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 19 de julio de 2018

Radicación No: 66001-31-05-002-2016-00462-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: José Rubiel Rodríguez Ortiz

Demandado: AFP Porvenir S.A.

Llamados en garantía: Mapfre Colombia Seguros de Vida S.A. y BBVA Seguros de Vida S.A.

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: PENSIÓN DE INVALIDEZ / ESTRUCTURACIÓN EN VIGENCIA DE LEY 860 / CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA-** Presupuestos **/ APLICACIÓN DE LEY 100 DE 1993 / IMPROCEDENTE POR NO HABER ACREDITADO COTIZACIONES DURANTE SU VIGENCIA / REVOCA / NIEGA**

Tal principio, sin embargo, tiene aplicabilidad solamente en aquellos eventos en los que el afiliado hubiere cumplido, en vigencia de la normatividad anterior, las condiciones de cotización allí exigidas, pues de lo contrario no existiría expectativa legítima que proteger, tal como lo ha dejado sentado con precisión el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, entre otras, en sentencia SL 466 de 2013 y más recientemente en sentencia SL 2358 de 2017, siendo esta última de especial relevancia porque establece de manera clara y concreta como se debe aplicar el aludido principio en la transición legislativa entre Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003, tesis que esta Sala, en su mayoría, acoge, pues establece una protección temporal frente al cambio legislativo, evitando con ello el rompimiento del equilibrio financiero que debe tener el sistema para lograr el principio de universalidad en su cobertura.

(…)

Al demandante se le dictaminó una merma en su capacidad laboral del 66.90%, de origen común y estructurada el 10 de mayo de 2008, conforme se verifica en la valoración efectuada por Mapfre el 25 de enero de 2012 –fls. 25 y ss.-

Lo anterior permite inferir que no cumple las condiciones establecidas en el precedente judicial citado, porque como lo señalaron la AFP y la aseguradora recurrentes, debe contar con 26 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, para poder invocar la Ley 100 de 1993 en su redacción original, pero lo cierto es que, si bien estaba afiliado al Régimen de Ahorro Individual desde el año 1999 –fl. 80- no efectuó cotización alguna hasta el año 2007. Por lo tanto, se insiste, no consolidó expectativa alguna en vigencia de la redacción original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no puede perseguir que se le aplique la aludida normatividad.

***ORALIDAD***

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los diecinueve (19) días del mes de julio de dos mil dieciocho (2018), siendo las diez y treinta de la mañana (10.30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver los recursos de apelación propuestos por la parte demandante, la demandada y la llamada en garantía BBVA Seguros de Vida S.A. contra la sentencia dictada el 01 de septiembre de 2017 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que ***José Rubiel Rodríguez Ortíz*** adelanta contra la ***AFP Porvenir S.A.***, siendo llamados en garantía ***Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. y BBVA Seguros de Vida S.A.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***ANTECEDENTES***

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, dígase que el demandante busca que se declara que tiene derecho a que la AFP Porvenir le reconozca y pague su pensión de invalidez en aplicación del principio de la condición más beneficiosa y, en consecuencia, pide que se condene a Porvenir S.A. a reconocer y pagarla con el correspondiente retroactivo, los réditos moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales.

Para así pedir, relata que el actor en su vida laboral estuvo afiliado al RAIS, cotizando un total de 34 semanas, que se determinó una pérdida de la capacidad laboral del 66.90% estructurada el 10 de mayo de 2008 de origen común, que en ese momento se encontraba como cotizante activo en el sistemas, que contaba con más de las 26 semanas en cualquier época, que la AFP indicó que es inviable el reconocimiento de la prestación.

Admitida la demanda, se dio traslado a la entidad demandada, la cual por medio de portavoz judicial se pronunció respecto a los hechos de la demanda, admitiendo la calidad de afiliado del demandante, el número de semanas cotizadas, la calificación de la pérdida de capacidad laboral, el cumplir con más de las 26 semanas en cualquier época y la negativa de la entidad. Se opone a las pretensiones de la demanda y excepciona de fondo “Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y cobro de lo no adeudado, inexistencia de la causa por insuficiente densidad de semanas cotizadas, compensación, culpa exclusiva del accionante, exoneración de condena en costas y de intereses de mora, falta de causa para pedir, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de personería sustantiva por pasiva, inexistencia de la fuente de la obligación y ausencia de reclamación ante esta entidad demandada”.

Esta entidad llamó en garantía a Mapfre y BBVA, para que en virtud de las pólizas celebradas con ellos, cubrieran la parte que hiciere falta para completar el capital necesario para reconocer la prestación pensional.

***SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.***

La Jueza accedió a las pretensiones de la demanda, al encontrar que el actor tiene derecho a que se le reconozca la pensión de invalidez con apoyo en el principio de la condición más beneficiosa, por tanto se debe aplicar la Ley 100 de 1993 en su redacción original, indicando que como el demandante era cotizante activo al momento de la estructuración de su invalidez, debía contar con 26 semanas en cualquier tiempo, teniendo un total de 34 semanas.

Por lo tanto accede a la pensión de invalidez, decretando la prescripción de las mesadas causadas con antelación al 28 de octubre de 2013 e imponiendo los intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia, atendiendo que se imponían desde esta oportunidad, atendiendo la aplicación de la condición más beneficiosa. Condenó a la llamada en garantía BBVA Seguros de Vida S.A. a cubrir las condenas que se impusieron en la sentencia.

***APELACIÓN.***

El apoderado de la parte actora estuvo inconforme con la decisión, en lo tocante a los intereses moratorios, pues estima que los mismos se debieron imponer desde el vencimiento de los 4 meses después de la solicitud elevada a la entidad, y no desde la ejecutoria de la sentencia.

El portavoz de la AFP demandada, se mostró inconforme con la decisión, en lo atinente a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, pues indica que de conformidad con el precedente existente, las 26 semanas exigidas por la Ley 100 de 1993 en su redacción original debieron cumplirse en vigencia de esta norma, lo que no ocurre en este caso.

Por su parte la togada que representa los intereses de BBVA Seguros de Vida S.A. siguió la misma línea del recurso de la AFP, adverando que, en todo caso, en su sentir, no es aplicable el principio de la condición más beneficiosa y es necesario que la pensión de invalidez se rija por la normatividad vigente al momento de la estructuración. Refiere además, que la condena a cargo de esa sociedad, debe hacerse únicamente por el valor adicional faltante para completar el capital necesario para reconocer y pagar la pensión al demandante, no como se dijo en el fallo opugnado.

***ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, 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 demandante (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 lo que corresponda, previas las siguientes:

***CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

Para desatar los recursos propuestos, la Sala se propone a resolver, en su orden, los siguientes interrogantes:

*¿Hay lugar a aplicar en el caso puntual el principio de la condición más beneficiosa?*

*¿Debe fijarse una fecha anterior a la ejecutoria de la sentencia, para el reconocimiento de los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993, atendiendo que la prestación se sustenta en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa?*

*¿Qué conceptos debe cubrir la aseguradora llamada en garantía?*

***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.

Tal principio, sin embargo, tiene aplicabilidad solamente en aquellos eventos en los que el afiliado hubiere cumplido, en vigencia de la normatividad anterior, las condiciones de cotización allí exigidas, pues de lo contrario no existiría expectativa legítima que proteger, tal como lo ha dejado sentado con precisión el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, entre otras, en sentencia SL 466 de 2013 y más recientemente en sentencia SL 2358 de 2017, siendo esta última de especial relevancia porque establece de manera clara y concreta como se debe aplicar el aludido principio en la transición legislativa entre Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003, tesis que esta Sala, en su mayoría, acoge, pues establece una protección temporal frente al cambio legislativo, evitando con ello el rompimiento del equilibrio financiero que debe tener el sistema para lograr el principio de universalidad en su cobertura. Para mejor claridad del tema, vale la pena citar las hipótesis que el aludido precedente trajo y que recogen la totalidad de variables que se pueden presentar en la materia:

*“Recapitulando, se debe conceder la pensión de invalidez, en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, cuando se cumplan los siguientes supuestos:*

*3.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo*

*a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado estuviese cotizando.*

*b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 26 de diciembre de 2003.*

*c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.*

*d) Que al momento de la invalidez estuviese cotizando, y*

*e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes de la invalidez.*

*3.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo*

*a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.*

*b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2002.*

*c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.*

*d) Que al momento de la invalidez no estuviese cotizando, y*

*e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede a su invalidez.*

*4. Combinación permisible de las situaciones anteriores*

*A todas estas, también hay que tener presente, para otorgar la pensión de invalidez bajo la égida de la condición más beneficiosa, la combinación de las hipótesis en precedencia, así:*

*4.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando se invalidó no estaba cotizando*

*La situación jurídica concreta se explica porque el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, se encontraba cotizando al sistema y había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.*

*Si el mencionado afiliado, además, no estaba cotizando para la época del siniestro de la invalidez - « hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe sobrevenir entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2006, pero tenía 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior a dicho estado, es beneficiario de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Acontece, sin embargo, que de no verificarse este último supuesto, al afiliado no lo cobija tal postulado.*

*Aunque suene repetitivo, es menester insistir en que si al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, el afiliado se encontraba cotizando al sistema y no le había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo, no goza de una situación jurídica concreta.*

*4.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando se invalidó estaba cotizando*

*Acá, la situación jurídica concreta nace si el afiliado al momento del cambio legislativo, vale decir, 26 de diciembre de 2003, no estaba cotizando al sistema pero había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2002.*

*Ahora, si el aludido afiliado estaba cotizando al momento de la invalidez - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe suceder entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, y tenía 26 semanas de cotización en el cualquier tiempo, igualmente será beneficiario de la aplicación del postulado de la condición más beneficiosa. La sala juzga pertinente advertir que de no cumplirse este último supuesto, al afiliado no lo ampara dicho principio.*

*En el mismo sentido que en el caso delantero, y aún a riesgo de fatigar, debe acentuarse que si el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, no estaba cotizando al sistema y tampoco había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2002, no posee una situación jurídica concreta”.*

Aplicando la glosada jurisprudencia al caso puntual, se tiene que:

- El señor José Rubiel Rodríguez Ortiz, conforme la historia laboral obrante a los folios 84 y ss., cotizó un total de 34 semanas entre los años 2007 y 2008, sin contar con cotizaciones en otro tiempo anterior.

-Al demandante se le dictaminó una merma en su capacidad laboral del 66.90%, de origen común y estructurada el 10 de mayo de 2008, conforme se verifica en la valoración efectuada por Mapfre el 25 de enero de 2012 –fls. 25 y ss.-

- Lo anterior permite inferir que no cumple las condiciones establecidas en el precedente judicial citado, porque como lo señalaron la AFP y la aseguradora recurrentes, debe contar con 26 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, para poder invocar la Ley 100 de 1993 en su redacción original, pero lo cierto es que, si bien estaba afiliado al Régimen de Ahorro Individual desde el año 1999 –fl. 80- no efectuó cotización alguna hasta el año 2007. Por lo tanto, se insiste, no consolidó expectativa alguna en vigencia de la redacción original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no puede perseguir que se le aplique la aludida normatividad.

Ello pone en evidencia que la decisión de la a-quo, como lo dijeron las recurrentes AFP y compañía de seguros, se equivocó al dar paso al principio de la condición más beneficiosa, debiendo por tanto revocarse la sentencia y en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

En cuanto a las costas de ambas instancias, correrán por cuenta de la parte actora.

En mérito de lo expuesto, el ***H. 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. Revocar*** la sentencia proferida el 01 de septiembre de 2017 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, en el proceso de la referencia y en su lugar **NEGAR**  las pretensiones de la demanda y Absolver a la demandada AFP Porvenir S.A. y por consiguiente a la llamada en garantía BBVA Seguros de Vida S.A.

2. Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandante.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

 Magistrada Magistrada