TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Pereira, enero veintiocho de dos mil diez.

Acta número 002 de ene. 28/10.

Hora: 5:30 p.m.

TEMA: Normativa aplicable a la pensión de invalidez. *El derecho a la pensión de invalidez se rige por el cuerpo legal que se encuentre vigente al momento de la estructuración del acto incapacitante. No obstante lo anterior, es posible que en desarrollo de principios como el de condición más beneficiosa o el de progresividad, esa regla general cambie y acuda a un sistema pensional o normatividad anterior.*

En la fecha y hora señalada, la Sala de Decisión Laboral de este Tribunal se constituye en audiencia pública, en la que no participa el magistrado Hernán Mejía Uribe por habérsele aceptado impedimento para conocer del presente asunto, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del actor contra la sentencia proferida por la señora Jueza Tercera Laboral del Circuito de esta capital el 31 de julio de 2009, en el proceso ordinario que el señor **JOSÉ DUBIEL ATEHORTUA MONTOYA** adelanta en contra del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.**

El proyecto presentado por el Ponente, discutido y aprobado por los demás miembros de la Sala conforme consta en el acta arriba referenciada, corresponde a la siguiente,

I. SENTENCIA.

a. Pretensiones.

Provisto de mandataria judicial, el señor Atehortua Montoya aspira a que se declare que tiene derecho a la pensión de invalidez, de conformidad con el artículo 39 original de la Ley 100 de 1993 y que dicho reconocimiento se haga desde el 18 de diciembre de 2007. Consecuencia de lo anterior, pretende que se condene al ISS a reconocer las mesadas pensionales en forma retroactiva, con los correspondientes intereses moratorios y las costas procesales.

b. Fundamentos fácticos.

Al pretensor se le calificó por parte del ISS con un porcentaje de invalidez del 57.80% de origen común y con fecha de estructuración del 18 de diciembre de 2007, por lo que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la cual fue negada al encontrarse que no se cumplían los presupuestos de cotizaciones señalados en la Ley 860 de 2003.

Destaca que si se aplican los presupuestos de la versión original de la Ley 100 de 1993, el demandante sí accedería a la pensión de invalidez, pues cuenta con 42,8 semanas en el año anterior a la invalidez, por lo que haciendo alusión al principio de la condición más beneficiosa, expresa que en este caso debe acudirse a tal mandato de optimización y aplicar la Ley 100 de 1993 en su versión original.

c. Actuación procesal.

Mediante auto del 12 de diciembre de 2008, se admitió la demanda y se dio traslado a la parte demandada, la que allegó contestación por intermedio de procurador judicial, que se pronunció respecto a los hechos, aceptando como ciertos los relativos a la calidad de inválido del actor, la reclamación elevada y la respuesta dada por el ISS, manifestándose respecto al resto que no se trata de hechos sino de fundamentos y apreciaciones jurídicas, igualmente se opuso a las pretensiones y

presentó como excepciones de fondo las "Prescripción", "Inexistencia de las obligaciones demandadas", "Cobro de lo no debido" y "Buena fe".

Se adelantó a continuación, la audiencia de que trata el artículo 77 del Estatuto Procesal Laboral, sin lograrse un amigable acuerdo sobre el objeto litigioso, tampoco se modificaron las bases fácticas del pleito y no se adoptó ninguna medida para su saneamiento. En primera audiencia de trámite se decretaron las pruebas que interesaron a las partes y las decretadas oficiosamente por el despacho, consistentes en documentales las cuales se evacuaron en las posteriores etapas del proceso.

d. Sentencia de primera instancia.

Agotado el debate probatorio, se dictó el fallo que puso fin a la primera instancia, en el cual se denegaron los pedidos de la demanda, al encontrar que el canon 39 original de la Ley 100 de 1993, no resulta aplicable al caso concreto, pues no era la norma vigente al momento del acto invalidante del asegurado, para lo cual se apoyó en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia.

e. Apelación.

Dicha decisión no fue compartida por la apoderada de la parte actora, por lo que interpuso recurso de apelación, insistiendo en que debe darse aplicación al principio de condición más beneficiosa en materia de seguridad social, como en forma reiterada lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Por ello, solicita que se apliquen las reglas originales de la Ley 100 de 1993 y se dejen de aplicar las normas de la Ley 860 de 2003.

El recurso fue concedido y las diligencias remitidas a esta Sala, donde se dispuso el trámite propio de la instancia.

Al no avistarse circunstancia alguna que vicie de nulidad lo actuado, se dispone la Corporación a resolver lo que en derecho corresponda, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

a. Competencia.

Resulta competente la Judicatura para desatar la alzada interpuesta en este caso por la apoderada de la parte actora, en virtud de los factores territorial y funcional.

b. Problema jurídico a resolver.

El intríngulis jurídico a tratar, se centra en lo tocante a la normativa que debe aplicarse para determinar la concesión de la prestación económica de invalidez y la aplicabilidad, en esta materia, del principio de la condición más beneficiosa.

Ninguna discusión amerita la regla general para determinar la normativa aplicable a la pensión de invalidez, pues se ha decantado suficientemente que debe regirse por la legislación vigente al momento de estructuración del acto invalidante del afiliado, que es cuando nace el derecho a la prestación pensional para el asegurado. Lo que ha entrañado múltiples complicaciones al tema, son las excepciones a esa regla general de determinación de la norma reguladora, puntualmente la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en virtud del cual se ha establecido en múltiples oportunidades, que resulta posible acudir a una legislación anterior, con el fin de determinar la concesión o no de la gracia pensional.

En virtud de ese principio básico de la seguridad social, se ha concluido que, por ejemplo, personas que en vigencia del Acuerdo 049 de 1990 o del texto original de la Ley 100 de 1993, alcanzaron a cumplir con los presupuestos para contrarrestar

una posible invalidez y la estructuración del malhadado acto que impide o limita la capacidad de laborar sobreviene con posterioridad al cambio legislativo, puede acceder a la prestación económica respectiva en aplicación de la antigua normativa, siempre que el total de aportes requeridos se haya efectuado en vigencia del primigenio cuerpo legal.

Sin embargo, luego de un análisis más exhaustivo por parte de esta Colegiatura pertinente, se ha llegado a la conclusión de que es pertinente y necesario aclarar que, la aplicación de este principio, debe restringirse a los eventos en los que se presenta un cambio no de leyes, sino de sistema, es decir, se modifique la organización, bases filosóficas, prestaciones, entidades y demás aspectos que conforman todo el conjunto de la seguridad social y el legislador no prevea un régimen transicional para evitar el dislate de los intereses de los afiliados.

Esto es, precisamente, lo que ocurrió cuando el 1º de Abril de 1994, entró en vigencia la Ley 100 de 1993, que trajo consigo una profunda reforma estructural del sistema, cambiándose sus bases axiológicas, los sub regímenes pensionales, ingresándose a nuevos entes como administradores de pensiones y, en general, presentándose una reforma del sistema en todas sus formas, prestaciones y demás. En esa oportunidad, el legislador tuvo a bien establecer unas normas transicionales, pero encaminadas únicamente a la protección de ciertos aspectos de la pensión de vejez, mas nada se dijo respecto a las prestaciones por invalidez o muerte, caso en el cual, para no afectar derechos pre-adquiridos o legitimas expectativas, se ha dispuesto, como se dijo antes, la aplicación del mentado principio de la condición más beneficiosa.

Sin embargo, no puede ocurrir igual situación o darse igual tratamiento al cambio **legislativo** ocurrido, entratándose de la pensión de invalidez, con las Leyes 797 y 860 de 2003, pues el sistema en su estructura toral permanece inmaculado y lo que ocurrió fue que, el legislador haciendo uso de la configuración legislativa que tiene

respecto de los derechos sociales, como lo es el de la seguridad social, decidió, atendiendo motivos de sostenibilidad y equilibrio en la financiación del sistema, incrementar los presupuestos para acceder a la pensión de invalidez. Y si bien no se estableció un régimen de "transición" o término de acoplamiento de ambos cuerpos normativos no resulta posible la aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral se pronunció sobre el asunto en cuestión, apoyándose entre otras, en las siguientes consideraciones:

"Por lo demás, ***no hay lugar a la aplicación de la condición más beneficiosa cuando la persona que se invalida en vigencia del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 no cumple los requisitos previstos en esa normatividad, pero sí las 26 semanas del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original****.*

En efecto, el principio de la condición más beneficiosa en materia pensional ha tenido extensa aplicación por parte de la jurisprudencia, respecto a aquellas personas que habiendo cumplido con un nivel elevado de cotizaciones antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, (150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez, ó 300 semanas en cualquier época con anterioridad a ese estado) tal como lo determinaba el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990 del I.S.S., no cumplían con las 26 semanas para el momento de la invalidez o de la muerte exigidas por la Ley 100 de 1993, ***pero en razón a que se consideró que la nueva legislación traía una exigencia menor en número de cotizaciones respecto de la legislación anterior****.*

Sin embargo, esta no es la situación que surge en el evento de la Ley 860 de 2003 frente al artículo 39 original de la Ley 100 de 1993, por cuanto esta última exigía

niveles de densidad de cotizaciones bajos en relación con los más exigentes pretendidos por el legislador en la nueva disposición[1] *(negrillas para destacar).*

Se restringe entonces la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en el entendimiento de esta Sala, al cambio de sistema general de seguridad social presentado entre el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993 (con sus modificaciones), por presentar este último régimen un promedio de exigencia, en cuanto a cotizaciones, más bajo que el primero, tornándose en este caso, en un exabrupto la no concesión de una pensión cuando se habían cotizado un número mucho mayor a las exigidas, pero en un período distinto al exigido por la Ley.

Sin embargo, como en el transito legislativo de la Ley 100 a la 797, los presupuestos, en cuanto a densidad se incrementaron y se adicionó además otro requisito como lo es el de la fidelidad al sistema, no es posible, como regla general, hablar de condición más beneficiosa, sino que es menester que se cumplan los presupuestos establecidos en esta norma, salvo en aquellos asuntos en los cuales existe un muy breve período de tiempo entre la entrada en vigencia de la rememorada legislación y la fecha de estructuración de la invalidez, como lo ha hecho en sede de tutela, la Corte Constitucional, aunque en aplicación de criterios diferentes a los de la condición más beneficiosa, encaminando el asunto mas bien a la progresividad de los derechos sociales e inaplicando la legislación vigente, para acudir a una anterior. En pronunciamiento reciente, el máximo órgano guardián de la Constitución expresó:

"Sobre este particular, en apartados anteriores de esta decisión se han expuesto a profundidad los argumentos que ha tenido en cuenta la Corte para concluir, en distintas decisiones, que las modificaciones legislativas al régimen de pensión de invalidez contenidas tanto en la Ley 797/03 como en la Ley 860/03, se muestran

---

[1] *Sentencia del 2 de septiembre de 2008. Rad. 32.765. M.P. Dr. EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS.*

injustificadamente regresivas. Ello en la medida que (i) imponen requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica en comento; (ii) no están fundadas en razones suficientes que faculten al Congreso para disminuir el nivel de protección; (iii) afectan con una mayor intensidad a personas que por su avanzada edad y situación de discapacidad, son sujetos de especial protección por parte del Estado; y (iv) no contemplan medidas adicionales que busquen evitar la afectación desproporcionada de los intereses jurídicos de los afiliados al sistema al momento de la modificación legal, entre ellos un régimen de transición.

En segundo término, para que el amparo constitucional proceda en los casos analizados deberán comprobarse circunstancias de índole fáctica, las cuales tendrán que concurrir ineludiblemente en cada evento concreto, como presupuesto para que el juez de tutela proteja los derechos fundamentales invocados. Así, en primer lugar, en cada caso ***deberá estarse ante los supuestos que la jurisprudencia constitucional ha previsto para la inminencia de un perjuicio irremediable****, habida cuenta que la discusión sobre derechos laborales en un asunto que, de manera general, es de competencia de la jurisdicción ordinaria. Como segunda medida,* ***debe acreditarse que la falta de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez tiene efectos incontrovertibles en términos de vulneración del derecho fundamental al mínimo vital del afiliado****. En ese sentido, deberá comprobarse la conexión necesaria entre el pago de la prestación económica y la consecución de las condiciones materiales que garanticen la subsistencia del interesado. De esta manera, en caso que se demuestre que el afiliado cuenta con otras fuentes de ingreso, distintas a la pensión solicitada, el amparo resultará improcedente ante la falta de inminencia de un perjuicio irremediable.*

Finalmente, ***deberá comprobarse por parte del juez constitucional que la aplicación de las normas resultantes del tránsito normativo resulta irrazonable para el caso concreto. Para este efecto, servirán de criterios***

indicadores de esta afectación, entre otros (i) la cercanía en el tiempo entre la fecha en que se estructura la invalidez y la modificación normativa que impone condiciones más estrictas para el reconocimiento y pago de la prestación; y (ii) el cumplimiento en el caso concreto de las condiciones que exigía la Ley 100/93, en su versión "original", para que el asegurado tuviera acceso a la pensión de invalidez *una vez acaecido el hecho que configura la discapacidad inhabilitante para el empleo"*[2]*.(negrillas para destacar)*

No hay choque entre una posición y otra, sino que el enfoque constitucional constituye una morigeración, bajo unos supuestos concretos y en casos específicos, de la perspectiva adoptada por la jurisdicción ordinaria, es decir, se trata simplemente de una armonización constitucional de la interpretación que debe darse a la vigente legislación, para que se salvaguarden derechos fundamentales de personas que puedan resultar afectadas con la nueva legislación.

Ahora, es indispensable precisar que, dentro del sistema de seguridad social, se pueden presentar modificaciones en cuanto a los requisitos para acceder a las prestaciones económicas, como ocurrió al interior de la Ley 100 de 1993 cuando la 797 o la 860 impuso mayor densidad de cotizaciones y fidelidad al sistema para entregar pensiones de invalidez o de sobrevivencia, sin embargo, **el sistema sigue siendo el mismo**, pues se itera, que sus bases siguen siendo iguales.

Así las cosas, el principio de la condición más beneficiosa frente a las prestaciones económicas de invalidez y sobrevivencia, continúa siendo aplicable en aquellos casos en los que en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, se cotizaron más de 300 semanas en toda la vida laboral o 150 semanas en los 6 años anteriores al 1º de abril de 1994 y 150 en las 6 anualidades que prosiguieron a dicha fecha[3] y el hecho

[2] *Sentencia T-043 de 2007*
[3] *Al respecto véase la sentencia del 4 de diciembre de 2006 radicado 28893.*

incapacitante o el deceso, se presentó en vigencia del **sistema pensional** contenido en la Ley 100 de 1993, porque en todo caso, las exigencias actuales son inferiores a las establecidas en aquel Acuerdo y resultaría altamente lesivo conceder prestaciones a quienes hayan aportado 26 ó 50 semanas en un período determinado y no a quienes hicieron cotizaciones al sistema pensional en cuantía superior a las 300 semanas.

De las anteriores disertaciones, se pueden extractar, a manera de conclusiones, las siguientes:

- La regla general es que la pensión de invalidez se gobierne por la legislación vigente al momento de la estructuración del acto incapacitante.

- Puede excepcionarse esa regla general, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, cuando se trata de un cambio de fondo o sustitución del sistema de seguridad social en pensiones y el nuevo contempla unos requisitos más benevolentes que, sin embargo, no se cumplen, pudiéndose acudir a la normatividad anterior, en vigencia de la cual se cumplieron los presupuestos establecidos para causar la gracia pensional.

- Cuando no se trata de una sustitución del sistema, sino que es un simple cambio de leyes, exigiendo la nueva obra legal mayores presupuestos que la anterior, es posible que, bajo condiciones especiales de cercanía entre la estructuración y el cambio legislativo, se acuda a las normas anteriores, pero no en aplicación de la condición más beneficiosa, sino en virtud del carácter progresivo de los derechos sociales.

- Estas dos últimas hipótesis, tienen cabida siempre que la ulterior legislación no contemple algún mecanismo de transición, pues de ocurrir esto, esas

normas serán las que establezcan la forma de aplicación de la antigua legislación.

- Las modificaciones en cuanto a requisitos que se hagan al interior de un Estatuto de Seguridad Social, que no afecten su parte estructural, axiológica y básica, no pueden ser tenidos como un nuevo sistema. Así por ejemplo, con la variación que a los presupuestos para acceder a la pensión de invalidez introdujeron las Leyes 797 y 860 de 2003, no se varió el sistema implantado con la Ley 100 de 1993.

Con estas pautas, pasará a analizarse el caso concreto:

El señor José Dubiel Atehortua Montoya fue declarado inválido por el Instituto de Seguros Sociales, con un porcentaje del 57.80%, con origen no profesional y fecha de estructuración el 18 de diciembre de 2007, conforme se constata con evaluación hecha por el mismo ISS –fl. 10-. Siguiendo la fecha de estructuración señalada, al actor se le debía aplicar la Ley 860, que empezó a regir el 26 de diciembre de 2003, pues era la norma que se encontraba vigente al momento de la estructuración de la invalidez.

Siguiendo los lineamientos de esa normatividad, el asegurado debió efectuar aportes al sistema pensional para los riesgos de IVM, en cantidad de al menos 50 semanas en los 3 años anteriores al deceso, esto es, entre el 18 de diciembre de 2004 y la misma fecha del 2007, período en el cual, como se evidencia en la Resolución No. 010560 de 2008 –fl. 6 y ss- y se confirma con la historia laboral allegada al infolio –fls. 7 y ss-, el afiliado reportó apenas 47 semanas, cifra insuficiente para alcanzar el presupuesto legal, pero además, se incumplió con el presupuesto de fidelidad al sistema pensional, pues apenas alcanzaba un porcentaje de 14.90%, siendo que se exige un 20% como mínimo. Como se vio, es imposible acudir a la Ley 100 de 1993, en su versión original, por cuanto en el tránsito legislativo que se presentó se

incrementaron los presupuestos y, además, no se presentó un cambio real de sistema, como ya se dijo, que es en los casos en los que se propugna con mayor ahínco la aplicación de este principio de raíces constitucionales.

En el presente caso, aunque no se peticionó su aplicación, tampoco cabría acudir al Acuerdo 049 de 1990, pues al 1º de abril de 1994, el asegurado no contaba con las semanas exigidas en dicha norma para aplicarla, dado que sumaba apenas 102,28 semanas, cifra que resulta muy inferior a las 300 exigidas por el canon 6º de ese cuerpo legal.

Finalmente, analizando el asunto bajo la óptica del principio de progresividad, con apoyo en los lineamientos de la jurisprudencia constitucional, la situación no varía, pues el principal elemento que es la proximidad del acto invalidante respecto al cambio legislativo no está dado, pues el postulante se invalidó en diciembre de 2007, es decir, cuando la Ley 860 de 2003 tenía casi 4 años de vigencia.

Así las cosas, los argumentos expuestos en el escrito de apelación no alcanzan a enervar los sólidos fundamentos de la decisión dictada en primer grado, por lo que se confirmará.

Costas en esta sede, a cargo de la parte apelante, de conformidad con lo expuesto en el ordinal 3º del artículo 392 del CPC.

Por lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia que por vía de apelación se ha revisado.

Costas en esta sede a cargo de la parte demandante.

Notificación surtida en Estrados.

Cumplido el objeto de la presente diligencia, se da por terminada y en constancia firman el acta los intervinientes.

Los Magistrados,

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

ANA LUCIA CAICEDO CALDERON ***HERNÁN MEJÍA URIBE***
IMPEDIDO

CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE
Secretaria