto en una sana lógica, no tendría explicación que quien apenas haya efectuado aportes por 26 o 50 semanas, cual ocurre en el ámbito de aplicación de las leyes 100 y 797 o 860, respectivamente, se causaría el derecho a sus beneficiarios, en cambio, quienes por no haber colmado ese mínimo de cotizaciones, pero sí más de 150 o 300 con anterioridad a la Ley 100, quedarían por fuera de la protección legal.

(…)

Pues bien, en este punto estima pertinente la Colegiatura citar al órgano de cierre de la especialidad laboral, que ha indicado cuándo y de que forma se deben contabilizar dichos períodos en el tema de pensión de sobrevivientes, pero que es perfectamente aplicable a la prestación por invalidez: *(SL 466 de 2013)*

(…)

La sentencia glosada claramente fija que las 300 semanas exigidas, deben haber sido cotizadas con antelación al 01 de abril de 1994, fecha en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir y, frente a la hipótesis de las 150 semanas en los 6 años anteriores, exige como primera medida que la estructuración de la invalidez ocurra en el período de los 6 años que subsiguieron la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, hasta el 31 de marzo de 2000.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintiocho (28) días del mes de junio de dos mil dieciocho (2018), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia el magistrado y las magistradas de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación propuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por ***Jesús Antonio Montes Ospina*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones******Colpensiones****.*

***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:***

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 actor persigue que se declare como beneficiario del régimen de transición y que se ordene a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez conforme al Acuerdo 049 de 1990, a partir del 04 de noviembre de 2015, los intereses moratorios de que trata el canon 141 de Ley 100 de 1993 y las costas procesales.

Para así pedir, refiere que nació el 17 de abril de 1944, que mediante dictamen del 12 de diciembre de 2015 medicina laboral del Colpensiones determinó una pérdida de capacidad laboral del 53.32%, estructurada el 04 de noviembre de 2015, que el 04 de febrero de 2016 radicó solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez, que mediante Resolución GNR 83435 de 2016 se le negó la misma, que tal decisión fue confirmada ante el recurso propuesto, que en toda su vida laboral cotizó 584 semanas, de las cuales más de 300 lo fueron antes del 01 de abril de 1994.

Admitida la demanda, se dispuso el traslado a la entidad demandada, la cual allegó respuesta por medio de mandatario judicial, quien aceptó todos los hechos salvo el tocante a la cantidad de semanas con las que cuenta el demandante cotizadas antes de 1994, que no lo acepta. Se opuso a las pretensiones de la demanda y excepcionó de fondo “Inexistencia de la obligación demandada”, “Prescripción” y “Buena fe”.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Despacho a quo, luego de agotadas las etapas procesales, dictó sentencia en la que negó las pretensiones de la demanda. Para arribar a tal conclusión, encontró que conforme a la Ley 860 de 2003, el demandante no cumplía con los presupuestos allí exigidos, por cuanto no tenía cotizaciones en los tres años anteriores. Refiere que en aplicación al principio de la condición más beneficiosa, se podría acudir a la Ley 100 de 1993, artículo 39, en su redacción original, pues es la norma inmediatamente anterior. Encontró que como el actor, al momento de la estructuración de la invalidez, se encontraba inactivo como cotizante, debió haber cotizado las 26 semanas en el año inmediatamente anterior, contando con 0 semanas en dicho lapso, por lo que no puede acceder a la pensión conforme a esta normatividad.

Finalmente analizó el asunto bajo el Acuerdo 049 de 1990, encontrando que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es posible aplicar dicha norma en ese asunto, puesto que no es la norma inmediatamente anterior a la vigente al momento de la estructuración de la invalidez. En todo caso, estima que de poderse aplicar dicha normatividad, no se cumplen las condiciones de la misma, puesto que la misma excluye de la protección por invalidez a personas que se encuentran en avanzada edad o que no ejercen una actividad laboral determinada.

***III. APELACIÓN.***

La apoderada de la parte actora estuvo inconforme con la decisión, al encontrar que el Acuerdo 049 de 1990 sí debe aplicársele al actor, pues cotizó más de 300 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, además es una persona de la tercera edad, que se encuentra en grave condición de discapacidad y que no tiene otro medio para solventar su mínimo vital.

***Del problema jurídico.***

Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

*¿Es procedente reconocer la pensión de invalidez conforme al Acuerdo 049 de 1990, en aplicación de la condición más beneficiosa, cuando la estructuración de la invalidez del demandante se produjo en vigencia de la Ley 860 de 2003?*

***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, para que presenten sus alegatos de conclusión.

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:

***IV. CONSIDERACIONES:***

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Necesariamente debe recordarse que la pensión de invalidez, por regla general, se regula por la normatividad vigente al momento de la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral. No obstante, tal regla no es inflexible y permite que, en eventos especiales, el asunto se regule por otra norma diferente. Uno de tales eventos, es la aplicación de la condición más beneficiosa, en virtud de la cual, cuando una persona bajo una normatividad anterior logró satisfacer los requisitos objetivos para alcanzar una prestación pensional (densidad de cotizaciones) y el riesgo se concreta en vigencia de otra legislación que endureció los supuestos legales, necesariamente se deberá reconocer el derecho con amparo en la norma anterior. Este principio constitucional, derivado del canon 53 superior, implica la ultra actividad de la norma, pues autoriza a que una norma derogada, regule un caso posterior a su vigencia.

En el caso puntual, para el momento en que se estructuró la merma de la capacidad laboral del señor Montes Ospina -4 de noviembre de 2015- la norma vigente era la Ley 860 de 2003, que exige una densidad mínima de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez; condición ésta que no satisfizo en el caso puntual, pues en este interregno no efectuó ninguna cotización y si bien si efectuó cotizaciones bajo el mandato de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, al momento de la estructuración de su invalidez no se encontraba activo como cotizante, razón por la cual la exigencia de dicho compendio legal era de haber aportado 26 semanas en el año inmediatamente anterior, el cual tampoco se cumplió, pues tiene 0 semanas en dicho lapso.

 Bajo esas circunstancias, debe determinarse, en primer lugar, la posibilidad de acudir al Acuerdo 049 de 1990 cuando la invalidez se estructuró en vigencia de la Ley 860 de 2003 y, de encontrarse procedente, entrar a analizar si el demandante bajo aquella normatividad cumplió las condiciones exigidas, puntualmente la densidad de cotizaciones.

Y es de abordarse bajo esta perspectiva, en la medida en que la mayoría de esta Sala, resulta posible acudir al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por la vía de la condición más beneficiosa, pese a que la estructuración de la invalidez se presentó en vigencia de la Ley 860 de 2003.

Ello, por cuanto con todo el material jurisprudencial, en especial, recogido en la sentencia de tutela SU-442 de 2016 del órgano de cierre constitucional, se decanta que más allá de acudir al concepto que en sí mismo encierra el principio de la condición más beneficiosa, a propósito de los cambios legislativos entorno a las pensiones de invalidez y sobrevivencia, a lo que también se remite es a los principios de favorabilidad, proporcionalidad, equidad, igualdad, buena fe y confianza legítima, por cuanto en una sana lógica, no tendría explicación que quien apenas haya efectuado aportes por 26 o 50 semanas, cual ocurre en el ámbito de aplicación de las leyes 100 y 797 o 860, respectivamente, se causaría el derecho a sus beneficiarios, en cambio, quienes por no haber colmado ese mínimo de cotizaciones, pero sí más de 150 o 300 con anterioridad

a la Ley 100, quedarían por fuera de la protección legal.

Así las cosas, es necesario entrar a verificar si el demandante cumplió las condiciones señaladas en dicho Acuerdo para pensionarse por invalidez, puntualmente la densidad de cotizaciones. Para ello, debe remitirse la Colegiatura al artículo 6º de la aludida norma, que establece:

*“ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:*

*a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,*

*b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez”.*

Pues bien, en este punto estima pertinente la Colegiatura citar al órgano de cierre de la especialidad laboral, que ha indicado cuándo y de que forma se deben contabilizar dichos períodos en el tema de pensión de sobrevivientes, pero que es perfectamente aplicable a la prestación por invalidez:

*“En lo concerniente a las dos hipótesis sobre semanas cotizadas que contiene la normatividad que antecede a la nueva ley de seguridad social (A.049/1990, Arts. 6°, 25 y 27), la Corte tiene establecido que aquella que tiene que ver con las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo,* ***ese número debe estar satisfecho para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993, o sea antes del 1° de abril de 1994****; en cambio frente al otro supuesto de la norma, relativo a una densidad de semanas aportadas al ISS equivalente a 150 "dentro de los seis años anteriores a la muerte del afiliado", la Sala fijó el criterio consistente en que este requisito para efectos de la aplicación de la condición más beneficiosa cuando el deceso acontece en imperio de la Ley 100 de 1993,* ***se debe considerar cumplido contabilizando esos seis años pero desde el 1° de abril de 1994 hacía atrás, es decir remontándose en el tiempo hasta el 1° de abril de 1988. Y además es menester que el asegurado también tenga en su haber esa misma densidad de semanas (150) en los seis años que anteceden al fallecimiento, en el entendido de que el suceso de la muerte ocurriere antes del 1° de abril de 2000****” (negrillas para destacar) (SL 466 de 2013)*

La sentencia glosada claramente fija que las 300 semanas exigidas, deben haber sido cotizadas con antelación al 01 de abril de 1994, fecha en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir y, frente a la hipótesis de las 150 semanas en los 6 años anteriores, exige como primera medida que la estructuración de la invalidez ocurra en el período de los 6 años que subsiguieron la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, hasta el 31 de marzo de 2000.

En el sub-judice, se tiene que el señor Montes Ospina al 01 de abril de 1994 contaba con un total de 190,58 cotizadas al sistema pensional, conforme se extracta de la historia laboral visible en el Cd aportado con la contestación de la demanda –fl.54-, cifra claramente inferior a las 300 exigidas en la norma en cuestión. En cuanto a la segunda hipótesis, esto es, la de las 150 semanas, debe decirse que en los 6 años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 apenas contaba con 32.86 semanas, sin contar con semanas cotizadas en los 6 años siguientes a la vigencia de la norma y, en todo caso, la estructuración de la invalidez está por fuera del límite temporal fijado por la jurisprudencia en cita, razón por la cual refulge evidente que tampoco se dan las condiciones para reconocerse el derecho con apoyo en esa normativa.

Frente a las restantes argumentaciones propuestas por la apelante, tocante a la calidad de sujeto de especial protección del demandante –adulto mayor- y la incapacidad de proteger su mínimo vital, claramente debe decirse que tales circunstancias son de especial importancia, pero por si solas no pueden determinar el reconocimiento de un derecho reglado por el legislador y desarrollado por la jurisprudencia, pues para ello es indispensable que se cumplan unas condiciones determinadas, que en el sub-judice, como se ya se analizó, no están satisfechas.

Por tanto, se itera, han de negarse las pretensiones, como lo determinó la a-quo, pero por las razones acá expuestas.

Las costas en esta sede, a cargo de la parte apelante.

 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. ***Confirmar*** la sentencia del 11 de septiembre de 2017, dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia, por las razones acá expuestas.
2. Costas a cargo de la parte apelante.

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

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÙLVEDA**

Magistrada Magistrada

 -Aclara voto-